

THĒMIS

Revista de Derecho



Marcial Rubio • Shoschana Zusman • Fernando de Trazegnies • Cecilia O'Neill
Enrique Ghersi • Gonzalo Zegarra • Alfredo Bullard • Armando Sánchez Málaga
Rodrigo Valenzuela • Domingo Rivarola • Róger Yon Ruesta • Carlos Cárdenas
Eduardo Quintana • César García Novoa • Juan Espinoza Espinoza • Carlos Arata
Elizabeth Salmón Gárate • Pierino Stucchi • Gabriel Gonzales • Franco Bonsignori
Ignacio Suárez Anzorena • Alejandro Garro • William E. Kovasic • Antonio Creus
David Bravo • Jan-David Gelles • Francisco Morales Bermúdez • Yehude Simons
Martín Moscoso • Guillermo Bracamonte • Efraín Gonzales de Olarte • Luis Thais

1965 - 2005

INDICE

Página	Artículo Autor
7	LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Marcial Rubio Correa
19	LA BUENA FE CONTRACTUAL Shoschana Zusman T.
31	LA VERDAD CONSTRUIDA: ALGUNAS REFLEXIONES HETERODOXAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN LEGAL Fernando de Trazegnies Granda
43	“EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS” <i>VERSUS</i> LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS PRÁCTICOS. A PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS Cecilia O’Neill de la Fuente
57	DIÁLOGO ENTRE EL JUEZ Y EL PROFESOR Enrique Ghersi
65	CONTRADICCIÓN SIN CONTRICCIÓN (NI ENMIENDA): YANACOCHA Y UN <i>TEST</i> PARA ARGUMENTAR VÁLIDAMENTE <i>A CONTRARIO</i> Gonzalo Zegarra Mulanovich
79	KELSEN DE CABEZA: VERDADES Y FALACIAS SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS Alfredo Bullard G.
97	LAS ERRATAS EN LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES Carlos Cárdenas Quirós
115	LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Rodrigo Valenzuela

- 121 **¿ACTORI INCUMBIT PROBATIO?**
PRESUNCIONES Y CARGAS DE LA PRUEBA REPENSADAS:
COMMON LAW VERSUS CIVIL LAW
José Domingo Rivarola
- 133 **PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ESTADO DE DERECHO**
Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.
- 151 **EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNO**
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS
Elizabeth Salmón G.
- 159 **LAS POTESTADES DE CALIFICACIÓN Y RECALIFICACIÓN COMO**
MECANISMOS ANTIELUSORIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL
César García Novoa
- 171 **EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN LAS DECISIONES DE LAS**
JUNTAS DE ACREEDORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL
Juan Espinoza Espinoza
- 179 **ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA Y COLUSIÓN TÁCITA:**
¿INFRACCIONES SIN CONTENIDO REAL?
Eduardo Quintana Sánchez
- 205 **UNA INTRODUCCIÓN AL SISTEMA COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA**
LIBRE COMPETENCIA:
LA DECISIÓN 608 EN EL MERCADO AMPLIADO ANDINO
Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado
- 233 **“EL DERECHO NO SE PUEDE FUNDAR SOLAMENTE**
EN TÉCNICA ARGUMENTATIVA”
Entrevista a Franco Bonsignori
- 239 **ACERCA DE “ARBITROFOBIAS” Y “ARBITRALITIS”**
Entrevista a Ignacio Suárez Anzorena y Alejandro Garro

- 249 **“EL DERECHO DE COMPETENCIA
TIENE QUE FORMAR PARTE DE LA CONSTITUCIÓN
ECONÓMICA DE UN ESTADO”**
Entrevista a William E. Kovacic y Antonio Creus
- 257 **MESA REDONDA: REGIONALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN**
- 269 **MESA REDONDA: ¿DE QUIÉN ES EL DERECHO?
CUESTIONANDO NUESTRO SISTEMA DE
PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR**
- 279 **CRÉDITOS**

* La numeración de las páginas es coincidente con la de la revista en su versión impresa, más no, en su versión electrónica.

LA VIGENCIA Y VALIDEZ DE LAS NORMAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Marcial Rubio Correa *

La norma jurídica tiene un lugar protagónico en todo ordenamiento jurídico. Es por esto que Marcial Rubio, con la claridad que lo caracteriza, dedica el presente artículo a hacer un detallado análisis sobre la vigencia, validez, y eficacia de las normas jurídicas, a la luz de reciente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano. Este análisis se realiza abarcando interesantes temas, tales como la aplicación ultractiva de una norma derogada o la validez de una ley de reforma constitucional.

Consideramos que la precisión en el uso de los términos jurídicos presentados hará de éste un artículo de consulta continua y obligatoria para quien quiera hacer una aplicación correcta del Derecho peruano.

* Vicerrector académico y profesor principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado y Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La norma jurídica no mereció casi atención en la literatura y la jurisprudencia peruana. La excepción es el Tribunal Constitucional que sí enfrenta este tema teórico y de intensa aplicación práctica dentro de sus resoluciones. Los siguientes son comentarios a sus aportes sobre los temas de vigencia y validez de las normas jurídicas, acompañados de un intento de sistematización de las ideas, necesariamente dispersas por la naturaleza jurisprudencial de su producción.

En este trabajo sólo tratamos de *normas generales*, no de normas particulares. La diferencia entre ambas es formal y de contenido. Desde el punto de vista formal, las normas generales pertenecen a la legislación que es el conjunto de reglas aplicables a todas las personas de la sociedad que caigan bajo sus supuestos. Desde el punto de vista de contenido, las normas generales son aquellas de cuyo texto no aparecen las personas específicas a las cuales su cumplimiento está destinado (cosa que sí ocurre con las normas particulares).

Es norma general: "Toda persona tiene derecho a la vida". Es norma particular: "Reconózcase a tal persona tantos años de servicios al Estado"; u, "otórguese indulto a tal reo".

1. VALIDEZ, VIGENCIA Y EFICACIA DE LA NORMA JURÍDICA

Estos tres son conceptos generales conocidos y utilizados por todo aquel que se interna en materia jurídica. Se recurre a ellos desde el primer curso de estudios de Derecho en una universidad. Sin embargo, no es fácil discriminar sus contenidos y, muchas veces, son utilizados como sinónimos. El Tribunal Constitucional ha hecho un trabajo de deslinde entre ellos, precisando su contenido y diferenciándolos unos de otros para, luego, aplicar este marco conceptual a consecuencias normativas muy concretas.

Las citas jurisprudenciales que estimamos más importantes en relación con el tema son las siguientes:

"Sin embargo, la validez de una norma no debe confundirse con la cuestión relativa a su "pertenencia" al sistema normativo. Esta última incluye a las normas válidas e, incluso, a las inválidas, pues, tratándose de estas últimas, existe una presunción de validez que subsiste en tanto no se expida un acto jurisdiccional que la declare como inválida. Y es que si bien, por definición, toda norma válida se considera vigente, no

necesariamente toda norma vigente es una norma válida.

Para que una norma jurídica se encuentre vigente, sólo es necesario que haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos y necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente. En tanto que su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (STC N.º 0010-2002-AI/TC).

Por ello es que la pertenencia de una norma al sistema jurídico atañe, incluso, a las normas derogadas, siempre que éstas tengan una vocación de aplicación ultractiva. De modo que, pese a no estar vigentes, puede confirmarse que pertenecen al ordenamiento jurídico"¹.

Para desarrollar debidamente este texto debemos trabajar con los siguientes conceptos:

- Vigencia de la norma.
- Validez (e invalidez) de la norma.
- Norma derogada con aplicación ultractiva.
- Pertenencia de la norma al sistema normativo.

Veámoslos sucesivamente.

1.1 La vigencia de la norma

La *vigencia* está suficientemente descrita en el segundo párrafo de la cita. El Tribunal Constitucional exige para que una norma jurídica esté vigente que "(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico, y que haya sido aprobada por el órgano competente".

Puede verse que el concepto de *vigencia* es elemental, mínimo, un concepto que está al nivel del *piso* y no del *techo* en lo que atañe a la conceptualización de la norma jurídica.

En realidad, el concepto de *vigencia* no estudia detalles ni entra en profundidades (ello se hará cuando se analice la *validez* de la norma). La vigencia es, prácticamente, una circunstancia de hecho en relación con el nacimiento de la norma: si la dictó el órgano competente siguiendo el procedimiento establecido y

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10 de diciembre del 2003 en el expediente 0014-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por don Alberto Borea Odría y más de cinco mil ciudadanos contra el denominado "documento promulgado el 29 de diciembre de 1993 con el título de Constitución Política del Perú de 1993" (sic).

la promulgó el órgano a su vez competente para ello, entonces la norma está vigente.

Hay aquí que abordar la diferenciación conceptual entre *vigencia* y *eficacia* de la norma jurídica porque, en nuestro criterio, el Tribunal Constitucional ha abierto una brecha conceptual que debe ser cerrada. Nótese que en el texto que acabamos de repetir tres párrafos arriba, la jurisprudencia no exige expresamente, para la vigencia, que la norma haya sido dada a publicidad. Esto es importante porque el artículo 51 de la Constitución, en su parte final dice: “La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”. Esto anunciaría que el Tribunal Constitucional la ha incorporado a la publicación, tácitamente, en la parte en que expresa la necesidad de que la norma jurídica “(...) haya sido producida siguiendo los procedimientos mínimos necesarios previstos en el ordenamiento jurídico (...)”. Sin embargo, no es muy claro que en esta parte de la cita jurisprudencial se refiera a la publicación de la norma, desde que todavía está tratando de los prolegómenos y, recién luego, se refiere a la necesidad de que la norma haya sido *aprobada* por el órgano competente. No ha habido claridad en este punto.

Por otra parte, el mismo Tribunal ha hecho mención expresa a que la publicación o no publicación de una norma jurídica tiene que ver con su eficacia y, simultáneamente, con su vigencia:

“4. Por lo tanto, los cuestionamientos que puedan surgir en torno a la publicación de una norma, no deben resolverse en clave validez o invalidez, sino de eficacia o ineficacia. Una ley que no haya sido publicada, sencillamente es ineficaz, pues no ha cobrado vigencia. Y sobre aquello que no ha cobrado vigencia, no es posible ejercer un juicio de validez en un proceso de inconstitucionalidad, pues no será posible expulsar del ordenamiento jurídico aquello que nunca perteneció a él”².

Es evidente que el punto de partida del Tribunal Constitucional, integrando las dos citas que llevamos hechas en sus partes pertinentes, consiste en que la vigencia de una norma jurídica depende de que haya sido aprobada y promulgada por los órganos competentes, y que haya sido publicada cumpliendo el mandato del artículo 51 de la Constitución. Sólo entonces, la norma será también *eficaz*. De esta manera, el efecto práctico de la *vigencia* de una norma es su *eficacia*. Que una norma sea *eficaz* quiere decir

que es de cumplimiento *exigible*, es decir, que debe ser aplicada como un mandato dentro del Derecho.

Hay que notar, sin embargo, que la norma que goza del atributo de estar *vigente* porque fue aprobada, promulgada y publicada de acuerdo a los mínimos exigidos por el Derecho, puede tener vicios tales como contradecir una norma superior, o no haber cumplido con algún detalle importante de procedimiento al ser dictada. Esto porque, al estudiar si la norma está vigente, debe analizarse los requisitos formales *mínimos* de su elaboración, según vimos en la cita del Tribunal Constitucional.

Puede por tanto suceder que una norma *vigente*, y por tanto *eficaz*, tenga algún vicio jurídico que debiera conducir a que no sea aplicada. Para evitar la *eficacia*, esto es, la *exigibilidad* de una norma jurídica *vigente* porque atenta contra el Derecho, debemos recurrir al concepto de *validez*.

1.2 La validez de la norma

La cita número 1 de este trabajo, que viene dando el eje estructural a nuestro desarrollo, tiene elementos de juicio para definir este concepto. Dice, a propósito de la norma jurídica, que: “(...) su validez depende de su coherencia y conformidad con las normas que regulan el proceso (formal y material) de su producción jurídica (...)”.

El Derecho es un sistema jerárquico de normas. La primera norma escrita que tiene supremacía normativa y que da base a todo el resto del sistema jurídico es la Constitución. Luego vienen en segundo nivel las normas con rango de ley y luego diversas disposiciones de carácter general dictadas por la Administración Pública. Todo ello está señalado en el artículo 51 de la Constitución que dice:

“Constitución, artículo 51.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)”.

De esta manera, la validez de una norma inferior en rango depende de que tanto su forma como su contenido guarden una relación adecuada de subordinación con las normas de categoría superior. Esta *adecuada subordinación* no ha sido claramente establecida en la Constitución pero puede inferirse de los artículos 200 inciso 4 y 138 de la Constitución que dicen lo siguiente:

² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 24 de junio del 2004 en el expediente 0021-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Biólogos y el Colegio de Arquitectos del Perú contra la Ordenanza Municipal 006-2002-MPP.

“Artículo 200.- Son garantías constitucionales:

(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo. (...).”

“Artículo 138.- (...)

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

El artículo 200 inciso 4 de la Constitución establece el control de constitucionalidad concentrado para aquellos casos en los que las normas inferiores *contravienen* a las superiores. El artículo 138 es más preciso al establecer el control difuso para los casos en los que exista *incompatibilidad* entre la norma superior y la inferior. En realidad, lo correcto desde el punto de vista constitucional es exigir la incompatibilidad. El Tribunal lo ha establecido así:

“La validez en materia de justicia constitucional, en cambio, es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior (v.g. una norma con rango de ley) será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior (v.g. la Constitución). Constatada la invalidez de la ley, por su incompatibilidad con la Carta Fundamental, corresponderá declarar su inconstitucionalidad, cesando sus efectos a partir del día siguiente al de la publicación de la sentencia de este Tribunal que así lo declarase (artículo 204 de la Constitución)”³.

De manera que podemos tener una norma vigente y por tanto exigible que, sin embargo, sea inválida por ir contra una norma superior por el fondo o por la forma. En tal caso, como norma vigente será exigible por principio y la única manera de evitarlo será proceder al control de rango superior: control de constitucionalidad si se trata de normas inferiores a la Constitución o, también, control de legalidad si se trata de normas de tercer nivel (decretos y resoluciones). Ello a través del control difuso o concentrado, según sea el caso.

1.3 Norma derogada con aplicación ultractiva y su efecto en las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada

El Tribunal Constitucional ha resuelto casos en los cuales una norma ya derogada producía sin embargo efectos ultractivos y, por consiguiente, estaba en el sistema normativo aun cuando ya no tenía vigencia.

El caso más reciente fue el de la Ley 28568 que modificó el artículo 47 del Código Penal dándole la siguiente redacción: “El tiempo de detención preliminar, preventiva y domiciliaria, que haya sufrido el imputado, se abonará para el cómputo de la pena impuesta a razón de un día de pena privativa de libertad por cada día de detención (...)”.

Al 21 de julio del 2005, cuando el proceso de inconstitucionalidad estaba a resolverse, la Ley 28568 había sido ya derogada mediante la Ley 28577 publicada el 9 de julio del 2005.

El Tribunal se planteó el problema de si podía declarar la inconstitucionalidad de una ley derogada y, tomando un precedente de su propia jurisprudencia, consideró que sí debía hacerlo. Dijo lo siguiente:

“5. Sobre el particular, cabe recordar lo establecido por este Colegiado en el Caso ITF (STC 0004-2004-AI/ acumulados), en el sentido de que: (...) no toda norma derogada se encuentra impedida de ser sometida a un juicio de validez pues, aun en ese caso, existen dos supuestos en los que procedería una demanda de inconstitucionalidad: a) cuando la norma continúe desplegando sus efectos, y, b) cuando, a pesar de no continuar surtiendo efectos, la sentencia de inconstitucionalidad puede alcanzar a los efectos que la norma cumplió en el pasado, esto es, si hubiese versado sobre materia penal o tributaria” (Fundamento 2).

En tal sentido, la derogación de la ley no es impedimento para que este Tribunal pueda evaluar su constitucionalidad, pues la derogación es una categoría del Derecho sustancialmente distinta a la inconstitucionalidad. Mientras que la primera no necesariamente elimina los efectos (capacidad reguladora) de la ley derogada (así, por ejemplo, los casos de leyes que, a pesar de encontrarse derogadas, surten efectos ultractivos), la declaración de inconstitucionalidad “aniquila” todo efecto que la norma pueda cumplir; incluso los que pueda haber cumplido en el pasado, en caso de que haya versado

³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de setiembre del 2004 en el expediente 0004-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por diversos colegios profesionales contra diversos artículos del Decreto Legislativo 939 y otros dispositivos legislativos.

sobre materia penal o tributaria (artículo 83 del Código Procesal Constitucional).

De ahí que el artículo 204 de la Constitución establezca:

“La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma, se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, la norma queda sin efecto”.

6. Así pues, como es de público conocimiento, mientras estuvo vigente la ley impugnada se presentaron diversas solicitudes de excarcelación, algunas de las cuales aún no han sido resueltas, o sus resoluciones se encuentran en etapa de impugnación, de modo que, a la fecha de expedición de la presente sentencia, los efectos de la disposición aún se vienen verificando, razón por la cual, a pesar de su derogación, en el presente caso no se ha producido la sustracción de materia⁴.

La tesis sostenida por el Tribunal en relación con este caso, como a su turno lo había dicho ya en el caso anterior citado por su propia resolución aquí transcrita, consiste en que sus sentencias no tienen efecto retroactivo salvo en materia penal cuando favorecen al reo, o cuando se trata del último párrafo del artículo 74 de la Constitución (aplicación concordada del artículo 204 y el 103 de la Constitución, y dado el caso de su artículo 74, así como de los artículos 81 y 83 del Código Procesal Constitucional).

Cuando una norma jurídica es declarada inconstitucional y la sentencia respectiva empieza a surtir sus efectos⁵, dicha norma no puede ser aplicada en adelante. Esto, sin embargo, debe ser aclarado desde el punto de vista de su conexión con la aplicación en el tiempo. Para ello es necesario diferenciar dos posibles situaciones:

- La primera es aquella en la cual la norma declarada inconstitucional fue ya aplicada por una sentencia que pasó en calidad de cosa juzgada. En tal caso, esa sentencia es inmodificable y seguirá rigiendo aun cuando se fundó en una norma inconstitucional, debido a la necesidad de respetar

la inmodificabilidad de la cosa juzgada que manda el artículo 139 inciso 2 de la Constitución. Las únicas excepciones son dos: la primera, aquel caso en el que la sentencia se fundó en una norma penal que agrava la condición del reo: en tal situación se aplicará la retroactividad benigna de la sentencia de declaración de inconstitucionalidad y se modificará la sentencia (con efecto penal más grave) que ya había pasado en calidad de cosa juzgada; la segunda excepción consiste en que se declare inconstitucional una norma de naturaleza tributaria pues, según la parte final del artículo 74 de la Constitución, “No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo”. Todo esto ha sido expresamente mandado, por su parte, en el artículo 83 del Código Procesal Constitucional que, en la parte pertinente, dice: “Las sentencias declaratorias de ilegalidad o inconstitucionalidad no conceden derecho a reabrir procesos concluidos en los que se hayan aplicado las normas declaradas inconstitucionales, salvo en las materias previstas en el segundo párrafo del artículo 103 y último párrafo del artículo 74 de la Constitución (...)”.

En otras palabras, las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada son inmodificables por las sentencias de declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad de una norma⁶ salvo en los casos de retroactividad benigna y de invalidación de disposiciones tributarias que contrarían los mandatos del artículo 74 de la Constitución.

- La segunda situación es aquella en la cual hay un procedimiento en trámite y se va a aplicar dentro de él la norma declarada inconstitucional (o ilegal, según hemos visto en la nota de pie de página inmediatamente anterior). En este caso, la norma que ha quedado sin efecto no puede ser aplicada y, en consecuencia, la sentencia de inconstitucionalidad produce efectos inmediatos sobre las resoluciones jurisdiccionales y administrativas que se dicte a futuro. Es, precisamente, el caso de la aplicación de la Ley 28568 al que ya nos referimos anteriormente y que fue expresamente resuelto en este sentido por el Tribunal Constitucional.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de julio del 2005 en el expediente 0019-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal.

⁵ El primer párrafo del artículo 204 de la Constitución indica cuándo comienza a surtir efectos dicha sentencia de inconstitucionalidad: “La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto (...)”. Esta disposición se halla ratificada en el primer párrafo del artículo 81 del Código Procesal Constitucional y es extendida, a su vez, a los efectos de la sentencia que declara fundada la acción popular contra normas generales de rango inferior al de la ley.

⁶ Nos referimos a las “sentencias de declaración de inconstitucionalidad o de ilegalidad” porque hay que recordar que el artículo 83 del Código Procesal Constitucional es aplicable tanto al Proceso de Inconstitucionalidad de las Leyes como al Proceso de Acción Popular. El primero tramita pretensiones de inconstitucionalidad de las normas de rango de ley en tanto que el segundo tramita pretensiones de inconstitucionalidad de normas inferiores al rango de ley que, por consiguiente, pueden ser tanto inconstitucionales como ilegales (entendiendo por este último término su incompatibilidad con las normas con rango de ley).

Un tercer caso *sui generis* de efectos de las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada, también analizado por el Tribunal Constitucional, no tiene que ver con la declaración de inconstitucionalidad de normas de rango inferior a la Constitución, sino con los efectos de una modificación constitucional sobre las sentencias dictadas bajo la norma constitucional previa y que debieran seguir produciendo efectos. El problema se presentó a raíz de la modificación de la Primera Disposición Final de la Constitución mediante la Ley 28389. La versión original de esta disposición final establecía que en materia de reglas sobre pensiones de seguridad social regía el principio de los derechos adquiridos. La modificación constitucional, declarada válida por el Tribunal en una sentencia sobre proceso de inconstitucionalidad, estableció que en adelante regiría para materia pensionaria el principio de los hechos cumplidos.

Así, ocurrió que antes de la Ley 28389 el Tribunal había seguido una consistente línea jurisprudencial de defensa de los derechos adquiridos en toda la aplicación de las normas pensionarias de los Decretos Leyes 19990 y 20530. La Ley 28389 y las normas que la siguieron modificando el régimen pensionario establecieron límites a las pensiones máximas a pagar por el Estado e, inclusive, dictaron normas para la reducción progresiva de las pensiones más altas en vigencia. Esto generó que pensionistas que habían recibido antes sentencias que mandaban respetar sus derechos adquiridos, exigieran que dichas sentencias se siguieran cumpliendo luego de la Ley 28389 por el principio de la cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional rechazó esta pretensión diciendo lo siguiente:

“9.- (...) Es conveniente determinar, vistos los argumentos de los demandantes, si este Colegiado se encuentra vinculado en su actuación a las sentencias emitidas cuando estaban vigentes las normas constitucionales modificadas. Es decir, si se encuentra condicionado por la jurisprudencia dictada cuando regía la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución, que consagraba un régimen de derechos adquiridos para los pensionistas de los Decretos Leyes N° 19990 y N° 20530.

Como bien se acaba de mencionar, para resolver la presente controversia constitucional sólo se podrán usar las normas que no están sujetas a escrutinio jurisdiccional, y siempre que se pudiera haber producido

una grave y clara violación al “contenido fundamental” de la Constitución. Por ello, la interpretación realizada por este Tribunal respecto a las normas que sí están sujetas a control sólo pueden ser consideradas como válidas relativamente, lo cual condiciona la inexistencia de cosa juzgada respecto a su jurisprudencia (*Vid., fundamento 116*).

Si bien, como señala el artículo 82 del Código Procesal Constitucional, “(...) las sentencias del Tribunal Constitucional en los procesos de inconstitucionalidad (...) que queden firmes tienen autoridad de cosa juzgada, por lo que vinculan a todos los poderes públicos”, no podrá ser considerado como válido que este Colegiado se supedita a su jurisprudencia cuando el parámetro normativo constitucional que los demandantes invocan para resolver sus demandas ya ha sido modificado”⁷.

El primer párrafo de la cita presenta el problema y lo hemos transcrito por su carácter descriptivo. El segundo párrafo, al menos para nosotros, es sumamente oscuro o, tal vez, tiene un error de redacción que le quita sentido. Pero el tercero es muy claro: el principio constitucional cambió con la Ley 28389 desde los derechos adquiridos hacia los hechos cumplidos y, en la aplicación a futuro de las normas jurídicas, estos dos principios son excluyentes entre sí. Por consiguiente, al haber cambiado la norma constitucional, las sentencias anteriores fundadas en el principio previo ahora inexistente quedan sin sustento constitucional de cumplimiento a pesar de ser cosa juzgada.

La argumentación del Tribunal Constitucional continúa de esta manera:

“116.- (...) Casi toda la jurisprudencia emitida en materia previsional antes de la reforma de la Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución (incluida la de este Colegiado), se fundamentaba en la teoría de los derechos adquiridos, y, en los casos correspondientes, en el derecho a la nivelación de las pensiones. Tales exigencias formaban parte del parámetro constitucional entonces vigente y, consecuentemente, los órganos de administración de justicia (entre los que se encuentra este Tribunal) tenían el deber de aplicarlas y de declarar la inconstitucionalidad de los actos que pretendiesen desconocerlas.

¿Significa ello que a las personas que hayan sido favorecidas por dichas resoluciones judiciales no les

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de junio del 2005 en el expediente 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las leyes 28389 y 28449.

resulta aplicable la reforma constitucional aprobada a pesar de que este Tribunal la encuentre válida? Desde luego, la respuesta es negativa.

El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, como todo derecho fundamental, no es ilimitado. Las resoluciones judiciales no sitúan al vencedor en juicio en una suerte de 'ordenamiento aislado' que impida que a éste alcancen las modificaciones jurídicas que puedan tener lugar luego de expedida la sentencia que le favoreció. En efecto, en tanto que las resoluciones judiciales se fundamentan en presupuestos fácticos y jurídicos que condicionan la estimación de una determinada pretensión, la extinción que a posteriori y dentro del marco constitucional opere en relación con alguno de tales fundamentos, condicionan y en algunos casos impiden su ejecución. Dicho de otra manera, en estos supuestos, la Constitución admite que una resolución puede devenir en inejecutable"⁸.

El Tribunal Constitucional tenía el deber de aplicar la teoría de los derechos adquiridos antes de la Ley 28389 porque ése era el parámetro constitucional vigente. Sin embargo, al haber variado las normas constitucionales, entonces estas nuevas disposiciones deben ser aplicadas también a los beneficiarios de las sentencias anteriores y las razones que da el Tribunal para ello son fundamentalmente dos:

- La primera, que ningún derecho es ilimitado y que tampoco lo es el de la cosa juzgada (ha repetido esto una y otra vez en sus sentencias a propósito de diversos derechos).
- La segunda, que quienes recibieron sentencias basadas en los derechos adquiridos pensionarios en el pasado no están en un *ordenamiento jurídico aislado* sino que se rigen siempre por el orden constitucional. Al variar éste, varía también la condición de sus derechos (no *ilimitados*). Cuando los fundamentos constitucionales de una sentencia cambian, la aplicación de dicha sentencia tiene que modificarse para adaptarse a los nuevos principios constitucionales en vigencia.

Y añade aun el Tribunal lo siguiente:

"116.- (...) Así las cosas, no es que la reforma constitucional acarree la nulidad de resoluciones judiciales ni mucho menos que desconozca el principio de cosa juzgada. Lo que ocurre es que algunos de los fundamentos jurídicos que condicionaron que las

resoluciones judiciales a las que hacen alusión los demandantes sean estimatorias, han sido modificados, e incluso, expresamente proscritos constitucionalmente (así resulta del nuevo contenido de los artículos 103 y Primera Disposición Final y Transitoria de la Constitución). En consecuencia, han devenido en inejecutables.

No obstante, es necesario precisar que dado que la reforma constitucional no tiene efectos retroactivos, debe reconocerse los plenos efectos que cumplieron dichas resoluciones judiciales durante el tiempo en que la Ley N° 28389 aún no se encontraba vigente. De modo tal que, por ejemplo, si antes de la fecha en que la reforma cobró vigencia una persona resultó favorecida con una resolución judicial que ordenaba la nivelación de su pensión con la del trabajador activo del mismo cargo o nivel en el que cesó, dicha persona tiene derecho a una pensión nivelada hasta el día inmediatamente anterior a aquel en que la reforma pasó a pertenecer al ordenamiento jurídico-constitucional"⁹.

Aquí el Tribunal Constitucional diferencia los efectos de la reforma constitucional en el tiempo: no puede modificar lo que ya sucedió, pero afecta lo que suceda en adelante que es, precisamente, la característica de la teoría de los hechos cumplidos. Ella sostiene que cada hecho que ocurre en la realidad se rige por la norma vigente en su momento. Esto quiere decir que la Ley 28389, al modificar la Constitución, no puede enmendar los cobros anteriores que hayan hecho los pensionistas (sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos), pero sí puede modificar los cobros que vayan a hacer inmediatamente después que ella entró en vigencia.

Por lo dicho en todas estas resoluciones, queda claro que dentro del sistema normativo están no sólo las normas vigentes sino también aquellas otras que, aunque derogadas, siguen produciendo efectos jurídicos ultractivos.

La consecuencia práctica es que estas normas ultractivas ya derogadas pueden por tanto ser sometidas a control de constitucionalidad. Si fueran declaradas inconstitucionales (como fue el caso de la ya derogada Ley 28568), sus efectos ultractivos cesan desde el día siguiente al de publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional. Fue lo que ordenó este órgano en el caso que venimos comentando:

"61. Así las cosas, si bien no es posible que por medio de esta sentencia se puedan anular los efectos

⁸ Idídem.

⁹ Idídem.

beneficiosos para el reo que el extremo viciado de inconstitucionalidad de la ley impugnada cumplió en el pasado, ello no obsta para que, a partir del día siguiente de publicación de esta sentencia, dicho extremo quede sin efecto incluso en los procesos que se hayan iniciado mientras estuvo vigente, esto es, en aquellos procesos en los que los efectos inconstitucionales de la ley aún se vienen verificando.

Y es que, tal como quedo dicho en el Fundamento 5, *supra*, la declaración de inconstitucionalidad, a diferencia de la derogación, anula los efectos de la norma, o lo que es lo mismo, su capacidad reguladora, por lo que, una vez declarada su inconstitucionalidad, será imposible aplicarla.

62. En consecuencia, por virtud del efecto vinculante de una sentencia del Tribunal Constitucional para todos los poderes públicos (artículo 82 del Código Procesal Constitucional), las solicitudes de aplicación de la ley impugnada (en lo que a la detención domiciliaria se refiere) que no hayan sido resueltas, deberán ser desestimadas, por haber cesado sus efectos inconstitucionales¹⁰.

Finalmente, es importante señalar que las sentencias que pasaron en calidad de cosa juzgada permanecen como normas aplicables a las partes en el sistema normativo, hasta que una modificación constitucional las haga inaplicables porque cambian los fundamentos en que se sustentaron. En tal caso, las sentencias existentes deberán ser adaptadas a la nueva normatividad constitucional o, si no pueden ser aplicadas en su totalidad, deberán ser dejadas de lado para aplicar las nuevas normas constitucionales.

Nos parece que debemos entender, para completar el argumento, que si la modificación normativa es de naturaleza inferior al rango constitucional, las sentencias que queden contradichas con los contenidos de la nueva ley o decreto permanecerán en vigencia porque el principio de inmutabilidad de la cosa juzgada tiene rango constitucional y las modificaciones de las normas inferiores no pueden afectarlo.

1.4 Pertenencia de la norma al sistema normativo

Buscando sintetizar lo visto hasta aquí, podemos decir que pertenecen al sistema normativo todas las disposiciones vigentes y aun las que ya fueron derogadas, siempre que estén produciendo efectos

ultractivos. Algunas de estas normas podrán tener vicio de invalidez por ser incompatibles con normas de rango superior, por el fondo o por la forma. En tales casos habrá que recurrir al control difuso o al control concentrado para lograr que la norma inválida no sea aplicada.

El control de constitucionalidad y el de legalidad pueden ser ejercitados por los órganos jurisdiccionales tanto contra las normas vigentes, como contra las normas derogadas que estén produciendo efectos jurídicos ultractivos.

Las sentencias se aplican a las partes cuando pasaron en calidad de cosa juzgada. Sin embargo, si una sentencia de estas se fundó en principios y normas constitucionales que han cambiado de contenido por la reforma constitucional, y dicha sentencia aún produce efectos, estos deben ser adecuados a las nuevas normas constitucionales a partir del momento en que ellas entran en vigencia.

2. LA VALIDEZ DE LAS LEYES DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Según el Tribunal Constitucional, todas las leyes están sometidas al control de constitucionalidad. No escapan siquiera las leyes de reforma constitucional.

La fundamentación más detallada está en la sentencia recaída en el expediente 014-2002-AI/TC del 21 de enero del 2002 pero, a nuestro juicio, los argumentos centrales están condensados en el siguiente texto:

“2. Que dado que la norma impugnada es una ley de reforma constitucional, es pertinente evaluar si este Tribunal es competente para admitir la demanda interpuesta y ejercer el control de constitucionalidad sobre dicha ley. En primer lugar, porque ella no se encuentra expresamente enumerada en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución como supuesto normativo pasible de impugnación. En segundo lugar, porque cuando el Congreso del República expide una ley de reforma constitucional, lo hace en ejercicio del poder de reforma constitucional que le confía el artículo 206° de la misma Norma, desplegando su capacidad de modificar elementos de la propia Constitución, que es el parámetro de control de este Colegiado, conforme al artículo 1° de la Ley N.° 28301 –Orgánica del Tribunal Constitucional–.

3. Que respecto al primer tema, este Tribunal ha tenido oportunidad de precisar que la lista de normas

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de julio del 2005 en el expediente 0019-2005-PI/TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por más del veinticinco por ciento del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley 28568, cuyo artículo único modifica el artículo 47 del Código Penal.

contempladas en el inciso 4) del artículo 200° de la Constitución como susceptibles de ser impugnadas en un proceso de inconstitucionalidad, tiene un carácter estrictamente enunciativo, mas no taxativo (STC N.° 0010-2002-AI/TC, Fundamento N.° 21). Un criterio distinto implicaría reconocer la existencia de normas eventualmente infractoras del ordenamiento constitucional y que, sin embargo, se encuentran exentas de ser sometidas a un juicio de constitucionalidad, lo que a todas luces resulta inaceptable en un Estado de Derecho basado en el principio jurídico de supremacía constitucional, como disponen los artículos 45° y 51° de la Constitución.

Conviene enfatizar que es deber de este Colegiado preservar el mencionado principio de supremacía jurídica de la Constitución, haciendo respetar los valores constitucionales –función valorativa–, expulsando la norma contraria a la Constitución –función pacificadora–, y restableciendo la racionalidad y unidad del ordenamiento jurídico-constitucional –función racionalizadora–.

4. Que, por otra parte, a pesar de que, como quedó dicho, las leyes de reforma constitucional tienen la capacidad de incorporarse e innovar la Constitución (parámetro y no objeto de control en un proceso de inconstitucionalidad), este Tribunal considera que es posible asignar a tales leyes la calidad de fuentes normativas susceptibles de control de validez, debido a que, si bien es cierto que la Constitución es creación de un Poder Constituyente, también lo es que las leyes de reforma constitucional son creación de un Poder Constituyente Constituido y, consecuentemente, restringido en su actuación por los límites jurídicos contemplados con antelación por la fuente que lo constituye.

Este Colegiado ha tenido oportunidad de advertir que el poder de reforma constitucional se encuentra sometido tanto a límites formales como materiales. Mientras que los primeros aluden a los requisitos competenciales y de procedimiento para que la reforma prospere, los segundos se refieren a los valores materiales y principios fundamentales que dan identidad y constituyen la esencia del texto constitucional, pudiendo ser tanto expresos como implícitos (STC N.° 0014-2002-

AI/TC, Fundamentos 71 y ss.).

Por todo lo dicho, una ley de reforma constitucional sí es susceptible de ser impugnada en un proceso de inconstitucionalidad”¹¹.

El Tribunal Constitucional considera en primer lugar que la Constitución no es solamente un texto formal, sino que tiene *valores y principios*. Estos forman un núcleo central normativo que siempre debe ser respetado y al que la doctrina denomina *núcleo duro*:

“122. En cuanto a la reforma total o parcial, a juicio del Tribunal Constitucional, el factor numérico de los artículos constitucionales no es necesariamente el factor determinante para decidir si se trata de una reforma parcial o total. Tampoco lo es el simple cambio de redacción, pues el contenido puede permanecer igual. Por ende, ha de analizarse si el contenido esencial de la Constitución vigente permanece o es cambiado, según el contenido del texto propuesto: si se varía en este nuevo texto lo que en doctrina se llama “núcleo duro” de la Constitución (o la Constitución histórica, como se refiere a él la ley impugnada) será una reforma total, aunque no se modifiquen todos los artículos de la Constitución vigente.

123. En consecuencia, cuando el Tribunal alude a una reforma total, ésta será aquella que modifica los principios y presupuestos básicos de la organización política, económica y social, que sirven de fundamento o núcleo duro a la Constitución de 1993. En cambio, cuando se refiera a una reforma parcial, ésta será aquella que no modifica tales principios y fundamentos”¹².

No todo es igual y de valor parejo en la Constitución: existen *normas regla* y *normas principio*. Las normas regla contienen estipulaciones que pueden ser modificadas y, aun, aclaradas o precisadas por las normas de rango inferior¹³. Las *normas principio*, por el contrario, son normas que se aplican extensivamente en todos los casos y que sirven como reglas hermenéuticas que dan significado a todo el conjunto constitucional.

Pero, además, existen determinados principios que deben ser escrupulosamente observados porque fueron establecidos por el constituyente *originario*

¹¹ Resolución del Tribunal Constitucional emitida el 17 de diciembre del 2004 en el expediente 0050-2004-PV/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 28389.

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

¹³ El Tribunal ha dicho lo siguiente: “El Tribunal Constitucional no comparte tal criterio. Los “silencios” constitucionales no pueden ser interpretados como tácitas concesiones al legislador, a efectos de que expida regulaciones desvinculadas de la Norma Fundamental. Allí donde las “normas regla” previstas en la Constitución omiten precisiones, la ley o, en su caso, el Reglamento parlamentario están obligados a estipularlas, pero siempre en vinculación directa a las “normas principio” contenidas en la propia Norma Fundamental” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 01 de diciembre del 2003 en el expediente 0006-2003-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por 65 Congresistas de la República contra el inciso j del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República).

(desarrollamos este concepto unos párrafos después) y no pueden ser modificados en reformas constitucionales parciales. El Tribunal ha hecho una enumeración genérica de ellos en la siguiente sentencia:

“35.- (...) El Congreso de la República no puede hacer uso de la reforma constitucional para variar el sistema democrático de gobierno, para sustituir el régimen ‘representativo’, para modificar la Constitución económica o para alterar el principio de alternancia del gobierno, a tenor de los artículos 1, 3, 43 y 58 de la Constitución.

Precisamente, para evitar que los órganos constituidos en ejercicio del poder constituyente derivado que le ha sido acordado constitucionalmente, produzcan cualquier modificación de esos principios sustanciales, estos han quedado fuera del alcance del constituyente derivado. Los derechos fundamentales son consustanciales al Estado social y democrático de derecho”¹⁴.

Además ha dado, cuando menos, dos casos específicos de *núcleo duro* constitucional. El primero es el siguiente:

“39.- (...) Es decir, la reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador como constituyente derivado, modifica el contenido esencial del derecho fundamental a la pensión, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho”¹⁵.

Y el segundo ejemplo es el que sigue:

“(…) cuando el artículo 27º de la Constitución establece que la ley otorgará “adecuada protección frente al despido arbitrario”, debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que

dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles”¹⁶.

Hay en todos estos ejemplos una superposición de conceptos entre el *núcleo duro* de la Constitución y el *contenido fundamental*¹⁷ de los derechos constitucionales. No es éste el lugar de estudiar a fondo estos dos conceptos pero, sin embargo, es evidente que el contenido fundamental de los derechos es siempre perteneciente al *núcleo duro* constitucional de manera que el resultado último es el mismo.

Lo cierto es que una Ley de Reforma Constitucional no podrá alterar ni el núcleo duro de la Constitución ni el contenido fundamental de los derechos. Si lo hace será inconstitucional.

Todo ello tiene que ver con los dos conceptos ya antes anunciados de *poder constituyente originario* y de *poder constituyente derivado*.

Haciendo un análisis dialéctico entre ambos conceptos el Tribunal Constitucional ha dicho:

“Como bien refiere, a guisa de ejemplo, Guillermo Calandrino (“Reforma Constitucional”, en AA.VV. Curso de Derecho Constitucional, Editorial La Ley, Buenos Aires 2001) “El poder constituyente originario es aquel que establece los cimientos de una casa (techo, hormigón y columnas), en tanto que el poder constituyente reformador es aquel que se ejerce para modificar el orden en que recibimos una casa (anular una ventana, abrir una puerta, recortar el jardín)”.

80. En efecto, si el poder de la reforma constitucional es una competencia jurídica, una reforma que pretendiera la sustitución integral de la Carta, incluyendo la propia cláusula que autoriza tal competencia, implica un acto de revolución y es, por ello, antijurídica”¹⁸.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de junio del 2005 en el expediente 0050-2004-AI/TC y otros acumulados, sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las leyes 28389 y 28449.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 11 de julio del 2002 en el expediente 1124-2001-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por el Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra las empresas Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Perú Holding S.A.

¹⁷ El *contenido esencial* de un derecho está a nuestro juicio bien definido en el siguiente texto: “El contenido esencial de un derecho fundamental es el contenido que posee todo derecho subjetivo reconocido en la Constitución, que es indisponible para el legislador, debido a que su afectación supondría que el derecho pierda su naturaleza y entidad. En tal sentido, se desatiende o desprotege el contenido esencial de un derecho fundamental, cuando éste queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable y lo despojan de la protección constitucional otorgada” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 06 de diciembre del 2002 en el expediente 1042-2002-AA/TC sobre acción de amparo interpuesta por don Miguel Cabrera León contra la Municipalidad Distrital del Rímac).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

El poder constituyente originario está exclusivamente en el pueblo como gestor del orden político a establecer. Lo puede ejercitar directamente o puede encargarlo a una Asamblea Constituyente¹⁹. Es un poder especial que requiere de una representación extraordinaria como señaló Sieyès, clásico autor muchas veces citado por el Tribunal en sus sentencias²⁰.

Por el contrario el *poder constituyente derivado* es un encargo del *originario* pero dentro de ciertos límites de forma y de fondo y no puede confundirse con este último porque el *originario* es más poder que el *derivado*. Por consiguiente, "(...) la competencia para reformar parcialmente la Constitución no puede entenderse como la constitucionalización de un poder constituyente originario, sino como la condición de un poder constituyente derivado y, en esa medida, como un poder constituido, sujeto por lo tanto a un régimen especial de limitaciones (procedimentales, formales y materiales)"²¹.

Solo con un poder especial emergente del poder constituyente originario se puede establecer una nueva Constitución, una que cambie los aspectos fundamentales de la existente. Con el poder constituyente derivado, el *núcleo duro* y el *contenido fundamental* de los derechos no pueden ser cambiados.

Es por ello que, según el Tribunal Constitucional, las leyes de reforma de la Constitución pueden ser estudiadas en su constitucionalidad y, eventualmente, se podrá declarar que son inválidas para modificar la Constitución, caso en el cual ésta permanecerá con su contenido previo al intento de modificación.

Es interesante notar que el Tribunal Constitucional sostiene que aun el pueblo es *poder constituyente*

derivado cuando actúa a través del referéndum. El fundamento de esta afirmación consiste en que el párrafo final del artículo 32 dice: "No pueden someterse a referéndum la supresión o la disminución de los derechos fundamentales de la persona, ni las normas de carácter tributario y presupuestal, ni los tratados internacionales en vigor". El razonamiento del Tribunal fue el siguiente: si el referéndum no puede modificar determinados aspectos de la Constitución, entonces no es poder constituyente originario sino derivado.

En nuestro criterio, salvo las limitaciones expresamente consideradas en la Constitución, el pueblo puede aprobar reformas por el procedimiento del referéndum en todos los demás aspectos constitucionales. En este sentido es probable que el pueblo, mediante referéndum, tenga mayor libertad de modificar la Constitución que el Congreso mediante votaciones con mayoría calificada de acuerdo al artículo 206 de la Constitución. Es decir, consideramos que al controlar la constitucionalidad de una Ley de Reforma Constitucional, el Tribunal deberá exigir al pueblo cuando se pronuncia mediante referéndum solo la observancia del párrafo final como límite a su atribución de modificar la Constitución. En cambio, al Congreso le podrá exigir que no modifique aspectos más amplios de la Constitución desde que es un poder constituido y por tanto derivado pero, además, representativo y no el pueblo mismo. En el plano constitucional, siempre tiene más autoridad el pueblo expresando su voluntad directamente, que expresándola a través de sus representantes.

De manera que, concluyendo, podemos decir que tampoco están necesariamente dentro del

¹⁹ "112. En cambio no sucede lo mismo si el Pueblo encomienda la elaboración y aprobación de un distinto ordenamiento constitucional, en exclusiva, a la Asamblea Constituyente, pues en este caso, este órgano *ad hoc* es la expresión del auténtico Poder Constituyente Originario, ya que el contenido de su obra sólo depende de sí mismo" (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600).

²⁰ Dijo Sieyès: "Con ayuda de estos esclarecimientos podemos responder a la pregunta que nos hemos hecho. Es notorio que las partes de lo que creéis ser la constitución francesa no están de acuerdo entre sí. ¿A quién, pues, corresponde decidir? A la nación, independiente, como necesariamente lo es, de toda forma positiva. Aun cuando la nación tuviera esos Estados generales regulares, no sería ese cuerpo constituido quien hubiera de pronunciarse sobre una diferencia que toca a su constitución. Habría en ello una petición de principios, un círculo vicioso.

Los representantes ordinarios de un pueblo están encargados de ejercer, en las formas constitucionales, toda esta porción de la voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder está limitado a los asuntos del gobierno.

Representantes extraordinarios tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dársele. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones. Si pudiera reunirse ante vosotros y expresar su voluntad, ¿osaríais disputársela porque no la ejerce en una forma más bien que en otra? Aquí la realidad es todo y la forma nada.

Un cuerpo de representantes extraordinarios suple a la asamblea de esta nación. No tiene necesidad, sin duda, de estar encargado de la plenitud de la voluntad nacional; no necesita más que un poder especial, y en casos raros; pero reemplaza a la nación en su independencia de toda clase de formas constitucionales. No hay necesidad aquí de tomar tantas precauciones para impedir el abuso de poder; estos representantes no son diputados sino para un solo asunto y por un tiempo solamente. Digo que no están constreñidos a las formas constitucionales sobre las cuales tienen que decidir: 1. Eso sería contradictorio, pues esas formas están indecisas y ellos tienen que regularlas. 2. Ellos no tienen nada que decir en el género de asuntos para el que se habían fijado las formas positivas. 3. Están puestos en lugar de la nación misma que tiene que regular la constitución. Son independientes de esta como ella. Les basta querer como quieren los individuos en el estado de naturaleza. De cualquier manera que sean diputados, que se reúnan y que deliberen, con tal que no se pueda ignorar (¿y cómo lo ignoraría la nación que los comisiona?) que obran en virtud de una comisión extraordinaria de los pueblos, su voluntad común valdrá por la de la nación misma". SIEYÈS, Emmanuel. "¿Qué es el Tercer Estado?". Capítulo V. Madrid: Aguilar. 1973. pp. 82-84.

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 21 de enero del 2002 en el expediente 0014-2002-AI/TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados del Cusco contra la Ley 27600.

ordenamiento jurídico las leyes de reforma de la Constitución. Ellas podrán ser inválidas frente al texto constitucional existente, debido a problemas de invalidez de fondo o forma. Corresponde al Tribunal

Constitucional declarar la eventual inconstitucionalidad en estos casos. La ley de reforma constitucional, una vez declarada inválida, no surte efecto y no puede modificar la Constitución.

LA BUENA FE CONTRACTUAL

Shoschana Zusman T.*

¿Debe exigirse la buena fe en la celebración de contratos? De ser el caso, ¿debe ser considerada como una regla o mas bien como una excepción?

A través del presente artículo la autora hace un interesante análisis del concepto de la buena fe así como de sus posibles implicancias, al mismo tiempo que nos lleva a tomar conciencia del importante rol que dicha institución debe desempeñar en el ordenamiento jurídico.

* Abogada. Profesora de Destrezas Legales en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA BUENA FE

En el siglo I AC, Cicerón planteaba el hoy famoso acertijo del trigo de Rodas. La historia es la siguiente: durante una hambruna en Rodas, un comerciante vendió un cargamento de trigo a precios exorbitantes, ocultando a sus compradores que estaban por llegar a Rodas dos grandes embarcaciones de trigo. El acertijo sugiere varias preguntas: ¿debió el comerciante revelar a sus compradores que estaban por llegar las dos embarcaciones? ¿o era legítimo que mantuviera dicha información oculta? ¿por qué? ¿en virtud de qué habría tenido que dar esa información? ¿no atentaba eso contra su propio interés? pero, por otra parte ¿era legítimo que se aprovechara de la hambruna del pueblo de Rodas?

Estas y otras preguntas son las que conducen al concepto de buena fe.

A diferencia del sistema inglés que no acepta la necesidad de exigir buena fe en el contrato, los sistemas del Derecho Continental¹ la requieren de manera expresa. El Código Civil peruano no es una excepción e impone la buena fe en la negociación, celebración, cumplimiento e interpretación de los contratos². No obstante, ninguna norma del Código define, siquiera de manera aproximada, el concepto de buena fe. Porque, ¿qué es la buena fe? ¿la conciencia interna de una actuación correcta o la imposición de estándares externos? Y, en este último caso, ¿existen estándares universales o se trata de los específicamente vigentes en una comunidad? De otro lado, ¿aplica la definición de buena fe a la negociación, celebración, interpretación y cumplimiento o sólo a alguno de esos supuestos? Asimismo, ¿cuáles son los límites de la buena fe? ¿hasta qué punto deben sacrificarse los legítimos intereses de una parte para que la otra obtenga lo que pretende, como plantea el acertijo de Cicerón? Finalmente, ¿cuáles son los efectos de la buena fe? ¿únicamente la ineficacia del contrato, como señala Manuel de la Puente³? ¿o también la declaración de eficacia, que es precisamente lo opuesto? Como puede verse, el asunto no es tan sencillo. Y no lo es, porque se trata de un concepto de una amplitud tal, que puede alojar a casi cualquier ideología. Y hay varias, sobre todo cuando la redacción es tan parca como la del Código Civil peruano.

Planteadas así las cosas, me propongo en el presente artículo divulgar el trabajo de Adams y Brownsword,

destacados autores ingleses que plantean una serie de reflexiones sobre las diversas ideologías que pretenden explicar la naturaleza del contrato y su repercusión sobre el concepto de buena fe. Dichas reflexiones servirán de base para formular algunas ideas destinadas a lograr que jueces y tribunales peruanos, tanto civiles, como administrativos y arbitrales, comiencen a utilizar dicho concepto sin temor a salirse de la letra del contrato. Para ello, comenzaremos preguntándonos si exigir buena fe en el contrato es o no necesario, teniendo en cuenta que la aceptación del concepto no es unánime. A continuación, consignaremos algunas definiciones sobre la buena fe, con la finalidad de apreciar la falta de coincidencia ideológica entre las mismas y terminaremos preguntándonos por los límites de la auto-restricción que impone la buena fe. Finalmente, expondremos los ejemplos de actuaciones de mala fe del "Catálogo de conductas de mala fe" de Robert Summers⁴, algunos fallos emblemáticos expedidos por cortes inglesas, consignados por Adams y Brownsword en su obra *Key Issues in Contract*, y dos laudos arbitrales expedidos por tribunales peruanos, en cuyos procesos se discutió el concepto de buena fe. El artículo terminará sustentando la necesidad de utilizar la buena fe como herramienta primordial de administración de justicia y propondrá algunas ideas que permitan trascender la parquedad del Código Civil, apuntando a que dicho concepto se aplique más y mejor.

II. ¿ES NECESARIA LA EXIGENCIA DE BUENA FE?

No todos los autores consideran necesaria su exigencia. Adams y Brownsword detectan la existencia de tres tendencias al respecto: la teoría de la "repugnancia"; la teoría "pragmática"; y, la teoría de la exigencia de buena fe.

Como su nombre lo indica, la teoría de la "repugnancia" rechaza la necesidad de exigir buena fe en el contrato. Consideran sus seguidores que exigirla atenta contra el modelo clásico de contrato, conforme al cual, al celebrarse y ejecutarse un contrato, cada parte busca maximizar su propio interés. El contrato tiene, entonces, naturaleza confrontacional y mientras no se cometa fraude o engaño ni se establezcan falsos presupuestos, es legítimo que cada contratante persiga su propio interés de la manera más amplia. Como señalan Adams y Brownsword⁵, "a un nivel doctrinario, la visión clásica (del contrato) es que

¹ Los sistemas de Derecho Continental son los derivados del Código Civil Francés y el BGB.

² Artículos 1362 y 168 del Código Civil.

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en general". Volumen XI. Primera Parte. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1996. p.45.

⁴ SUMMERS, Robert. "The general duty of good faith-its recognition and conceptualization". En: Cornell Law Review 810,03. 1982.

⁵ ADAMS, John y Roger BROWNSWORD. "Key Issues in Contract". Gran Bretaña. 1995. p. 297.

la ley establece un marco regulatorio para las transacciones, dentro del cual los contratantes pueden negociar buscando su propio interés, aún cuando tomen ventaja sobre la ignorancia o vulnerabilidad de la otra parte (...). De manera correspondiente, en un nivel práctico, para el modelo clásico, los contratantes operan como despiadados maximizadores de sus propios beneficios, explotando cualquier oportunidad, dentro de la ley, que les permita incrementar su interés propio (...). (Subrayado agregado).

No se crea, sin embargo, que la teoría de la “repugnancia” es una postura descabellada y sin límites, propia de un capitalismo salvaje. Todo lo contrario, ésta encuentra un sólido fundamento en la seguridad jurídica y en el principio de santidad del contrato, motor que impulsa el desarrollo del mercado, pues permite a los agentes predecir las consecuencias de sus actos con un importante grado de certidumbre. Pero, además de ello, la teoría clásica tiene una base realista. Así, si se observa el juego de dos niños, se apreciará que, casi sin excepción, tratan instintivamente de obtener lo mejor para sí. ¿Cabe entonces esperar algo distinto de dos contratantes? ¿No es acaso contrario a la naturaleza humana? Asimismo, es de la esencia del concepto de “competencia” –pilar del desarrollo del mercado– la destrucción del rival hasta expulsarlo del mercado, siempre que no se infrinjan ciertas reglas básicas. Si la competencia es, entonces, una guerra (casi) sin cuartel ¿por qué debemos exigir que el contrato sea altruista? Si es legítimo destruir a un rival, ¿por qué no es igualmente legítimo destruir a un co-contratante que también puede ser visto como un rival?

La seguridad jurídica y los dilemas que genera, es un tema central de “El Mercader de Venecia”. Así, cuando, ante el Dux de Venecia, Shylock exige a Antonio que cumpla con el contrato y que le entregue la libra de su carne que se comprometió a entregar en caso de no pagar su deuda, se produce el siguiente diálogo:

“Portia: La demanda que intentáis es de extraña naturaleza y, sin embargo, de tal naturaleza legal, que la ley veneciana no puede impedir os proseguir. (A Antonio): Y vos, estáis bajo sus garras, ¿no es verdad?”

Antonio: Según él dice, sí.

Portia: ¿reconocéis haber hecho ese trato?

Antonio: Sí, lo reconozco.

Portia: Entonces Shylock debe mostrarse misericordioso.

Shylock: Decidme, ¿por qué tendría que hacerlo?

Portia: (Luego de ponderar la misericordia y de pedírsela directamente a Shylock) (...). Así, pues Shylock, aunque justicia sea lo que reclamáis, considerad que a ninguno de nosotros bastará la justicia para salvarnos. Todos os suplicamos piedad y es la súplica misma la que nos enseña a ser piadosos. Si hablo tanto es para instaros a moderar la justicia de vuestra demanda. Mas, si persistís en ello, esta severa corte de Venecia, fiel a la ley, deberá pronunciar sentencia contra este mercader.

Shylock: ¡Que mis actos caigan sobre mi cabeza! Exijo la ley, la pena y el cumplimiento del contrato.

Portia: ¿Es que no podéis pagar la deuda?

Bassanio: Sí, yo la pago en su nombre a este tribunal y la duplico. Y si no fuera suficiente, me comprometo a pagarle diez veces más y, como aval, ofrezco mis dos manos, mi cabeza y mi corazón. Y si esto no fuese suficiente, será evidente, entonces, que la maldad se impone a la sensatez. Os ruego que por una sola vez sometáis la ley para hacer un gran bien con un pequeño mal y detener la obstinación de este demonio cruel.

Portia: No es posible. No hay poder en Venecia que pueda alterar lo que dicta la ley. Constaría como precedente y se producirían en el Estado todo tipo de abusos siguiendo este ejemplo. No es posible”⁶.

El contrato es, pues, ley entre las partes. Y la razón de dicho rigor es evitar abusos y arbitrariedades, como señala Portia al final del extracto citado.

Pero, además de lo anterior, se sostiene que la teoría de la “repugnancia” es la única que guarda coherencia con la regla de la separación entre la moral y el Derecho. Se señala, en ese sentido, que la buena fe es un concepto cuyo contenido es puramente moral y, por tanto, ajeno al Derecho. De otro lado, lo que es moral (o inmoral) para unos, no lo es para otros. Hay plazas comerciales, por ejemplo, donde el engaño es tolerable, lo que conduce a la práctica del regateo, pues se asume que el precio propuesto por el vendedor ha sido sobredimensionado con el objeto de llegar a un precio que, en otra plaza comercial, sería el inicialmente pedido. Asimismo, la usura es, para algunas plazas comerciales, perfectamente moral, en tanto que para otras es objeto del mayor de los repudios.

Finalmente, para los seguidores de la teoría de la “repugnancia” (y, con ello, del modelo clásico de

⁶ El Mercader de Venecia. Edición del Grupo Shakespeare dirigida por Manuel Angel Conejero Dionís Bayer.

contrato) la introducción del requerimiento de buena fe atenta contra el principio de libertad contractual, pues impone a las partes contratantes una restricción que no tienen por qué aceptar.

La teoría pragmática, por su parte, surge con el objeto de mitigar en algo el rigor de la teoría de la “repugnancia”. Según sus seguidores, los sistemas jurídicos pueden vivir perfectamente sin necesidad de introducir la buena fe como requisito del contrato, siendo suficiente con incorporar un catálogo de reglas de comportamiento que emanen del sentido moral de una comunidad. Y dichas reglas, al ser específicas, no llevarán a resultados imprevistos y excesivos como sí ocurriría con un concepto tan amplio, abstracto y ambiguo como es el de buena fe. Señalan, asimismo, que los jueces nunca dejarán de repudiar la mala fe y que lo más saludable, en términos de seguridad jurídica, es establecerla caso por caso, de manera que las transferencias de propiedad—principal preocupación de los regímenes de libre mercado— tengan un suficiente grado de certeza. A la luz de esta postura, la jurisprudencia inglesa ha fijado ciertas reglas emanadas de la buena fe, aplicables a casos particulares. Se ha señalado en relación a la resolución del contrato, por ejemplo, que quien incumple demuestra una falta de compromiso con el contrato (incumplimiento calculado); que quien incumple crea preocupación en relación a su diligencia (incumplimiento por negligencia); que quien incumple pone en riesgo a la parte inocente; y, que es previsible que la parte inocente no pueda seguir cumpliendo debido al incumplimiento de la otra.

Por último, la tesis de la incorporación de la buena fe como requisito del contrato, es, según sus seguidores, no solo moral, sino racional, pues permite a los jueces fallar de acuerdo a la moral, sin necesidad de buscar circunloquios ni de crear nuevos conceptos que, como el de “términos implícitos”⁷, permitan que la buena fe, expulsada por la puerta, reingrese por la ventana. En relación a la falta de predecibilidad que ocasionaría la introducción de la regla de buena fe, señalan los seguidores de esta teoría que, también introduciendo la buena fe, las partes sabrán a qué atenerse y se comportarán según esta regla explícita. Y eso, porque el problema no está en la exigencia de buena fe, sino en cómo actuará la jurisprudencia ya que los problemas surgen generalmente por la actuación arbitraria de la jurisprudencia y no por causa de la ley. Finalmente, para los defensores de esta teoría, con la introducción

del requisito de buena fe disminuirán los costos de transacción, pues no hay necesidad de que el contrato haga una previsión exhaustiva de todos los casos de mala fe para que el juez pueda condenar la actuación de mala fe mediante la sola apreciación de los hechos.

Pues bien, con independencia de la simpatía o rechazo que pueda despertar una u otra teoría, lo cierto es que hay dos aspectos que resultan incuestionables (i) que la regla de la buena fe restringe la búsqueda del interés propio, a un nivel que va más allá de las restricciones mínimas impuestas por el modelo clásico de contrato (el engaño, el fraude y la incorporación de presupuestos falsos); y que (ii) en la práctica, los jueces no pueden dejar de lado la exigencia de buena fe, viéndose forzados a incorporar dicho requisito a través de ficciones tales como la de “términos implícitos” o, en el caso del “Mercader de Venecia”, de la sentencia que ordena a Antonio cumplir su contrato, entregando a Shylock una libra de su carne, aunque, “sin derramar una gota de sangre”.

Expuestas las tres teorías y su vinculación con los modelos de contrato, corresponde precisar el concepto de buena fe.

III. ¿QUÉ ES LA BUENA FE?

Consignemos textualmente algunas definiciones de buena fe y apreciemos si son o no equivalentes.

Díez Picazo⁸ define la buena fe como “un standard de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo a la conciencia social imperante. Eso quiere decir que (...). 1° los contratos han de ser interpretados presuponiendo una lealtad y una corrección en su misma elaboración, es decir, entendiendo que las partes al redactarlos quisieron expresarse según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando circunloquios, confusiones deliberadas u oscuridades; 2° la buena fe, además de un punto de partida ha de ser también un punto de llegada. El contrato debe ser interpretado de manera que el sentido que se le atribuya sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales conforme a las normas éticas” (subrayado agregado).

Por su parte Erich Danz⁹, antiguo comentarista del BGB, señala que buena fe significa “confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refiere,

⁷ Los “términos implícitos” son una creación de la jurisprudencia inglesa destinada a mitigar el rigor de los contratos, entendiéndose como implícitamente establecidas por las partes, ciertas reglas de buena fe. ADAMS y BROWNSWORD reportan entre los casos en los que se trató el problema de la buena fe como uno de “términos implícitos” los siguientes: *Luxor (Eastbourne) Ltd. versus Cooper*, *Bournemouth and Boscombe Athletic Football Club v. Manchester United Football Club y Liverpool City Council versus Irwin*.

⁸ DíEZ PICAZO, Luis. “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”. Volumen 1. Madrid: Tecnos. 1983. p. 263.

⁹ DANZ, Erich. “La interpretación de los negocios jurídicos”. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1955. p. 194.

sobre todo, al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, confiando en que ésta no la engañará". Incorpora Danz, asimismo, el criterio de "normalidad" de la actuación de los contratantes, señalando que "la buena fe prohíbe dar por querido lo que es usual o general querer.(...) el hombre cree y confía que una declaración de voluntad producirá sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha surtido en casos iguales (...)" (subrayado agregado).

Para Manuel de la Puente¹⁰, "la buena fe es un elemento de la relación humana que se ha incorporado al Derecho, pero que éste no ha recibido tal como es sino dándole precisiones técnicas, lo cual ha determinado que se convierta en un concepto jurídico. En otras palabras, la buena fe no es una creación del legislador, que ha preestablecido su contenido, sino la adaptación de un principio inherente a la conducta de los hombres en la esfera más amplia de sus relaciones. (...). El mismo autor consigna, seguidamente, una serie de definiciones sobre la buena fe: "(...) Se dice, así, que la buena fe es la "ausencia de dolo o mala fe" (BONFANTE), la "honestación" (WINDSCHEID), la "honorabilidad" (TUHR), la "voluntad sincera, leal y fiel" (GORPHE), la "sinceridad y lealtad" (GHESTIN), el "deber de asistencia, de colaboración, de cooperación, de ayuda mutua y, al límite, de amistad y fraternidad" (CORNU), la "ausencia de fines ulteriores ocultos a la contraparte y que le son dañinos" (MICCIO), la "obligación de obrar como hombre honrado y consciente" (PLANIOL y RIPERT) (subrayado agregado).

En lo que se refiere al Derecho Anglosajón, el *Uniform Commercial Code* (UCC) sección 2-103 (1) (b) define la buena fe como "la honestidad y la observancia de estándares comerciales razonables de negociación justa en el comercio" (subrayado agregado).

Como puede apreciarse de las citas anteriores, la buena fe se define a través de diversas expresiones: lealtad, confianza, comportamiento normal o usual, sinceridad, ingenuidad, ausencia de fines ulteriores, deber de asistencia y de colaboración, y razonabilidad. No todas las definiciones son, sin embargo, coincidentes porque, por ejemplo, el "deber de asistencia y fraternidad", que solo es reconocido por un autor (Corfu), responde a una idea de contrato muy alejada del modelo clásico-confrontacional. Los demás autores, en cambio, no parecen llegar tan lejos, limitándose a señalar ciertos valores como la lealtad y la confianza que, a diferencia de la "asistencia y fraternidad", sí son compatibles con

algunas tendencias del modelo clásico de contrato, que toleran una exigencia moderada de buena fe. De otro lado, algunos textos citados aluden directamente a estándares comerciales (Díez Picazo y el CCU), mientras que otros (la mayoría) omiten pronunciarse sobre la necesidad de recurrir a modelos o paradigmas, manteniéndose de todas formas la duda de si la buena fe se "deduce" de un estándar de conducta del "hombre honrado universal" o de un estándar de conducta de "hombre honrado ubicado en una comunidad". De otro lado, salvo la definición del UCC, que alude directamente a la buena fe en la negociación del contrato, ninguna de las definiciones consignadas distingue entre la buena fe en la negociación y en el cumplimiento, lo que obliga a concluir que, o los tratadistas no se han planteado el problema, o han optado por considerar que su tratamiento es común (cosa que no es correcta, como se verá). Existen, pues, diferencias en las definiciones propuestas, las cuales denotan no solo éticas distintas, sino maneras distintas de ver y entender el contrato: el formalismo, en un extremo y el realismo, en el otro y, dentro de éste último, el liberalismo y la protección del mercado, en un extremo y la protección al consumidor, en el otro.

Procederemos ahora a preguntarnos si la buena fe en la negociación y la buena fe en el cumplimiento del contrato son o no conceptos equivalentes.

IV. ¿SON EQUIVALENTES LA BUENA FE EN LA NEGOCIACIÓN Y LA BUENA FE EN EL CUMPLIMIENTO?

Como hemos señalado, el Código Civil exige la buena fe en cada una de las fases del contrato, aunque no establece si la buena fe en la negociación tiene diferencias con la buena fe en el cumplimiento e incluso en la interpretación. Se trata, sin embargo, de situaciones distintas que tienen efectos distintos. Así, como señalan Adams y Brownsword¹¹, "en el primer sentido (el de buena fe en la negociación), la buena fe denota una particular (inocente) actitud, es decir, una actitud libre de sospechas, una buena fe en el sentido de corazón puro y mente vacía...En el segundo sentido (el de buena fe en el cumplimiento) (...) la buena fe no tiene nada que hacer con una actitud inocente (...) (sino) denota decencia, corrección y razonabilidad en el cumplimiento (...) y está unida a la idea de un término implícito que requiere cooperación de una parte con la otra, de manera que ninguna quede privada de sus expectativas razonables" (subrayado agregado). Pero, además de las diferencias señaladas por Adams y Brownsword, existe otra, que es

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 24.

¹¹ ADAMS, John y Roger BROWNSWORD. Op. Cit. p. 213.

fundamental: al negociar un contrato, nada une a las partes, salvo el interés común de celebrarlo. ¿Por qué, entonces, tendrían éstas que restringir sus legítimas aspiraciones, al punto de “deber asistencia y fraternidad” una a la otra, como señala Corfu? ¿No son acaso las partes libres de retirarse de una negociación? En cambio, al ejecutar un contrato, existe ya un vínculo jurídico entre éstas que les impone considerar las legítimas expectativas de su contraparte, cuyos intereses –ahí sí– están respectivamente obligadas a respetar¹². Puede decirse por eso, que la diferencia entre ambos órdenes de buena fe – la buena fe en la negociación y en el cumplimiento¹³– es, por encima de todo, una diferencia de grado, pues, si bien, ambas suponen una auto-restricción en la búsqueda del propio interés, la presencia de la libertad contractual en la fase de negociación y no en la de cumplimiento, hace que el requerimiento de buena fe sea, en la primera fase, menos estricto que el que se exige en la segunda.

Pero, además de ser distintos en su naturaleza y grado, los dos órdenes de buena fe son distintos en sus efectos, porque la mala fe en la ejecución puede llevar a la ineficacia del contrato, privando así al contratante deshonesto de beneficiarse del mismo, mientras que la mala fe en la negociación no podría –*vis a vis*– obligar a la parte deshonesto a celebrar el contrato, porque –ahí sí– la libertad de contratar se impone sobre la buena fe y solo procederá el reclamo de daños y perjuicios fundados en la *culpa in contrahendo*, cuya vía es, como se sabe, la responsabilidad extracontractual.

No son, pues, lo mismo, la buena fe en la negociación que la buena fe en la ejecución. No obstante, en ambos momentos del contrato se formula una misma pregunta: ¿hasta qué punto debe una parte priorizar el interés de la otra? o, lo que es lo mismo, ¿cuánto es necesario renunciar a la búsqueda del propio interés para cumplir con el requerimiento de buena fe? Preguntémosnos, entonces, ¿cuál es el límite de la auto-restricción impuesta por la buena fe?

V. ¿HASTA DÓNDE DEBE LLEGAR LA AUTO-RESTRICCIÓN? ¿BUENA FE COMO EXCEPCIÓN O COMO REGLA?

Esta pregunta está en la base de la problemática de la buena fe y del contrato, y su respuesta depende de la posición que se tenga sobre la naturaleza del contrato.

Los partidarios de la tesis de la “repugnancia” responden a dicha pregunta señalando que afectar o

limitar los propios intereses es un sinsentido, porque, ¿cuál interés se prioriza? ¿el de la otra parte? ¿y por qué no el propio? ¿es acaso el derecho del otro más importante que el de uno mismo? Por eso, los seguidores de esta teoría consideran que, lo que en el fondo se propone con la exigencia de buena fe, es una inaceptable visión altruista del contrato, que atenta contra su naturaleza individualista y confrontacional.

Pero, aun si se tratara de un modelo altruista de contrato, al exigirse la buena fe a los dos contratantes, se establece un balance que coloca a ambas partes en una situación equivalente a la que se produciría si la buena fe no fuera exigida. Se señala también que, en todo caso, es mejor adoptar un modelo altruista de contrato que uno que permita la ilimitada persecución del propio interés, pues en este último caso, se crearían situaciones de abuso e injusticia que resultarían intolerables para cualquier sociedad civilizada. Y, además, no se trata propiamente de “altruismo” sino de dar el mismo peso a los intereses de la otra parte que a los de uno mismo o, de manera más precisa, de respetar los legítimos intereses de la otra parte, lo que implica, necesariamente, la auto-imposición de restricciones en la persecución del interés propio. Se dice por eso que, aunque el concepto de legítimo interés es difícil de precisar, puede considerarse que el interés de una parte es legítimo, en tanto sea compatible con el interés de la otra.

¿Cómo establecer, entonces, los límites a la persecución del interés propio?; ¿cuán egoísta se permite ser?; ¿dónde se pone, pues, la valla?

La respuesta a dichas preguntas depende del paradigma de conducta deseable adoptado por una comunidad. Porque, como hemos señalado al referirnos al engaño, al regateo y a la usura, los modelos de honestidad, razonabilidad y lealtad de una plaza comercial –es decir, los requerimientos de buena fe– no necesariamente coinciden con los de otra. Y todo indica que hay un mayor grado de tolerancia frente a ciertas prácticas –“criolladas”, que les dicen– en sociedades menos desarrolladas que en sociedades más desarrolladas, donde la “criollada” es, sencillamente, inadmisibles, entre otras razones, por el valor que se concede a la palabra dada. Lo cual no significa desconocer que la manera de hacer negocios en, por ejemplo, *Wall Street*, es muchas veces más agresiva y más de mala fe que cualquier “criollada”¹⁴. Así y todo, no puede dudarse de que la cultura de la confianza

¹² La distinción que se propone lleva a la curiosa conclusión de que la buena fe en la negociación se parece más a la buena fe en la adquisición de la propiedad –que también implica creencia, ingenuidad y confianza– que a la buena fe en el cumplimiento.

¹³ No nos referimos a la buena fe en la interpretación con identidad propia porque se trata de un principio de interpretación que obliga a analizar la conducta de las partes antes, durante y después de la suscripción del contrato.

¹⁴ Prueba de lo señalado son los casos de entrega de información falsa al mercado por parte de grandes empresas (*id est* casos Enron y Parmalat).

está en directa relación con el desarrollo, lo que significa que, a más desarrollo, menos tolerancia a la mala fe y, a la inversa, a menos desarrollo, más tolerancia a la mala fe. Y eso tiene que ver con el grado de institucionalidad y, en particular, con sus respectivos sistemas judiciales: disuasivos los del mundo desarrollado y poco o nada disuasivos los del mundo subdesarrollado.

La buena fe responde, pues, a un determinado modelo de comunidad y de contrato¹⁵. Y, como concepto “relativo” que es, Adams y Brownsword plantean dos distintos “ideales” de buena fe que reflejan dos tendencias sobre la naturaleza del contrato: la buena fe como excepción y la buena fe como regla. La primera adhiere al modelo confrontacional, que es propio de sociedades con una marcada tendencia al mercado y al individualismo, mientras que la segunda –la buena fe como regla– adhiere a un modelo de cooperación, propio de sociedades con tendencia al control estatal y a la protección del consumidor. Ambas posiciones pueden, por cierto, ser llevadas al extremo: la primera, al capitalismo salvaje, que no reconoce otra cosa que no sea la voluntad de los particulares como fuente creadora de Derecho y la segunda, a la “publicización” del contrato, donde la injerencia del Estado en la contratación es tan intensa, que puede llegar a diluir la distinción entre el Derecho Público y Privado, como ocurrió con el Código italiano de 1942 cuando introdujo concepciones colectivistas y de economía planificada y controlada¹⁶, que “pusieron de lado” la iniciativa individual.

Cada una de las nociones de buena fe tiene, por supuesto, adeptos y detractores. Los partidarios de la “buena fe como excepción” –Summers por ejemplo– consideran que la única manera de definir un concepto (lo que es) es mediante la definición de su opuesto (lo que no es), por lo que la buena fe se define por exclusión, es decir, enumerando los supuestos de mala fe. Por eso, la buena fe es una excepción y funciona, como señala Summers, a modo de “*estándar mínimo, más que un alto ideal*”¹⁷. Los partidarios de la “buena fe como regla” (*id est* Byles, Burton, Eisenberg), en cambio, consideran que el contrato surge en situaciones en la que A tiene lo que B quiere y B tiene lo que A quiere o que A y B quieren lo mismo, pero no pueden lograrlo sin cooperar el uno con el otro. Lo cual no supone, ni mucho menos, que dejen de

perseguir su propio interés, sino, simplemente, que cada una respete los legítimos intereses de la otra. Se habla así del “mutuo beneficio” del contrato (Byles); de la “racionalidad” de la buena fe y de la “moralidad” del concepto en el marco de los estándares de la sociedad (Eisenberg).

Llegado a este punto, conviene “bajar a la realidad” y dar cuenta de las tendencias (a veces opuestas) de la jurisprudencia inglesa sobre la buena fe, exponiendo para ello dos casos que fueron vistos por tribunales arbitrales en el Perú, donde se plantearon dos puntos de vista distintos sobre la importancia de la exigencia de la buena fe.

VI. ALGUNOS CASOS EMBLEMÁTICOS DE MALA FE

VI.1 Según el “Catálogo de conductas de mala fe” de Summers

Como hemos señalado, Robert Summers es uno de los principales exponentes de la tesis de la buena fe como excepción. De ahí que se haya ocupado de hacer un catálogo de supuestos típicos de mala fe, que puedan servir como excepciones a la regla de persecución del interés propio.

VI.1.1 Mala fe en la negociación

Son supuestos de mala fe en la negociación los siguientes: mostrar una intención de no cerrar el contrato (iniciar negociaciones únicamente con el objeto de que la otra parte no las inicie con un tercero); abusar del derecho de retirarse de la negociación (en los casos de alzas o bajas intempestivas de precios); celebrar un contrato a sabiendas que el cumplimiento será imposible (información privilegiada sobre la quiebra inminente de la empresa) o ser reticente, es decir, omitir revelar a la otra parte ciertas características del bien que podrían desalentarla a celebrar el contrato (no revelar al comprador que el caballo tiene una lesión en la rodilla que le impide competir).

VI.1.2 Mala fe en el cumplimiento

Evadirse del espíritu del contrato (interpretaciones forzadas de cláusulas mal redactadas); cumplir sólo con lo sustancial y no con lo accesorio (en un contrato de

¹⁵ Algunos consideran, sin embargo –concretamente los *ius naturalistas*– que el concepto de buena fe es universal. Nosotros discrepamos con dicha posición.

¹⁶ Señalaba Messineo hace más de 5 décadas, que el contrato se guía por el *principio de socialidad*, que supone “*la preeminencia de los intereses generales sobre los intereses particulares*”, lo que, a todas luces, apunta a la “publicización” del contrato que corresponde a un sistema político que apunta a convertir en público, aquello que nació como privado. MESSINEO, Francesco. “Doctrina general del contrato”. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 21.

¹⁷ Summers Robert en ADAMS y BROWNSWORD. Op. Cit. p. 219.

construcción, negarse a ejecutar ciertos trabajos implícitamente considerados); abuso en determinar el incumplimiento (incumplimientos nimios o sin importancia); interferir en el cumplimiento de la otra parte (otorgar un mandato y privar al mandatario del objeto del mismo, transfiriendo el bien); solución abusiva de disputas (haciendo interpretaciones antojadizas de las cláusulas del contrato, a fin de tomar ventajas sobre la otra parte para lograr la renegociación); remedios oportunistas (renegociar el contrato imponiendo condiciones mucho más onerosas); y, finalmente, abuso del poder de terminación del contrato.

VI.2 En la jurisprudencia inglesa

VI.2.1 "Jugando al mercado" (*Playing the market*)

(i) *Arcos versus Ronansen*: Se trataba de un contrato de suministro de madera donde, debido a un atraso muy poco significativo, los compradores decidieron resolverlo por incumplimiento. No obstante, parecía que su intención era "escapar" del contrato, debido a que los precios de la madera estaban cayendo y podían conseguirla en el mercado a un precio bastante más bajo. En este caso, la Corte, acogió la teoría de la "repugnancia" y sostuvo que los compradores tenían derecho a desvincularse del contrato, puesto que había habido incumplimiento y eso era suficiente para ponerle fin.

(ii) *Docker versus Hyam*: Se trataba de la venta de un producto manufacturado "a satisfacción del comprador", donde éste lo rechazó en varias oportunidades. La Corte consideró que el comprador "era el juez del contrato" y que, si bien le estaba prohibido actuar deshonestamente, no le estaba prohibido actuar irracionalmente.

(iii) *Rockland Utilities Inc. versus Amerade Hess Corprn*: Se trataba de un contrato de suministro de gasolina celebrado por un plazo de cinco años, donde se pactó un precio fijo. Los montos mensuales de suministro, sin embargo, quedaron sujetos a las necesidades del comprador, quien mes a mes podía variar las cantidades. El precio de la gasolina bajó y el comprador comenzó a hacer pedidos inusualmente grandes, lo que motivó que la Corte diera por finalizado el contrato, debido a la mala fe del comprador. En este caso, la Corte acogió la teoría de la buena fe como regla.

VI.2.2 Renegociación oportunista

(i) *Headley versus Hackley*: *Headley* debía a *Hackley* 6000 libras esterlinas por la compra de unos troncos. Pasado un tiempo, el deudor se percató que el acreedor tenía un apuro económico y le ofreció pagar 4000 libras esterlinas en lugar de las 6000 libras esterlinas que le

debía, cosa que el acreedor aceptó. La Corte decidió que el deudor había actuado de mala fe y que el acreedor debía recibir la diferencia.

(ii) *Alaska Packers Association versus Domenico*: Se trataba de la contratación de unos pescadores de salmón en Alaska quienes, poco antes de que se iniciara la pesca, pidieron un aumento de salario. La Corte consideró que había "renegociación oportunista" de los pescadores al pedir el aumento en un momento en que cambiar de personal era muy difícil, considerando que la temporada de pesca era bastante corta.

(iii) *Goebel versus Linn*: En este caso, el proveedor solicitó un reajuste de precio, debido a que le era imposible suministrar al comprador cierta cantidad de hielo al precio comprometido, debido a una inesperada ola de calor, que hizo que los precios subieran drásticamente. La Corte consideró que la renegociación del contrato no fue oportunista, para lo cual tomó en consideración la situación económica en la que quedó el proveedor de hielo debido a la ola de calor.

(iv) *The Atlantic Baron*: Este es un caso en el que el armador demandó un reajuste de precio por la devaluación de la moneda. La discusión se centró en determinar si la devaluación era una situación que estaba fuera del control del armador, decidiendo la Corte que no, porque la ausencia de una cláusula que lo cubriera de una devaluación, era indicativa de que éste había asumido dicho riesgo.

VI.2.3 Términos implícitos

Bournemouth and Boscombe Athletic Football Club versus Manchester United Football Club: Se trataba de la transferencia de un jugador del club *Bournemouth* al *Manchester*. La transferencia se pactó en 175,000 libras esterlinas más 25,000 libras esterlinas, pagaderas siempre que el jugador metiera 20 goles en campeonatos de primera. Antes de que el jugador metiera los 20 goles, cambió la directiva del *Manchester* y el club vendió al jugador al club *West Ham United* por 170,000 libras esterlinas. El club *Bournemouth* alegó la mala fe del *Manchester* y el incumplimiento de un "término implícito" de dar un tiempo prudencial al jugador para que pudiera meter los 20 goles. La Corte no acogió la demanda, señalando que *Manchester* no había actuado de mala fe.

VI.2.4 Reticencia

(i) *Banque Financiere de la Cité S.A. versus Westgate Insurance Co Ltd*: Se trata de un caso en el que el demandado no reveló al demandante un hecho importante cuando negociaron el contrato. La Corte fue tolerante con la reticencia del demandado,

señalando que la ley no puede controlar la corrección en el cumplimiento de los contratos y que si bien la revelación de ese hecho hubiera evitado pérdidas al demandante, no era procedente reabrir una negociación ya cerrada.

(ii) *The Good Luck*: En este caso se produjo también reticencia. La Corte consideró que el contrato es de naturaleza confrontacional y que las partes no tienen por qué revelar hechos, ni siquiera en el caso que sean relevantes para la otra parte.

(iii) *Smith versus Hughes*: La Corte consideró que un granjero vendedor de avena no tenía obligación de revelar a su comprador –un entrenador de caballos– que la avena que le estaba ofreciendo no estaba en buen estado. El razonamiento de la Corte se basó en que el entrenador había examinado la avena y pudo haber apreciado por su cuenta si estaba en buen o mal estado. Era, pues, su responsabilidad.

VI.3 Dos laudos expedidos por tribunales peruanos

VI.3.1 El caso del Grupo Económico Familiar

Se trataba de un grupo de empresas de propiedad de una familia (padre y hermanos), donde todos trabajaban. En un momento, uno de los hermanos (el Hermano A) decidió que lo más conveniente era separarse del grupo económico familiar (el Grupo), porque –sostenía– era él quien trabajaba para el resto. El Hermano A logró convencer al resto y se acordó la separación. Para dicho fin se suscribieron los siguientes contratos: (i) uno de permuta, donde el Hermano A permutaba con el Grupo acciones de distintas empresas, a fin de individualizar la propiedad de cada uno; (ii) un contrato de licencia de uso de nombre comercial, donde se reconocía al Grupo ingresos por franquicia equivalentes al 5% de las ventas del Hermano A; y, (iii) un contrato de arrendamiento que garantizara indefinidamente al Grupo los ingresos por arrendamiento y derecho de paso por las instalaciones del Grupo.

Cuatro meses después de suscribirse los contratos, el Hermano A decidió poner fin unilateralmente el contrato de licencia, alegando que ya no necesitaba usar el nombre comercial. Esa alternativa había sido prevista en el contrato, aunque ocasionaría el pago de US\$ 350,000 como cláusula penal. Pocos días después de la resolución del contrato de licencia, el Grupo dio unilateralmente por resuelto el contrato de arrendamiento, alegando que el Hermano A no había contratado un nuevo seguro, sino, renovado el anterior y que había dejado de pagar 2 meses y 15 días de renta adelantada. El Hermano A, sin embargo, había intentado consignar la renta impaga ante el Tribunal,

cosa que fue rechazada por éste por razones formales y tampoco pudo hacerlo en el Banco de la Nación, porque éste no recibía depósitos referidos a procesos arbitrales. La resolución de los contratos de arrendamiento –que, además, activaba cláusulas penales de US\$ 500,000 cada una– creaban un verdadero problema al Hermano A, no sólo por el monto de las cláusulas penales, sino porque –lo más importante– el inmueble arrendado le servía de paso para ingresar a sus propias instalaciones y crear un ingreso alternativo resultaba sumamente oneroso. La discusión se centró en la mala fe y en el abuso del derecho del Grupo frente al Hermano A, al intentar resolver el arrendamiento por razones poco relevantes ya que –alegaba el Hermano A– lo que los motivaba era el deseo de venganza porque éste le había puesto fin al contrato de licencia. El Tribunal no acogió dicho planteamiento y adoptó una posición formalista, señalando que la demora en la contratación de la póliza de seguro no había podido ser justificada por el Hermano A, aun cuando la renovación del seguro cubría el riesgo y se abstuvo de pronunciarse sobre la falta de pago de la renta porque era suficiente con la ocurrencia de una sola causal para que el contrato quedara resuelto. Durante la discusión entre los árbitros, se pusieron en debate dos posiciones claramente contrastantes: una formalista que, invocando la seguridad jurídica, sólo reconocía la letra del contrato, y otra, mas bien, realista, que postulaba la necesidad de apreciar los motivos del Grupo para resolver el contrato de arrendamiento, sosteniendo que si los motivos eran –como el árbitro suponía– la venganza, debía negársele la resolución. Esta última posición no fue acogida por el Tribunal, por considerar que la investigación no podía alcanzar a los motivos. Pero la reflexión puede ir todavía más allá. Así, era claro que existía un desbalance a favor al Grupo en toda la transacción, lo que podía llevar a pensar que el Hermano A había suscrito los contratos con el ánimo de “firmo y luego peleo”, lo cual podría ser un supuesto de mala fe consistente en contratar con el ánimo de rescindir. Pero, ¿actuó el Hermano A de mala fe? ¿no es, mas bien, lógico pensar que su actuación fue legítima al firmar “lo que sea” porque, era la única manera de lograr la separación? ¿era justo tener que trabajar para toda la familia? ¿no hay, entonces, abuso? Pero, ¿interesa quién trabaja más a efectos societarios, donde lo único que cuenta es el número de acciones? Si el Hermano A trabajaba más, debió pedir un aumento de sueldo, pero no necesariamente la separación ¿qué es, entonces, lo moralmente correcto y qué no?

VI.3.2 El caso de la Consultora

En el mes de diciembre de 1999, una empresa consultora (la Consultora) celebró con un banco con

problemas financieros (el Banco) un contrato de asesoría financiera para la valorización del Banco y para la estructuración de una operación financiera que implicaba la incorporación de un socio estratégico. El plazo del contrato era de 3 meses renovables por acuerdo entre las partes. Las partes acordaron un honorario fijo ascendente a US\$ 50,000.00. Adicionalmente, se pactó un honorario de éxito, con el siguiente texto: “En caso que, por razón de la asesoría financiera de la Consultora llegara a incorporarse un socio estratégico al Banco, la Consultora deja establecido que en el marco de las condiciones que se pactarán con dicho socio, la Consultora le cobrará por los servicios prestados el monto de US\$ (...). Al monto resultante se le añadirá el IGV, así como el pago que el socio estratégico hará a la Consultora en aplicación de éste acápite, el cual se realizará al momento de cierre de la transacción” (subrayado agregado).

La Consultora comenzó a ejecutar el contrato de asesoría y el Banco le pagó el honorario fijo pactado. No obstante, a pesar de que dicha empresa organizó una licitación para ubicar un socio estratégico, no pudo lograrlo.

Pues bien, unos meses después de fracasada la licitación, se expidió un Decreto Supremo que permitió que el Estado apoye económicamente el salvataje de empresas bancarias. La expedición de dicha norma permitió que el Banco acordara realizar una operación de reorganización, mediante la cual se aportaría un bloque patrimonial integrado por ciertos activos y pasivos de su propiedad a una institución financiera.

Efectuada dicha operación, la Consultora exigió al Banco –y no a la institución adquirente, como se estipulaba en el contrato de asesoría– el pago del honorario de éxito, alegando que la operación se había efectuado como consecuencia de su trabajo y que, por lo tanto, le correspondía recibir dicho honorario. Y que –como ocurrió– si el adquirente aducía su calidad de tercero, correspondía al Banco pagar ese honorario. El Banco le respondió que no existía estipulación alguna que lo obligara a efectuar dicho pago, y que la operación no era consecuencia de los servicios prestados por la Consultora, porque no se trataba de la incorporación de un socio estratégico, sino de una reorganización patrimonial.

La discusión en el Tribunal se centró en la buena fe. Un árbitro sostenía que, aun cuando eso no se había pactado en el contrato, era obligación del Banco informar a la institución adquirente del bloque patrimonial la existencia de un compromiso de pago a la Consultora y que, si no lo hizo, debía asumir la responsabilidad del pago con la Consultora. Otro árbitro sostenía, en cambio, que dicha obligación no

había sido pactada y que, en todo caso, la operación no era consecuencia de la actividad de la Consultora, porque se había efectuado después del vencimiento del contrato de asesoría y, además, era de naturaleza totalmente distinta a la incorporación de un socio estratégico, que era lo que se había acordado con la Consultora. Para el primer árbitro, había mala fe en el Banco por no haber dado noticia a la Consultora de la nueva operación, mientras que para el segundo árbitro, la mala fe era de la Consultora, al pretender cobrar un honorario que no le correspondía por no haber gestado la operación. En conclusión, pues, para el primer árbitro, el contrato implicaba colaboración y, por tanto, existía la obligación implícita de notificar a la Consultora sobre la adquisición del bloque patrimonial; para el segundo árbitro, en cambio, la obligación de colaborar no podía llegar al extremo de considerar obligada a una persona que ni siquiera sabía que le correspondía cursar la notificación, dado que, para ésta, el contrato de asesoría había vencido y la operación de reorganización no era consecuencia del trabajo de la Consultora. Este segundo árbitro acogió, como puede apreciarse, la tesis del contrato como búsqueda del propio interés. El árbitro dirimente tomó una posición intermedia, otorgando a la Consultora una indemnización significativamente menor que la solicitada, acogiendo en la argumentación del laudo la tesis del contrato como colaboración extrema, pero expresando a través de la reducción de la indemnización, sus reservas a dicho planteamiento.

VII. ¿QUÉ HACER EN EL PERÚ?

Lo expuesto hasta ahora permite concluir que la exigencia de buena fe en los contratos, sea como regla o como excepción, es necesaria. Mas aun: es indispensable si lo que se quiere es contar con un sistema de contratación no solo seguro, sino también justo. La letra del contrato, pues, puede crear inequidades y es bueno que éstas sean “corregidas” por los jueces.

Pero, aun cuando la incorporación de la buena fe es racional y moralmente correcta y, a pesar de que el Código Civil la exige en todas las fases del contrato, la figura tiene poca aplicación en el Perú.

Una primera razón de su poca aplicación es el predominio del pensamiento formalista en la comunidad jurídica peruana. Ello es perfectamente explicable, desde que nos hemos formado (y seguimos formando a nuestros alumnos) bajo el criterio de que “lo mejor es limitar la discrecionalidad de los jueces”. Por eso, desde la perspectiva de los juzgadores, existe una explicable animadversión a la figura por el temor de que, introduciéndola, puedan terminar modificando el contrato.

Una segunda razón de la poca aplicación de la buena fe es la predilección del razonamiento jurídico del Derecho Continental por la abstracción. Esa abstracción domina la técnica de redacción normativa, donde la “regla de oro” es el “sistema” y la no repetición. En esa línea de pensamiento, si la regla general de buena fe ya ha sido incorporada, no hay necesidad de definirla (pues la definición es restrictiva) y mucho menos de reiterarla a propósito de supuestos específicos, donde, no obstante, podría favorecerse su aplicación. Esa es, en el sistema continental, la buena técnica jurídica, no importa si la abstracción del concepto lo convierte en inaplicable. Alguna vez he escuchado decir al profesor Roberto Mac Lean, con gran sabiduría, que el Derecho se ha convertido en un intrincado sistema de reglas complejas e inentendibles y que eso ha llevado a que la administración de justicia pierda su esencia, que es, sencillamente, resolver problemas entre las personas: A le debe a B y no le quiere pagar; C pretende una reparación por haber sufrido un accidente; J y K quieren divorciarse; el vecino M ha invadido el terreno de Y; X ha incumplido el contrato de mala fe, etcétera.

Una tercera razón de la poca utilización de esta figura es la escasa importancia que los juristas formados en el sistema continental conceden a los hechos. Así, por ejemplo, la teoría del Acto Jurídico plantea una serie de “verdades” que obligan a los jueces a alejarse de los hechos. Baste mencionar la regla de que el intérprete no puede investigar la “voluntad interna” sino la “voluntad declarada” (sin que se sepa con certidumbre cuál es cuál); o la regla de que los “motivos” no interesan en los contratos, mientras que la “causa” sí (sin que pueda determinarse su diferencia); o la idea de que la interpretación es un procedimiento puramente objetivo (es decir, se refiere a un “texto”), y no analiza las “intenciones” de las partes (siendo así que la búsqueda de “la común intención” tiene que ver con la voluntad de las partes). Y, como queda claro en el caso de la empresa familiar, esas “verdades” no permiten hacer justicia porque no cabe “penetrar” en la mente de las personas para analizar qué los motivó a actuar y acoger o repudiar actitudes que merecen (o no) protección. Existe, pues, una tremenda restricción impuesta por la teoría del Derecho Civil Continental de aproximarse abiertamente a los hechos y, más concretamente, a las intenciones, deseos y pensamientos de las partes. Si, en el antes expuesto caso de la empresa familiar, el Tribunal hubiera desestimado la venganza como razón de terminación del contrato, habría llegado, tal vez, a una mejor composición de los intereses de las partes. Pero, de manera totalmente explicable, el Tribunal no quiso llegar tan lejos y se mantuvo fiel a la letra del contrato. De otro lado, ¿quién no ha escuchado decir a colegas procesalistas que los hechos

tienen una importancia secundaria frente a la importancia del Derecho y que, dado ese carácter, las pruebas sobre los mismos, deben obtenerse después de hacer el planteamiento jurídico? No importa si luego no “calzan” exactamente, porque la discusión central es netamente jurídica.

¿Qué hacer, entonces, para incentivar la utilización de la buena fe?

La primera responsabilidad compete a nuestras facultades de Derecho, que tienen el deber de “relativizar” el valor que hoy se concede a la teoría formalista y comenzar a tratarla como una manera de ver el Derecho, que no es, ni mucho menos, la única. Eso no quiere decir, por supuesto, que la seguridad jurídica pase a segundo plano. Todo lo contrario, ésta tiene la mayor relevancia, pero esa importancia no excluye que en determinados casos puedan elegirse ppciones más flexibles si amerita preocuparse más por la justicia que por la seguridad jurídica. Lo mismo deben hacer las Facultades de Derecho con la predilección a la abstracción y comenzar a fomentar una mirada más “humana” de la justicia, es decir, más concentrada en su misión de resolver problemas entre personas, como bien planteaba el profesor Mac Lean.

Compete también a las facultades de Derecho, fomentar la importancia del estudio y del análisis de los hechos de un caso, con lo cual se podrá acceder a las intenciones y, con ello, a la buena o mala fe. La indiferencia frente a la importancia de los hechos, no es, sin embargo, un problema que sólo se produce en el Perú. Por el contrario, la propia doctrina anglosajona reclama, igualmente, mayor atención a los hechos. Así, por ejemplo, en *Essential Lawyering Skills*, Krieger y Neumann señalan lo siguiente: “Durante el proceso de representación del cliente, uno maneja hechos. Cuando un cliente acude donde el abogado –independientemente de si lo hace para pedir una indemnización por un accidente, para interponer un reclamo sobre un contrato o para comprar una propiedad (...)– el cliente entrega al abogado hechos y no teorías legales. Al preparar el caso, el abogado dedicará más tiempo a los hechos que a la investigación legal. En la mayor parte de las negociaciones, los abogados se concentran mucho más en los hechos que en la ley aplicable (...) En juicio los testigos declaran sobre hechos (...) Lamentablemente, pasamos poco tiempo en las escuelas de Derecho, analizando temas de cómo investigar, organizar y presentar hechos (...). Las teorías sobre interpretación se centran exageradamente en la lectura de textos y las diversas estrategias de interpretación aportan reglas para entender dichos textos (...) entender los hechos, se escapa como una parte del proceso poco interesante,

poco estimulante o irrelevante. Una vez en la práctica, los abogados deben desarrollar “en el trabajo” las habilidades para investigar los hechos, organizar los hechos y diseñar una teoría persuasiva sobre los hechos”¹⁸ (subrayado agregado).

Finalmente, en relación al Código Civil y su eventual reforma, parece claro que su parquedad es un obstáculo, si se considera que existe un temor reverencial a la letra del contrato, una predilección por los conceptos abstractos y que se concede poca importancia a los hechos. Y si a eso se añade la falta de institucionalidad y, en general, el subdesarrollo – más tolerantes con la mala fe–, seguiremos con un Código Civil altamente moral, pero de escasa aplicación. Por eso y aunque parezca paradójico, al reformar el Código sería recomendable “dar un paso

atrás” y comenzar incorporando la buena fe como excepción, como paso previo a la aplicación de la buena fe como regla, estableciendo, como ha hecho Summers, un catálogo de conductas de mala fe en relación a temas clave tales como la *culpa in contrahendo*, la reticencia, la resolución abusiva del contrato y la renegociación oportunista. Eso permitirá a los jueces –a falta de una jurisprudencia sistematizada– contar con reglas claras, precisas y sencillas, que permitan incorporar la buena fe en los aspectos esenciales de los contratos, sin el temor a modificarlos. Dicho tratamiento puede ser temporal, esperando un desarrollo jurisprudencial que permita pasar a la buena fe como regla. Con esto, la administración de justicia se aproximará al ideal de justicia y seguridad jurídica, y perderá el temor reverencial a las formas y a los conceptos abstractos.

LA VERDAD CONSTRUIDA: ALGUNAS REFLEXIONES HETERODOXAS SOBRE LA INTERPRETACIÓN LEGAL

Fernando de Trazegnies Granda*
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

La mayoría de operadores del Derecho quedarían espantados –o al menos preocupados– ante una aseveración como la del título del presente artículo. Y es que uno suele estar acostumbrado a pensar que la verdad es única e incuestionable, más aún en el mundo jurídico. Sin embargo, el presente artículo nos demuestra que todo análisis de un texto de contenido jurídico requiere una interpretación, lo cual es muy distinto a afirmar que la interpretación pueda ser cualquiera.

Con el interesante estilo de siempre, el destacado autor desarrolla, en primer lugar, los lineamientos generales de la interpretación jurídica, para después establecer las diferencias entre la interpretación legal y la interpretación de los contratos, poniendo especial énfasis en el principio de la buena fe y la doctrina de los actos propios.

Se recomienda sobremano la lectura de este artículo, la cual deberá ser realizada con el firme compromiso de poner todo conocimiento bajo cuestionamiento.

I. DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN GENERAL

1. El planteamiento básico

Ante todo, amigo lector, quiero prevenirte antes de que sigas leyendo que intento dar una estocada intelectual directamente a lo que es posible que sea el corazón de tus convicciones jurídicas.

Seguramente piensas que en Derecho existen verdades irrefutables, que las normas tienen un sentido claro – y, por tanto, indiscutible– que nos conduce a una solución única mediante un razonamiento silogístico. Cuando esta verdad no aparece a primera vista, no surge de una lectura literal, piensas que el autor –quien creó la norma– ha tenido un defecto de expresión, no ha sabido comunicarse adecuadamente, pero ese sentido único está ahí, oculto entre los pliegues del texto y hay que hurgar para descubrirlo. Y crees que esa es la interpretación: un instrumento para, en casos excepcionales, descubrir la intención recóndita de un autor con capacidad de expresión deficiente.

Sin embargo, lector tolerante, quiero compartir contigo en estas líneas algunas reflexiones heréticas. No creo que existan verdades jurídicas. Todo lo que tenemos son perspectivas desde nuestro punto de vista, algunas de las cuales son aceptables por la comunidad dentro de la que vivimos y otras son rechazadas y, por tanto, estas últimas, aunque sigamos creyendo personalmente en ellas, carecen de eficacia jurídica. La verdad no es en el Derecho un objeto que se encuentra “ahí afuera” y que simplemente nuestra mente tiene que comprobarlo. Y me atrevería a decir lo mismo de todo conocimiento humano, dejando aparte las verdades de fe. La definición de la verdad como *adequatio intellectus ad rem*¹ fue minada por Descartes cuando nos hizo ver que todo lo que tenemos en nuestra mente son ideas de las cosas y no cosas, y que es imposible comprobar la verdad de esas ideas mediante una comparación con la cosa misma porque cada vez que lo intentamos solo recibimos de vuelta una nueva idea, de modo que solo comparamos ideas con ideas.

2. La interpretación como elemento indispensable para la aplicación del Derecho

Todo abogado sabe, cuando menos intuitivamente, que el punto crucial del Derecho está en la interpretación.

Si pensáramos que la verdad jurídica es única y perfectamente comprobable, si la ley o el contrato

pudieran ser entendidos como una ecuación matemática, no serían necesarios los jueces y mucho menos los abogados. Bastaría una computadora, que nos daría la solución perfecta, técnica, irrefutable. Por otra parte, el hecho de que dos abogados defiendan dos posiciones diferentes sería absolutamente condenable porque solo se podría explicar de una de dos maneras: o uno de los dos no conoce bien el Derecho y por eso no se da cuenta de que no tiene la razón y debe ser censurado por ignorante; o los dos abogados conocen muy bien el Derecho –y, por consiguiente, saben de qué lado está la razón, la verdad única– pero uno de ellos está engañando al cliente haciéndole creer que puede ganar solo para cobrarle honorarios.

En cambio, si admitimos que la verdad jurídica es una perspectiva que siempre admite una confrontación con otra perspectiva, todo vuelve a su lugar y tanto jueces como abogados resultan indispensables.

La vida no es matemática y por eso una computadora no puede resolver las discrepancias apelando a un razonamiento silogístico para encontrar así la solución única. En la vida las soluciones son siempre múltiples, porque son el producto de una dinámica sutil, compleja y ambigua, que se desarrolla en un mundo de discrepancias y confrontaciones. Es por ello que hace falta abogados opositores que resalten las distintas formas como puede ser vista una misma situación y jueces que puedan evaluar cuál de esas perspectivas es la que corresponde mejor a lo que el orden jurídico y los valores sociales en juego pretenden. Esta inevitable ambigüedad en la comunicación jurídica es la que justifica el principio fundamental de nuestro Derecho moderno expresado en la frase *audiatur et altera pars*², que es uno de los principios fundamentales del debido proceso.

Claro está que, como una perspectiva siempre puede ser opuesta a otra hasta el infinito ya que no hay una verdad absolutamente incontrovertible y carente de perspectivas, el sistema tiene que prever que a un cierto nivel ya no puede haber más objeciones y debe aplicarse la perspectiva a ese entonces predominante. Esto es lo que justifica la *res iudicata* o cosa juzgada inamovible: agotados un cierto número de recursos y de instancias, el proceso termina aunque una o todas las partes puedan seguir cuestionando la solución adoptada. Notemos que este punto final no obedece a que hemos llegado a la “verdad” sino simplemente a que se ha dado una oportunidad razonable de

¹ “Ad primum ergo dicendum quod veritas est adequatio intellectus ad rem” (por tanto, en primer lugar digo que la verdad es la adecuación del intelecto a la cosa). DE AQUINO, Santo Tomás. “Quaestiones disputatae”. De anima. Quaestio tertia.

² “Debe ser escuchada la otra parte”.

explorar el tema y la voluntad de lograr una seguridad jurídica –no el razonamiento de la controversia– exige que se determine en forma definitiva una solución que pueda ser aplicada a la situación concreta en conflicto, pues de otra manera las controversias podrían discutirse *ad infinitum* (precisamente por la naturaleza contradictoria y no apodíctica del Derecho). En cambio, más allá del plano de la voluntad legal que se expresa en la cosa juzgada, la razón puede seguir cuestionando el fallo y es así como encontramos muchas veces distintas opiniones sobre una resolución judicial que ya pasó como cosa juzgada. Esas opiniones posteriores no tienen fuerza legal y, por tanto, ya no modifican lo resuelto; pero tienen fuerza racional y la prueba está en las fuertes discusiones doctrinarias que podemos encontrar en los comentarios de la jurisprudencia.

3. El mito: *in claris non fit interpretatio*³

Hay un mito –que, en el fondo, no es sino un arma dialéctica dentro de esa confrontación cotidiana de puntos de vista que es la actividad jurídica– que sostiene que la interpretación de una norma o de un contrato es una operación extraordinaria y excepcional que tiene lugar solo en los raros casos en que las palabras del texto no bastan para comprender el sentido porque son oscuras o confusas.

Sin embargo, todo texto es oscuro o confuso, todo texto es ambiguo y puede dar origen a varias interpretaciones si nos atenemos solo a su literalidad. Lon L. Fuller, en su conocida polémica con H.L.A. Hart, ha demostrado que una norma tan simple y aparentemente tan clara –mientras la reduzcamos a una mera proposición lógica– como “Prohibido ingresar dentro del parque con vehículos” resulta confusa si analizamos todas las posibilidades que ofrece su aplicación a la realidad: ¿la palabra “vehículo” que parece tener un significado nítido implica que no pueden ingresar al parque los coches de los bebés, los carritos y triciclos de los niños, las bicicletas de los adolescentes, la carretilla del heladero, el camión-tanque que riega los jardines, etcétera, etcétera?⁴. No es claro el concepto y necesitamos otros elementos adicionales a las palabras claras de la norma para aplicarla de una manera sensata. En consecuencia, la interpretación es una operación normal y obligada en la aplicación del Derecho; y, más bien, tratar de

maniar el sentido a la pura letra del texto conduce muchas veces a error porque nos hace perder de vista su espíritu, su finalidad, el sentido razonable del texto en función de lo que se persigue.

En realidad, todo enunciado –jurídico o de otra clase– tiene que ser interpretado para obtener de él un significado útil –comprensible– desde el punto de vista de nuestra cultura y de nuestra realidad: los enunciados no tienen un sentido propio sino una significación que, enmarcada por las palabras, requiere completarse con su entorno conceptual y cultural dentro de una realidad concreta. El texto no es nada sin un contexto, como un recipiente no es nada sin su contenido. De ahí que todo deba ser objeto de un análisis racional que permita completar el texto; en cambio, quedarse en las palabras del texto es no pasar del recipiente. Y, como decía Gastón Bachelard, “lo que cree saberse claramente, ofusca lo que debiera saberse”, porque no permite encontrar toda la riqueza de contenidos que tiene ese recipiente textual. La claridad, lejos de ser una virtud, se convierte así en un obstáculo epistemológico⁵.

Toda comunicación implica un lenguaje, que no es solamente el idioma que hablamos sino también la forma como lo entendemos. La semiótica moderna destaca las posibles interferencias y ambigüedades que tiene todo proceso de comunicación. Pero ya Jean-Jacques Rousseau había advertido esta imposibilidad de una claridad plena a través de la literalidad de las palabras. Alguna vez, quejándose de que sus libros eran muy mal interpretados, señaló que ello se debía a que las palabras tienen muchos sentidos. Y comentó que le gustaría escribir un libro que se vendiera acompañado de un diccionario escrito por él mismo donde se explicaría el sentido preciso con el que había usado cada palabra en el libro. Pero, agregaba, el problema es que el diccionario también estaría escrito con palabras que habría que explicar a su vez con otro diccionario; y así sucesivamente⁶.

Esta necesidad de interpretación se encuentra incluso en la lectura de los textos más canónicos, como el Antiguo y el Nuevo Testamento. “Los fundamentalistas”, dice el Padre Ahrens, “toman al pie de la letra el lenguaje, o consideran sagrado y no toman en serio el hecho de que es solamente un medio y que por tanto no debe ser

³ “En la claridad no se hace interpretación”.

⁴ FULLER, Lon L. “Positivism and Fidelity to Law: A reply to Professor Hart”. En: Harvard Law Review 71. 1958. pp. 661-669.

⁵ BACHELARD, Gaston. “La formación del espíritu científico. Contribuciones a un psicoanálisis del conocimiento objetivo”. México: Siglo Veintiuno. 1978. p. 16 *et passim*.

⁶ “J’ai fait cent fois réflexion en écrivant qu’il est impossible dans un long ouvrage de donner toujours les mêmes sens aux mêmes mots. (...) La méthode de définir tous les termes et de substituer sans cesse la définition a la place du défini est belle mais impraticable, car comment éviter le cercle? Les définitions pourraient être bonnes si l’on n’employoit pas des mots pour les faire”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Emile ou de l’éducation”. Libro II, nota. En: “Oeuvres complètes”. Tomo IV. Francia: Bibliothèque de la Pléiade. Gallimard. 1969. p. 345.

⁷ AHRENS, Eduardo. “La Biblia sin mitos. Una introducción crítica”. Tercera edición. Lima: Asociación Hijos de San Pablo. 2004. p. 61.

absolutizado”⁷. Esto los lleva a profundos errores de fondo en su afán de fortalecer aspectos superficiales, que han dado lugar incluso a exterminios, guerras religiosas y crímenes, debido a los errores derivados de la literalidad de la lectura bíblica⁸.

En el Derecho, esta necesidad omnipresente de la interpretación ha sido puesta de relieve incluso por representantes del positivismo más radical, ya que éste, bajo sus formas inteligentes, comprendió siempre esta naturaleza incompleta del texto.

Así Hans Kelsen nos dice que afirmar que una sentencia judicial (podríamos decir también un laudo) está basada en la ley (o en el contrato) no quiere decir que sea la expresión de una única solución contenida en la letra del texto⁹. Esa solución es siempre una construcción por el jurista de un sentido razonable sobre la base de un texto determinado.

He mencionado en las líneas precedentes un aspecto de la discusión entre H.L.A. Hart y Lon L. Fuller sobre el alcance de la interpretación. El fondo de esa controversia académica puede ser planteado de la siguiente manera. Hart sostiene que hay casos que califica como familiares –los denomina “*plane cases*”¹⁰– que parecen no requerir interpretación; pero reconoce que al lado de estos textos referidos al sentido “nuclear” de las palabras usadas en la norma, hay la posibilidad de que las palabras tengan, además de ese sentido nuclear, una muy amplia zona periférica donde el texto por sí solo no ayuda a la comprensión de su sentido. Solo cuando la cuestión está referida a estos casos vinculados con el área de penumbra dentro de la significación de las palabras es que procede la interpretación¹¹. Fuller le demuestra que su teoría sobre “*the core and the penumbra*”¹² es insostenible, porque la interpretación es siempre necesaria y requiere ser bastante más amplia de lo que usualmente se admite, ya que los llamados casos claros que aparecen en el núcleo de significación pueden pasar fácilmente a la penumbra de la periferia, y *viceversa*, y esta inestabilidad obedece a que su calidad de casos claros o confusos no surge de su texto sino de su contexto¹³.

En algunos cuerpos legales –nuestro Código Civil no ha incurrido en ese error– existe una norma expresa que manda que solo se interpreten los textos oscuros

o ambiguos, haciendo suya la idea del brocardo *in claris non fit interpretatio*. Y algunos tratadistas, al comentar esta regla, han señalado que en estos casos “la norma se interpreta a sí misma”. Esta última frase no es en verdad un argumento, sino una figura retórica que comporta una metáfora que evoca un círculo vicioso (una norma que se interpreta a sí misma aun cuando esa interpretación no conste en ninguna parte sino en la misma norma interpretada). De otro lado, debemos tener en cuenta que cuando el brocardo fue expresado originalmente –en el siglo XII o en el XIII– todavía Descartes no había planteado la duda como método inevitable de conocimiento y se seguía pensando que la verdad era simplemente la confrontación de una idea o de una expresión con la realidad en sí.

Pero intentemos explorar seriamente una norma de ese tipo. Notemos que, si es exacto que toda norma tiene que ser interpretada, esas normas sobre interpretación –la mencionada y otras– también requieren una interpretación. Recordemos la reflexión de Rousseau antes mencionada sobre la necesidad de diccionarios de diccionarios.

Porque, ¿qué es un significado oscuro o ambiguo? La llamada claridad de un texto depende, en última instancia, del acuerdo que pueda existir sobre su interpretación entre quienes van a usarla (sujetos de Derecho, partes contractuales, abogados, jueces, árbitros). Así, esa presunta claridad no es una cualidad del texto en sí mismo sino de la interpretación común recaída en tal texto. Contrariamente, la ambigüedad u oscuridad implica que hay discrepancia razonable sobre la interpretación de tal texto. Así como no hay una claridad objetiva, tampoco hay una ambigüedad o una oscuridad objetivas sino que esta condición del texto resulta de que se han propuesto diferentes interpretaciones del mismo todas ellas consideradas razonables por sus proponentes.

Por consiguiente, decir que una norma es clara supone que ya se ha hecho una primera interpretación. Y así la norma es clara para quien afirma que es clara; no necesariamente para los otros. Si logra persuadir a otros (a la contraparte, al juez, al árbitro) de que esa es la interpretación correcta, la norma se convierte en clara dentro de los términos y alcances de tal convencimiento. Pero no más allá; porque en Derecho no hay claridad ni oscuridad en sí sino solo frente a las

⁸ Ibid. p. 17.

⁹ KELSEN, Hans. “Théorie Pure du Droit”. Traducción francesa de la segunda edición de la «Reine Rechtslehre» por Charles Eisenmann. París: Dalloz. 1962. pp. 456-462.

¹⁰ Casos “planos”, como un mar tranquilo, sin olas; en otras palabras, casos claros.

¹¹ HART, H.L.A. “The Concept of Law”. 1961. Oxford: Clarendon Press. 1970. p. 123.

¹² “El núcleo y la penumbra circundante”.

¹³ FULLER, Lon L. Op. Cit. pp. 661-669.

interpretaciones que se proponen respecto de las reglas jurídicas aplicables (sean éstas normas legales o acuerdos contractuales).

Dentro de esta lógica –a mi parecer, irrefutable– cada vez que hay una discrepancia sobre lo que en última instancia quiere decir un texto jurídico, podemos afirmar que ese texto es ambiguo u oscuro porque, dentro de nuestro sistema jurídico basado en la dialéctica de adversarios y en el debido proceso, no podemos dar preferencia *a priori* a ninguna de las dos interpretaciones para resolver la ambigüedad u oscuridad que se deriva de la existencia de interpretaciones diferentes o contradictorias. Para establecer una preferencia por una u otra interpretación hace falta previamente un acuerdo entre las partes o un proceso judicial o arbitral seguido conforme a las exigencias del debido proceso.

Por consiguiente, en toda controversia judicial o arbitral, la cuestión debatida es siempre oscura o ambigua y, por tanto, se requiere de todos los medios suplementarios de interpretación posibles para convencer al juez o árbitro respecto de cuál es la interpretación que él también acepta.

4. Los criterios generales de interpretación

Sin embargo, vivir entre perspectivas no significa que se pueda adoptar cualquier perspectiva sobre los hechos, por absurda que ésta sea. La interpretación es construcción de sentido pero no invención de conceptos o normas. Por tanto, cabe siempre hacer un desarrollo de las perspectivas posibles; pero las únicas admisibles serán aquellas que se enmarquen dentro de los criterios disponibles.

En este sentido, no cabe duda de que el texto literal de la ley constituye un marco para la interpretación: no es admisible una interpretación *contra legem*. Pero hay que comprender que dentro de ese marco o frontera conceptual caben todavía muchas interpretaciones en el interior del territorio legal así creado.

De un lado, la ley no es una respuesta completa –aunque así lo pretenda– sino que únicamente delimita el campo de juego y da ciertas pautas sobre cómo se debe jugar. Cada equipo jugará realizando una interpretación desde su propia perspectiva con la idea de hacer más tantos que la otra parte. La interpretación

implica no dejar de lado el texto literal de la ley sino rellenar su interior con las verdades y métodos normalmente aceptados por la comunidad jurídica (doctrina, jurisprudencia establecida, etcétera) y con otros elementos que no proceden del Derecho sino del entorno de realidad dentro del cual se da actividad jurídica (criterios generalmente aceptados de ética, economía, política, etcétera).

De otro lado, aun cuando es cierto que si la ley dice que algo es blanco la interpretación no puede decir que es negro, cabe la posibilidad de que el intérprete proponga que eso de lo cual la ley dice que es blanco no es de lo que están hablando las partes y, por consiguiente, esa norma no es aplicable: el partido no debe ser jugado en ese campo sino en otro.

Por tanto, la interpretación así entendida –sobre la base de perspectivas en conflicto– no es hacer lo que a uno le venga en gana con la ley y el Derecho. Pero tampoco es someterse a la tiranía de una supuesta voluntad del legislador que daría todas las respuestas necesarias para la correcta aplicación de la ley. La ley no manda sino en lo que dice su texto; pero ese texto, contra lo que muchos quisieran, no nos da todo el cuerpo del mandato sino, como sostiene Kelsen, solamente nos proporciona su contorno: el resto tiene que ser rellenado por los actores jurídicos con las diferentes perspectivas posibles que caben dentro de esa delimitación textual.

II. LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO

1. Diferencias entre la interpretación de la ley y la del contrato

Ahora bien, contra una opinión que se escucha o se lee con una cierta frecuencia, la interpretación jurídica no es igual si se trata de interpretar la ley o de interpretar el contrato.

En uno y otro caso, la naturaleza de las normas es diferente, su procedencia es distinta y su objetivo es otro. La ley es un mandato público y, por tanto, general en su aplicación y genérico en sus expresiones; la norma contractual constituye un mandato privado y solo se refiere a las partes (*res inter alios acta aliis praeiudicare non potest*¹⁴), reglamentando sus derechos y obligaciones recíprocos con una precisión mucho mayor que la de cualquier ley. El origen de la ley se encuentra en un proceso complejo donde se exponen opiniones

¹⁴ “Lo acordado entre ciertas partes no puede perjudicar a un tercero ajeno a tal acuerdo”. El principio se encuentra en múltiples citas del Digesto de Justiniano tanto aplicado a las sentencias, las que no pueden perjudicar a los terceros no presentes en el proceso (DIGESTO. Macer. 42.1.62), como también a los actos privados (DIGESTO. Imperatores Diocletianus, Maximianus, C.J. 7.56.4). El principio fue acogido también por teólogos y juristas de la Edad Media (GREGORII PAPAE IX (compilador). “Decretalium D”. Título XII. Capítulo VII: *res inter alios acta non debeat eis praeiudicium generare*).

contrarias y cuyo resultado muchas veces se basa en componendas regidas por otro orden de cosas ajeno al Derecho, por lo que hablar de “el legislador” como si fuera una persona real con una voluntad unívoca es una ficción; en cambio, el origen del contrato es la voluntad de dos partes perfectamente definidas con ideas relativamente claras sobre sus intereses. El objetivo de la ley es político: se propone normar siempre con vista al todo social (aun cuando cada ley en concreto se refiera solo a un aspecto de ese todo); el contrato está conformado por normas autogeneradas por las partes y orientadas a regir el acuerdo de dos (o más) individuos para realizar en común un negocio privado.

Todo ello lleva a que la ley pueda ser interpretada con mucha mayor amplitud que el contrato: no hay detrás de la ley una voluntad tan claramente unívoca como en el contrato; y además la ley, por su carácter general, precisa mucho menos lo que ordena y deja un campo interior mucho más grande para el desarrollo frente al caso concreto. En cambio, en el contrato las voluntades de quienes lo han creado están a flor de piel y las cláusulas diseñan con más detalle los términos de la relación jurídica.

Pero ello no debe llevar a pensar que entonces la ley se puede interpretar y el contrato no: todo se tiene que interpretar. Todo lo que sea materia de una comunicación tiene que interpretarse. Pero la comunicación de la ley es *erga cives*, es decir, está dirigida a un receptor anónimo (todos los ciudadanos) y se emite desde la perspectiva del todo social; mientras que el contrato es una comunicación entre partes perfectamente identificadas y tiene como justificación el interés de cada una de ellas. Estas diferencias dan origen a que criterios y alcances entre la interpretación de la ley y la interpretación del contrato sean distintos.

2. Principios fundamentales de la interpretación del contrato

Dentro del Derecho peruano, el Código Civil garantiza la autonomía de la voluntad¹⁵ y, en atención a ello, por respeto a la voluntad de las partes, no hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones¹⁶. De este predominio de la voluntad como elemento formativo del contrato se deriva que las disposiciones de la ley en esta materia tengan en principio que ser simplemente supletorias de la voluntad

de las partes¹⁷, considerándose que las leyes imperativas son verdaderamente excepcionales.

Por otra parte, la manera de conocer tal voluntad es ciñéndose a las palabras o sistema de significaciones mediante las cuales se expresa la voluntad concordada, sobre la base de que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; para este efecto se presume que esa declaración expresada responde a la voluntad de las partes; pero nótese que estamos ante una presunción solamente: las palabras o la literalidad del contrato es un primer indicio de la voluntad de las partes que es posible rebatir. Pero es un indicio tan fuerte que quien alegue lo contrario debe probar que no hay tal correspondencia¹⁸.

Pues bien, los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Nadie podría oponerse a esta norma. Pero, ¿qué es lo que se ha expresado en ellos? Ese es un problema de interpretación. Y la prueba de que el texto literal puede no coincidir con lo realmente expresado en el contrato es que la misma norma agrega que a quien niegue la coincidencia entre la declaración y la voluntad de las partes le corresponde la prueba de la divergencia. Por consiguiente, la divergencia entre declaración e intención es posible y, si es alegada, no puede ser rechazada acudiendo a una simple literalidad sino que se tiene que permitir a quien alega tal diferencia que la demuestre.

Notemos cómo, si bien la ley remite en este caso la “verdad” jurídica a lo querido por las partes, ello no exime la necesidad de una interpretación.

Pero entonces, ¿cómo se realiza tal interpretación, con qué criterios? No cabe duda de que esa interpretación tiene que hacerse sobre una base razonable; no se puede leer de cualquier manera un texto. Como dice Umberto Eco, usando el humor como forma de enfatizar, si Jack el Destripador nos dice que cometió sus crímenes inspirado en una interpretación del Evangelio según San Lucas, es probable que aun quienes apoyan las líneas más creativas de la interpretación pensarían que el tal Jack había leído a San Lucas en forma descabellada¹⁹.

La norma fundamental a este respecto es la que prescribe que los contratos deben interpretarse y ejecutarse de acuerdo a la buena fe y a la voluntad de las partes²⁰. En este ensayo estudiaré con un poco más

¹⁵ Artículo 1354 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁶ Artículo 1359 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁷ Artículo 1356 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁸ Artículo 1361 del Código Civil peruano de 1984.

¹⁹ ECO, Umberto. “Interpretation and overinterpretation”. Cambridge: Cambridge University Press. 1992. p. 24.

²⁰ Artículo 1362 del Código Civil peruano de 1984.

de detalle la aplicación del principio de la buena fe, dejando para otra oportunidad toda la inmensa gama de otras preguntas que surgen de la interpretación contractual.

3. El principio de la buena fe

La buena fe, dentro de su acepción clásica de honestidad fundamental, de razonable inocencia y de coherencia en la actuación es, sin duda, un principio esencial dentro del Derecho moderno: sin buena fe, el Derecho se convertiría en una vacilante regla de juego entre tahúres. El mercado es la búsqueda dinámica y a veces agresiva del propio interés; pero no puede funcionar normalmente sin una cierta lealtad básica.

Lo que no puede admitir una economía de mercado cuya base es la libre iniciativa de las partes es una suerte de buena fe moralista que asume principios distintos de la voluntad de las partes y que pretende dar pie para la intervención, sea del Estado, sea del juez, dentro del pacto contractual. Esa buena fe –que algunos llaman “objetiva” porque no responde a la intención de los sujetos sino a patrones que son considerados cuasi sagrados y superiores a la voluntad de las partes– no puede ser aceptada porque pretende consagrar un derecho de intromisión del Estado (léase en muchos casos, del juez) en lo que corresponde al dominio privado y libremente determinable de las partes, contrariando las reglas de interpretación del contrato contenidas en el Código Civil vigente, a las que he hecho referencia en los párrafos anteriores. Como señala Max Weber, la contratación moderna no puede regirse por criterios ajenos y superiores a las partes, ya que la racionalización y formalización del Derecho actual lleva a ver los contratos como expresiones del interés individual y no como formas de realizar una política o de poner en práctica un principio con un valor intrínseco y general.

Sin embargo, esto no significa que el mercado carezca de ética sino que, más bien, el mercado da lugar a la creación de una ética intrínseca que se sustenta no en criterios externos y objetivos sino en la fidelidad a la libre formación y a la correcta y consecuente ejecución de la voluntad de las partes. Y es solo en ese sentido, explica Weber, que se puede y se debe hablar en una sociedad de mercado de buena fe y de negociación y trato honestos²¹.

La buena fe dentro del mercado consiste, entonces, precisamente en lo contrario de lo que plantea la buena

fe “objetiva” o moralista: no apunta a valores trascendentes e independientes de la voluntad de las partes –un concepto abstracto y absoluto de justicia o de solidaridad social– sino que se dirige precisamente y solamente a aclarar la voluntad de las partes. Dentro de este sentido, actuar con buena fe es permitir que la libre voluntad de las partes se manifieste de la manera más diáfana y, luego de haber sido concertada en una voluntad común a través de un contrato, se cumpla de manera cabal, sin triquiñuelas. Así, actuar con buena fe en la ejecución de un contrato es cumplir con el contrato, llevar adelante esa voluntad acordada que dio origen a la relación contractual.

El Código Civil peruano reconoce expresamente la obligación de los contratantes de tener buena fe recíproca, no solamente como una obligación moral sino como consecuencia de un mandato legal. Así, el artículo 1362 ordena que los contratos se negocien, celebren y ejecuten según las reglas de la buena fe y de la común intención de las partes. Y el artículo 168 del mismo cuerpo legal establece que el acto jurídico debe interpretarse de acuerdo al principio de la buena fe.

Por consiguiente, en el Derecho peruano la aplicación de la buena fe es una obligación legal.

La buena fe es así un espíritu que forma, interpreta, ejecuta y, en general, anima toda la relación contractual. Esta buena fe resulta indispensable para el funcionamiento normal de una sociedad de mercado, no basada necesariamente en valores éticos o religiosos trascendentales sino en la claridad y transparencia de la expresión y del comportamiento. Sin ella, los agentes jurídico-económicos no puedan calcular las consecuencias de sus actos porque el co-contratante de mala fe puede desajustar el acuerdo con cualquier pretexto. Y esto implica que, frente a tal actitud deshonesta, un contratante de buena fe no puede asumir obligaciones responsables con los correspondientes derechos definidos de manera recta, decente.

La contratación honesta –en el sentido de leal, franca, sin medias verdades ni medias falsedades– es parte del *honeste vivere* que Ulpiano señalaba como uno de los pilares del Derecho²². Una conducta contractual que falta a esta honestidad no permite un buen entendimiento entre las partes debido a que la comunicación –aparentemente satisfactoria– no logra mostrar lo que se debería poner en evidencia entre los contratantes porque está entorpecida por reservas de información,

²¹ WEBER, Max. “Max Weber on Law in Economy and Society”. New York: Clarion Book. 1954. pp. 306-307. KRONMAN, Anthony T. “Max Weber”. Stanford University Press. 1983. pp. 8-10.

²² DIGESTO. 1.1.10.

errores voluntarios o involuntarios, interpretaciones literales que distorsionan el espíritu del acuerdo, distinciones no razonables, segmentaciones de situaciones que forman una unidad de proceso, etcétera. Y, obviamente, con un entendimiento confuso, que cambia su sentido a medida que las relaciones continúan, las partes no pueden prever ni calcular el desarrollo del contrato, la economía de mercado no funciona porque las opciones no son claras, la inversión se retrae porque, aunque le dicen que tiene garantías, en la práctica suceden situaciones imprevistas y contrarias a la forma como le habían sido presentadas las cosas al momento de atraer la inversión.

En consecuencia, un aspecto fundamental de la buena fe que debe primar en las partes de una relación jurídica es la adecuada presentación –o representación, si se prefiere– de los hechos y situaciones en los que intentan involucrarse o en los que ya están involucrados. Este es el sentido del artículo 1362 del Código Civil peruano que ordena que “Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

Pero, en el fondo, la buena fe, entendida como la adecuada representación que cada parte realiza de su propio punto de vista frente a la otra, es un principio general del Derecho que no puede ser eludido en ninguna de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la rama del Derecho o el tipo de relación formada o por formarse.

4. La interpretación fundamentada en la coherencia de la conducta contractual

Dentro de este sentido, uno de los aspectos claves de la buena fe –aunque no es el único– consiste en la coherencia de la conducta contractual.

No es admisible que un contratante o parte en general actúe unas veces en un sentido y otras en otro, afirme ciertos hechos en una situación y los niegue en otra, reconozca y acepte ciertas interpretaciones o consecuencias jurídicas y las desconozca en otra similar, simplemente porque en una le conviene y en otra no le conviene. Y, si bien la falta de coherencia en la conducta general de una persona es reprochable social o

moralmente, cuando ésta se presenta en el transcurso de un proceso de relaciones contractuales y entre las mismas partes, la falta de coherencia en los actos adquiere connotaciones jurídicas y se transforma en una falta contra la buena fe contractual que tiene que ser tomada en cuenta cuando se produce una controversia.

La regla fundamental en este caso está constituida por el principio *venire contra factum proprio non valet*²³, que también se expresa como *protestatio facta contraria non valet*²⁴ o a veces como *venire contra factum proprium nemini licet*²⁵ o como *non concedit venire contra factum proprium*²⁶. Estas formulaciones no son propiamente del Derecho romano, eminentemente casuístico, sino de la glosa medieval sobre la compilación justiniana. Accursio en la Glossa Ordinaria comenta, dándole un carácter general, la regla del Digesto sobre un caso de herencia en la que se establece que “(...) *adversus factum suum (...) pater movere controversiam prohibetur*”²⁷. Sin embargo, es Portius Azo, a fines del siglo XIII, quien, en su libro “*Brocardica Aurea D. Adonis: Cononiensis Antiquorum Iuris Consultorum Facile Principis*”, acuña la frase *non concedit venire contra factum proprium*. Como es conocido, la glosa brocárdica²⁸ pretendía resumir en frases muy breves el conocimiento jurídico antiguo para el efecto de consultar más fácilmente los principios. Era, pues, un esfuerzo de síntesis y de teorización que, bajo su modesta apariencia intelectual, se proponía sobrepasar los límites de la casuística romana.

La teoría moderna de los actos propios tiene una base germánica (suiza y alemana). Es conocida la definición de Ennecerus, que tiene las virtudes de la concisión y la claridad. Pero en el sistema jurídico anglosajón existe una institución relativamente análoga llamada *estoppel*, al punto que algunas Cortes han llegado hasta la identificación entre ambas instituciones sobre la base de constituir una manifestación de la buena fe y del sentido común. Es así como en el Reino Unido la Court of Exchequer ha llegado a decir que “nadie puede ser permitido de soplar caliente y frío, es decir, afirmar en un momento y negar en el otro (...). Este principio tiene sus bases en el sentido común y en la justicia común y, ya sea que se le denomine como *estoppel* o por cualquier otro nombre, es uno de los que más fructuosamente han adoptado los tribunales modernos”²⁹.

²³ “No vale actuar (o argumentar) contra el hecho propio”.

²⁴ “Alegar hechos contrarios (a los realizados por el propio alegante) no vale”.

²⁵ “A nadie le es permitido alegar en forma contraria a sus propios hechos”.

²⁶ “No se acepta la argumentación contra el propio hecho”.

²⁷ “Se prohíbe que el padre promueva controversia contra su propio hecho”. DIGESTUM. L. I. Título VII. 25.

²⁸ No se conoce con seguridad la etimología de la palabra “brocardo” y del adjetivo “brocárdica” empleada por Azo. Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española (edición de 1770) procede de Burchardus, quien era Obispo de Worms entre los años 1120 y 1149. Friedrich Kart von Savigny pensaba que se derivaba de “*brotchen*” (en alemán, panecillo) porque la sabiduría como alimento del alma se expresaba en aforismos o pequeños trozos de pan intelectual.

²⁹ *Reino Unido, Court of Exchequer. Cave v. Mills (1862) 7 Hurlstone & Norman, p. 913, at p. 927.*

El fundamento de la regla sobre los actos propios es de carácter racional y se enmarca dentro del principio de la buena fe ya que no actúa correctamente –con buena fe– quien dice y se desdice, quien obra de una cierta manera y luego pretende reclamar lo contrario. Esta vinculación de la doctrina de los actos propios y el principio general de la buena fe se encuentra en prácticamente toda la doctrina. Es así como José Puig Brutau afirma que “el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe (...)”³⁰. Y Alejandro Borda sostiene categóricamente: “La teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe”³¹. En el Perú, René Ortiz sostiene, siguiendo a Wieacker, que esa máxima implica la obligación de comportarse de acuerdo a la buena fe³².

El contratante no puede crear una apariencia frente a la otra parte y después actuar contrariamente a ella, porque ello constituye una falta contra la buena fe. Ana I. Piaggi nos proporciona una muy clara explicación de la doctrina de los actos propios entendida de esta manera, cuando dice: “La protección objetiva de la apariencia jurídica resulta, a mi criterio, uno de los más acusados rasgos del ‘venire...’, una suerte de preclusión que impide a una parte alegar hechos que contradicen la apariencia que creó y en la que su contraparte confió”³³.

Es por ello que el principio que constituye la base de la llamada doctrina de los actos propios es ahora una de las piedras angulares del sistema jurídico moderno y, particularmente, de la interpretación de los contratos.

Esto hace que el principio lo encontramos en todos los campos de aplicación del Derecho y en todos los foros nacionales e internacionales. Es así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo acoge en el caso de un país que habiendo sostenido una tesis ante esa misma Corte pretendía hacer en otro procedimiento “una posición orientada en sentido opuesto sobre el mismo punto”, lo que el voto del Presidente de la Corte deniega sobre la base

del principio de jurisprudencia internacional *allegans contraria non audiendus est*³⁴.

En Argentina, Marcelo J. López Mesa cita varios fallos judiciales que incorporan la doctrina de los actos propios en el Derecho argentino; entre ellos cabe destacar el texto jurisprudencial siguiente que define muy claramente este principio jurídico: “Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, a través del ejercicio de una conducta incompatible con una anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz”³⁵.

En sede arbitral, este principio fue reconocido tempranamente, en 1930, en el Caso Shufeldt, donde Estados Unidos reclamó a Guatemala por el hecho de que, habiendo reconocido durante seis años la validez del contrato del reclamante y habiéndole permitido seguir invirtiendo en éste, no podía ahora negar su validez, aun cuando el contrato no había recibido la aprobación del Congreso de Guatemala. Y, a pesar de esta irregularidad formal de tanta gravedad, el árbitro apoyó este planteamiento considerando que era “sensato y acorde con los principios del derecho internacional”³⁶.

En el Perú, hasta la década de los años ochenta, la doctrina de los actos propios no había todavía tomado suficiente fuerza. De un lado, la jurisprudencia no había recogido aún la institución y, por tanto, se carecía de ese parámetro fundamental para apreciar su valor jurídico. De otro lado, el concepto había llegado en forma imprecisa, envuelto en una confusión de nombres (tales como “doctrina”, “principio general del Derecho”, “aforismo”, “constante normativa”) que dio lugar en muchos casos a una discusión bizantina sobre su presunta naturaleza³⁷.

En cambio, a partir de los años noventa, la doctrina de los actos propios se instala plenamente en el Perú. Al punto que un reputado jurista, el doctor Manuel de la Puente y Lavalle, la elige como tema para su Discurso de Incorporación como Miembro de Número a la Academia Peruana de Derecho³⁸. Los autores peruanos

³⁰ PUIG BRUTAU, José. “Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios”. Barcelona: Ediciones Ariel. 1951. p. 102.

³¹ BORDA, Alejandro. “La teoría de los actos propios y el silencio como expresión de voluntad”. En: ALTERINI, Atilio Anibal; DE LOS MOZOS, José Luis y Carlos Alberto SOTO. “Contratación contemporánea. Teoría General y Principios”. Lima-Bogotá: Palestra-Temis. 2000. p. 71.

³² ORTIZ CABALLERO, René. “La doctrina de los actos propios en el Derecho Civil peruano”. En: “Revista Derecho”. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre de 1991. pp. 273-274.

³³ PIAGGI, Ana I. “Reflexiones sobre dos principios basilares del Derecho”. En: CÓRDOBA, Marcos A (director). “Tratado de la buena fe en el Derecho”. Tomo I. Buenos Aires: La Ley. 2004. p. 118.

³⁴ “El que alega lo contrario (de un alegato o un hecho propio anterior), no debe ser escuchado”. Voto concurrente del doctor Cançado Trindade en Opinión Consultiva 16/99. Corte Interamericana de Justicia. 01 de octubre de 1999.

³⁵ LÓPEZ MESA, Marcelo J. “De nuevo sobre el principio general de la buena fe y la doctrina de los actos propios”. En: http://www.eft.com.ar/doctrina/articulos/lopez_mesa_actos_propios2.htm. Ver especialmente nota 13.

³⁶ *Shufeldt Claim, USGPO. 1932, pp. 869-70.*

³⁷ ORTIZ CABALLERO, René. Op. Cit. pp. 273-274.

³⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “La doctrina de los actos propios”. En: Anuario de la Academia Peruana de Derecho. Lima. 1990. pp. 159-169.

que tratan el punto, adhiriéndose a una corriente general de pensamiento, religan la doctrina de los actos propios a la buena fe³⁹ y, en consecuencia, este principio es aplicado a los contratos a través de los artículos 168 y 1362 del Código Civil de 1984⁴⁰. Actuar con buena fe es actuar correctamente; y la corrección dentro de una sociedad de mercado consiste en actuar de manera racional, expresar los intereses propios en forma clara a fin de llegar a un acuerdo relativamente diáfano, y cumplir con lo acordado o prometido. Ciertamente, no es un hombre correcto ni racional quien se contradice a sí mismo, sea en la interpretación del contrato, sea en los hechos regulados por el contrato; por tanto, esa persona deja de ser confiable, vale decir, se pierde la confianza en ella debido a su falta de buena fe. En consecuencia, el *venire contra factum proprium* no es admisible contractualmente y no puede ser amparado por el Derecho.

En el Perú actualmente, los jueces invocan normalmente la doctrina de los actos propios en sus sentencias. Así, en un juicio seguido por una empresa constructora contra un Banco sobre nulidad de acto jurídico, la Juez Roxana Jiménez manifestó que esperar una futura actuación coherente es algo que “se deriva de directamente del principio de la buena fe, de la doctrina de la apariencia y, como tal, integrante de nuestro derecho positivo” en virtud de los artículos 168 y 1362 del Código Civil⁴¹. Y, citando una sentencia argentina, expresó que “La doctrina de los actos propios guarda correspondencia con el postulado de la buena fe en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos con rectitud y honradez, de forma que es inamisible que un litigante pretenda fundamentar su accionar aportando hechos y razones de derecho que contravengan sus propios actos, es decir, que asuma una actitud que lo venga a colocar en contradicción con su anterior conducta”⁴².

La Corte Suprema de Justicia ha acogido también esta doctrina declarando que “Según la teoría de los actos propios, nadie puede contradecir sus propios actos (*venire contra factum proprium*)”⁴³. Y es muy significativo para probar la vigencia jurídica de la

doctrina de los actos propios en el Perú que en el Diccionario de Términos Jurídicos que publica precisamente el Poder Judicial en Internet puede encontrarse la expresión “actos propios” como parte del vocabulario jurídico aplicable en el Perú. La definición que proporciona el Poder Judicial peruano es la siguiente: “Principio general de derecho en virtud del cual nadie puede contradecir lo que por su comportamiento ha venido manteniendo de manera uniforme”⁴⁴.

La doctrina de los actos propios ha sido recibida en el Perú también por los tribunales arbitrales e incluso por los organismos estatales que supervisan la inversión privada. En ese sentido, es muy importante la larga Resolución del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTTEL 071-2004-CD-OSIPTTEL de 3 de Septiembre de 2004, recaída en un recurso interpuesto por Telefónica del Perú S.A. En esta Resolución, OSIPTTEL hace suyos los conceptos y las palabras textuales de un tribunal arbitral peruano que a la letra dice: “(...) este Tribunal no puede menos que concluir al amparo de la doctrina de los actos propios, según la cual nadie puede hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, que Telefónica se encontraba impedida de retroceder sobre sus propios pasos para pretender que el organismo regulador modifique un entendimiento previamente alcanzado con la empresa regulada”⁴⁵.

Por su parte, el Proyecto de Reforma en curso del actual Código coloca en el futuro Título Preliminar un artículo V del tenor siguiente: “Los derechos se ejercen y los deberes se cumplen conforme a la buena fe”; lo que, como señala la juez Roxana Jiménez, eleva a la categoría formal de principio a la buena fe, para todos los casos, ya sea en el ejercicio de un derecho o en el cumplimiento de un deber”⁴⁶. En realidad, parece más propio decir que esa inclusión en el Título Preliminar no hará sino reconocer explícitamente el principio de la buena fe como uno de los pilares del Derecho, el cual hoy existe también pero repartido en múltiples artículos del Código Civil y de otras leyes, en la doctrina generalmente aceptada y en las interpretaciones jurisprudenciales. A su vez, el artículo VI del Título Preliminar del proyectado nuevo Código reconoce directamente la doctrina de los actos propios, habiendo

³⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 163; y ORTIZ CABALLERO, René. Op. Cit. pp. 273-274.

⁴⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. p. 163.

⁴¹ Sentencia de 28 de Mayo de 2004, Considerando décimo quinto, del Sexagésimo Tercer Juzgado Civil de Lima, contenida en el expediente 33633-2000. *Constructora El Pacífico S.A. versus Banco Continental*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Sentencia de 22 de Agosto de 2002, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. Caso 2849-2001; procedente de Jaén.

⁴⁴ República del Perú. Poder Judicial: Diccionario Jurídico. En: <http://www.pj.gob.pe/paginas/Diccionario%20Juridico/INDICE%20JURIDICO.htm>

⁴⁵ Resolución de Consejo Directivo 071-2004-CD-OSIPTTEL de 3 de setiembre de 2004, contenida en el expediente 00001-2004-CD-GPR/TT.

⁴⁶ JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA, Roxana. “El principio de la buena fe”. Lima. p. 10.

sido redactado de la siguiente forma: “No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho”⁴⁷.

III. EL SINO INTERPRETATIVO DEL SER HUMANO

Para concluir, debemos decir que el ser humano ha sido condenado desde su origen a vivir de la interpretación y que no puede liberarse de este destino simplemente tapándose los ojos frente a lo que cada uno hace realmente todos los días y respecto de todas las cosas. Las frases retóricas –no se debe interpretar lo que es claro- no resuelven el problema.

En primer lugar, la llamada “realidad” física que se presenta ante nosotros no es “la” realidad sino una mera transcripción de ésta a la medida de nuestros sentidos. La belleza policromática de una puesta de sol o de un hermoso y florido paisaje no existirían si nuestros ojos no pudieran percibir colores, como sucede en un buen número de animales. Por el contrario, si nuestra vista pudiera llevar impulsos al cerebro de ondas situadas más allá del rojo o del violeta –los extremos del arco iris– posiblemente veríamos paisajes y coloridos en la naturaleza que ahora no podemos siquiera imaginar. Lo mismo sucede con la función auditiva: la música sería enteramente diferente si nuestro oído percibiera una gama más amplia o una gama más estrecha de la actual banda de frecuencias audibles por el ser humano.

Por consiguiente, el mundo sería otro –cuando menos para nosotros– si los filtros sensoriales propios de la naturaleza del hombre fueran distintos. Pero a esas diferencias en la percepción sensorial hay que agregar las diferencias culturales. Toda percepción tiene una parte sensorial, física, pero también una parte mental que recoge la sensación y la clasifica intelectualmente dentro de un conjunto de ideas y conceptos que hemos venido adquiriendo a lo largo de nuestra vida. De esta manera, la imagen mental que nos formamos del mundo exterior es el resultado de una interacción de un estímulo exterior, filtrado por nuestros sentidos y “entendido” por nuestra mente culturizada. Por consiguiente, el conocimiento no es una mera comprobación sino que es inevitablemente un proceso comprobativo-constitutivo, válido solo entre quienes tienen similares órganos sensoriales y una cultura relativamente análoga. Es decir, ese conocimiento no

es un simple espejo de la realidad sino que es una interpretación de la realidad.

Si esto sucede con nuestra observación de la naturaleza física, en el plano de las comunicaciones la necesidad de la interpretación se hace aun más apremiante.

Toda comunicación humana supone un agente comunicador, una transmisión codificada (el idioma, los fonemas, la escritura, etcétera) de un significado y un agente receptor. En consecuencia, cuando recibimos una comunicación (por ejemplo, una ley, un mandato judicial, la cláusula de un contrato) tenemos que realizar tres operaciones inevitables. Primero la recepción física de la señal, ya sea través de una onda sonora, de un papel, etcétera. En segundo lugar, hay que descodificar esa señal traduciendo los sonidos en ideas o leyendo o convirtiendo los signos físicos de escritura llamados letras igualmente en objetos mentales. En tercer lugar, tenemos que interpretar, es decir, realizar la operación intelectual de colocar el mensaje recibido dentro de un contexto cultural (que puede ser técnico o de cultura usual), examinar su verdadero sentido, determinar sus límites, etcétera.

Umberto Eco, en su “Tratado de Semiótica General”⁴⁸, nos dice que precisamente lo que distingue una comunicación entre máquinas y una comunicación entre personas es precisamente la necesidad de la interpretación. Si conectamos dos computadoras, podremos pasar los datos de una a la otra. Pero esta transmisión es solo el resultado de un estímulo físico. La computadora que recibe no “entiende” el mensaje de la computadora que transmite sino que se limita a reaccionar en una forma u otra por estímulos eléctricos. Hay una transmisión de información pero ésta no pasa de la una a la otra con un carácter significante. En cambio, cuando un humano se comunica con otro humano, el mensaje presupone un sistema de significación y “solicita una respuesta interpretativa del destinatario”⁴⁹.

En la comunicación jurídica, eminentemente humana, transmitimos modelos culturales bajo la forma de derechos y deberes, reivindicaciones y sanciones. Por tanto, no será posible captar el significado del mensaje si no se coloca la información dentro del sistema de significación correspondiente que, en este caso, está constituido por las leyes que conforman el orden jurídico vigente y por los principios, teorías e instituciones que estructuran el Derecho, como también

⁴⁷ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “El Título Preliminar del Código Civil peruano: ¿reforma o enmiendas?”. En: “Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República del Perú: *El Código Civil del S. XXI*”. Tomo I. Lima: Ediciones Jurídicas, 2000. p. 165.

⁴⁸ ECO, Umberto. “Tratado de Semiótica General”. Segunda edición. España: Lumen. 1981. pp. 34-35.

⁴⁹ ECO, Umberto. Op. Cit. p. 35.

por las perspectivas desde las cuales nos aproximemos a la praxis social en todos sus aspectos (económico, sociológico, etcétera), ya que tal praxis de la vida en sociedad es de donde salen los requerimientos al Derecho y donde deben tener éxito las soluciones que proponga el Derecho frente a tales requerimientos.

Por tanto, la interpretación es inevitable con relación a toda prescripción legal, se encuentre ésta contenida en una ley o en un contrato. No hay prescripciones claras sino solamente prescripciones en las que coinciden las interpretaciones y por eso pasan por claras. Pero esta inevitabilidad del trabajo interpretativo y el factor de creación que lleva implícito, no significan en ningún caso caer en el irracionalismo, en la arbitrariedad y en el desconocimiento de la ley o del contrato. La interpretación puede y debe ser razonable, es decir, realizada desde una perspectiva guiada por la opinión considerada válida por la comunidad jurídica; o cuando menos, si se aparta de tal opinión, para ser aceptable debe lograr persuadir a sus interlocutores de que una nueva línea de interpretación otorga dentro de las circunstancias un sentido más claro y adecuado

a la norma interpretada.

No hay, pues, que escandalizarse ni rasgarse las vestiduras gimiendo por la desestabilización jurídica que pudieran producir estas heréticas e irresponsables – pero, nos guste o no, insoslayables– ideas sobre la inevitabilidad de la interpretación. Todo lo que me he propuesto con esta exposición es simplemente producir una toma de consciencia de que, con consciencia o sin ella, interpretamos a cada instante de nuestra vida e inevitablemente interpretamos cada vez que actuamos en el plano jurídico; y en el caso del Derecho, lo hacemos de manera aun más compleja pero con la misma urgente necesidad.

Esta percepción de que la interpretación no es un acto excepcional sino que es la forma normal e ineludible de trabajar en el campo del Derecho no debe producir inseguridad alguna sino, por el contrario, nos llevará a que seamos más cuidadosos con ese sinnúmero de interpretaciones inconscientes o mecánicas que sembramos a cada paso en el camino jurídico que hemos emprendido.

“EL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS” VERSUS LA SOLUCIÓN DE PROBLEMAS PRÁCTICOS. A PROPÓSITO DE LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Cecilia O’Neill de la Fuente*
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

Muchas veces uno suele perderse en la riqueza académica que una institución jurídica proporciona sin reparar en cómo la misma puede ayudar a solucionar problemas de la realidad. El presente artículo tiene justamente la cualidad de desarrollar una institución jurídica tan importante en el mundo moderno como es la doctrina de los actos propios, sin perder de vista cómo debe aplicarse la misma para solucionar un caso concreto.

La autora realiza este análisis tomando en consideración el fundamento de dicha institución y desarrollando cuándo estamos ante la doctrina de los actos propios y cuándo no. La claridad y profundidad del análisis, así como lo interesante del caso presentado, proporcionan los elementos necesarios para hacer de éste un artículo de indispensable lectura.

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho por la Universidad de Pennsylvania. Socia del Estudio Jorge Avendaño V. Abogados. Profesora del Seminario de Integración de Derecho Civil y Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

I. INTRODUCCIÓN

Ihering escribió un cuento curioso. Un profesor de Derecho Romano murió y subió al "cielo de los conceptos jurídicos". Para quedarse en él tenía que aprobar un examen, y para rendirlo, debía recorrer una galería donde podía identificar los conceptos jurídicos más básicos como la posesión, el dolo o la mora. Al mostrársele los problemas más difíciles para resolver como parte del examen, preguntó si se trataba de asuntos prácticos, con algún significado para la vida. Su interlocutor le contestó:

"Vuelves ahora a demostrarme que no entiendes nada. ¿Problemas prácticos? Ni menciones aquí la palabra "práctico"; si te hubiera escuchado alguien que no fuera yo, te habrían expulsado de inmediato. ¿Significado para la vida? ¿Es que acaso aquí hay vida? Aquí impera la ciencia pura, la lógica jurídica, y la condición para su imperio y para toda la magnificencia que de ella emana, consiste en un desentendimiento absoluto de las cuestiones de la vida"¹.

Con la doctrina de los actos propios ocurre todo lo contrario, pues sin perjuicio de la complejidad teórica de sus fundamentos, su propósito práctico es evitar situaciones injustas. El sentido de justicia está impregnado en la formulación de la doctrina de los actos propios, pues con ella se pretende tutelar la confianza que determinada conducta suscitó en quien condujo sus actos amparándose en ella.

Se trata de un tema fascinante pero poco aprovechado al solucionar conflictos de intereses. Poco aprovechado porque, por lo menos en el ámbito académico peruano, no ha logrado calar en la conciencia jurídica de los operadores del Derecho. No muchos trabajos abordan el tema, son escasos los espacios de discusión universitaria, pocas son las resoluciones judiciales que emplean esta herramienta y finalmente, la doctrina que ahora delineamos ni siquiera ha sido enunciada de manera específica por nuestra legislación civil. Esto último está a punto de cambiar, si el Título Preliminar del Código Civil es modificado en los términos que se está proponiendo.

Al encontrarnos frente a este tema para escribir estas líneas, detectamos varias dificultades. La primera fue la falta de acuerdo en la literatura jurídica sobre sus verdaderos alcances. De otro lado –y los alumnos del Seminario de Integración de Derecho Civil son testigos de ello– en el mundo de las ideas jurídicas éstas no pueden ser aprehendidas de forma aséptica e independiente de la realidad sin correr el riesgo de

brindar soluciones sesgadas, parciales, insuficientes; en buena cuenta, equivocadas.

Es aquí donde nos encontramos con otra dificultad. ¿Cómo hacer para presentar este tema desde una perspectiva práctica? En este punto aprovecho para aplaudir la brillante iniciativa de los editores de esta revista, que, al fin, decidieron dedicar una edición entera a la Teoría General del Derecho, sin cuya sólida interiorización los abogados seríamos solo aplicadores robotizados de leyes. Calculamos que ese no es el tipo de abogados o futuros abogados en quienes esta revista está interesada.

Afortunadamente nos encontramos con un caso real (la identidad de sus verdaderos protagonistas naturalmente no será revelada), que permitirá demostrar dos cosas.

Primero, veremos qué se necesita para invocar con éxito la doctrina de los actos propios. Veremos lo fácil que es utilizarla equivocadamente y confundirla con otras instituciones, como la renuncia de derechos o el deber de cumplir las prestaciones contractuales.

La segunda cosa que vamos a demostrar es que, aunque los conceptos jurídicos son teóricamente separables entre sí, aunque a cada uno le corresponde una lista de características propias, en la vida real las conductas humanas prescinden de las categorizaciones teóricas, de forma que al resolver o entender un conflicto con implicancias jurídicas habitualmente nos encontraremos con varios temas estrechamente vinculados.

Si no enfocamos así los conflictos de intereses cuya solución se nos encomiende, incurriremos en el error que sarcásticamente criticó Ihering en el cuento sobre el "cielo de los conceptos jurídicos". Él pensaba que "la facultad de pensar idealmente constituye la ventaja peculiar del jurista teórico, y ella consiste en la facultad de desligarse, en el pensar jurídico, de todos aquellos presupuestos que atañen a la realización práctica de los problemas. La cuestión de la aplicación queda desde un principio descartada. Lo que el jurista piensa, eso existe. De esa manera se salva de las dificultades que tanto entorpecen la labor del jurista práctico. Para él no existe la cuestión de cómo han de reconocerse en la práctica las sutiles diferencias por él establecidas, ni cómo puede probarse en el caso concreto una diferenciación de la voluntad que es posible *in abstracto*. Su campo de trabajo está en el reino de la abstracción; las cuestiones concretas se las deja al práctico, y que vea éste cómo se las arregla. De ese

modo se elimina la antítesis entre el pensar y la realidad, que tanto da que hacer a todos los demás mortales”².

Esperamos que esto no ocurra al estudiar el tema de la doctrina de los actos propios.

“Nadie puede ir válidamente contra sus propios actos”. Pocas veces nos encontramos con una regla jurídica de tanta vaguedad y falta de concreción. Ante tan poco interiorizada delimitación, la peligrosa consecuencia es que usualmente sea invocada de manera intuitiva. Esperamos contribuir a aumentar el rigor y a reducir la intuición en la aplicación de la regla.

II. PRESENTACIÓN DEL CASO

Un Banco (“el Banco”) y una Empresa (“la Empresa”) decidieron llevar a cabo una operación financiera, cuya estructuración requería la celebración de tres contratos que tenían la categoría de “conexos” pues conformaban un conjunto de acuerdos que respondían a la misma finalidad económica. Ninguno de los contratos tenía sentido sin los otros (el tema de los contratos conexos ameritaría en realidad un comentario aparte). El caso se enriquece –y se complica– porque tiene elementos internacionales. Mientras el Banco se constituyó en el Perú, la Empresa fue constituida en España.

El primer contrato era de cesión de créditos, que la Empresa decía ostentar frente a un deudor domiciliado en Colombia, con quien estaba enfrentada en un arbitraje para lograr el cobro. El Banco pagó varios millones de dólares por dichos créditos (asumamos que cinco millones). Sabía que eran litigiosos, pero al serle cedidos se le dijo que en efecto existían³. A este contrato de cesión se le aplicaba la ley española.

A propósito de la cesión, y ante la necesidad de hacer efectiva la contraprestación a cargo del Banco (por la transferencia de los créditos), éste abrió en el Perú una cuenta corriente, sin celebrar un contrato por escrito. En el caso concreto y tratándose de un contrato entre ausentes, se produjo una viva discusión jurídica sobre el lugar de celebración, lo cual era importante para determinar la ley aplicable. Según las reglas peruanas, se entiende celebrado donde la aceptación es conocida por el oferente. En efecto, habiéndose determinado que las autoridades judiciales peruanas eran las competentes para resolver el caso, había que tener en cuenta la “*lex fori*”, de

modo que las normas peruanas sobre contratos entre ausentes eran las pertinentes para saber dónde se celebró el contrato de cuenta corriente. Esto permitió al Banco concluir que la ley peruana se aplicaba al contrato de cuenta corriente.

Hasta aquí tenemos entonces que el Banco peruano entregó a la Empresa española cinco millones de dólares por unos créditos que eran materia de arbitrajes en Colombia.

Para resguardar su patrimonio, el Banco exigió que los cinco millones se depositen en una cuenta bancaria. En este punto es relevante el tercer contrato: uno de depósito a plazo, al que, por haber sido celebrado en el Perú (por las mismas razones que el de cuenta corriente), se le aplicaba la ley peruana⁴.

En realidad, la retención del precio pagado por el Banco a cambio de los créditos tenía como propósito asegurar el cumplimiento de las obligaciones de la Empresa: de un lado, la obligación de restituir el importe recibido, si operaba alguna de las condiciones resolutorias pactadas en el contrato de cesión, o de otro lado, la obligación de garantizar la existencia y legitimidad de los créditos.

Efectivamente, en el contrato de cesión se pactó que el Banco podía resolverlo si la solvencia de la Empresa se veía deteriorada. Esto último se producía automáticamente, según el propio contrato, si la Empresa presentaba en España una solicitud para la declaración de suspensión de pagos (en el Perú eso equivale a ingresar a un procedimiento concursal).

La Empresa solicitó la suspensión de pagos a las autoridades españolas. El Banco se enteró y entendió que se había activado una causal para resolver el contrato de cesión. Así lo hizo. Lo que correspondía entonces era que el Banco devolviera los créditos y que la Empresa devuelva los cinco millones.

Habíamos dicho que los tres contratos celebrados estaban estrechamente vinculados: el de cesión de créditos, el de cuenta corriente y el de depósito a plazo. El de cesión era el contrato “principal” y se le aplicaba la ley española, mientras que los de cuenta corriente y de depósito eran una suerte de contratos “satélite” y se les aplicaba la ley peruana.

Los contratos estaban tan vinculados que si la cesión no se producía, no había cuenta corriente que abrir ni

² Ibid. p. 232.

³ En la realidad se discutió si existía esta obligación, considerando que los créditos eran litigiosos. El Banco argumentaba que esto último no impedía a la Empresa garantizar su existencia y legitimidad, como en efecto hizo.

⁴ En la realidad el caso era más complicado porque las partes se sometieron a las leyes del Estado de Nueva York, aunque este sometimiento no habría tenido efectos, por razones contenidas en las leyes norteamericanas que no viene al caso comentar.

depósito "en garantía" que constituir. Dicho a la inversa, si la cesión quedaba sin efecto, el depósito no tenía razón de existir.

En este punto me parece necesario dedicar unas líneas a la relevancia jurídica de la categoría "contratos conexos"⁵. La consecuencia económica de la vinculación de contratos que son estructuralmente independientes pero funcionalmente conectados, es que el resultado planeado por las partes solo puede conseguirse si se mantienen vigentes todas las relaciones jurídicas, o, desde un punto de vista comercial, si se lleva a cabo el negocio en su conjunto. O sea, aunque desde una perspectiva contractual hablemos en plural (dos o más contratos vinculados), desde una perspectiva comercial el "negocio" es uno solo.

De otro lado, y esto es muy importante, la consecuencia jurídica de la conexidad de los contratos es que la ineficacia del contrato principal arrastra la del contrato accesorio o satélite.

Tenemos entonces que ante la extinción del contrato de cesión, la Empresa debía devolver al Banco los cinco millones recibidos a cambio de los créditos. Asimismo, ante el cierre de la cuenta de depósito (debía cerrarse porque ya no había contrato al que estaba conectada), el Banco debía devolver a la Empresa los fondos depositados.

El Banco debía entonces cinco millones a la Empresa por la extinción del contrato de depósito, y la Empresa debía al Banco cinco millones ante la resolución del contrato de cesión. La compensación entre ambos montos se instrumentó en la cuenta corriente.

Esta compensación se llevó a cabo en la cuenta corriente porque para eso sirve un contrato de esta naturaleza. Las cuentas corrientes tienen un innegable poder de atracción, cumplen una finalidad de coordinación, y su sustento económico se encuentra en los contratos de depósito y en la apertura de crédito. La cuenta corriente sirve para compensar las obligaciones que tienen entre sí las partes contratantes.

Compensadas ambas obligaciones, el Banco se dio por satisfecho, pero la Empresa no lo estaba. Argumentó que la solicitud de suspensión de pagos presentada en España activó la prohibición de cobrar deudas o compensar créditos. Es lo que habría ocurrido en el Perú a partir de la publicación de su situación de insolvencia.

El Banco replicó que el proceso judicial de suspensión de pagos no tenía efectos en el Perú, que era el lugar donde se ubicaba la cuenta corriente. Es más, el Banco inició un proceso judicial en el Perú para que se declare la validez de la compensación efectuada en la cuenta corriente, argumentando que la suspensión de pagos puede tener efectos en el país solo si se tramitaba previamente un proceso de reconocimiento judicial de sentencias extranjeras (exequátur).

Todos sabemos que un principio esencial del Derecho Internacional Público es que los límites de los territorios son a su vez los límites de la soberanía de los Estados. Así, siendo competentes las autoridades judiciales peruanas para conocer de la compensación y siendo la ley peruana la aplicable, el Banco dijo en el proceso iniciado por él que no se trataba de determinar los efectos de la insolvencia española, sino los efectos que le reconoce la legislación peruana. El Banco considera que no hay efecto alguno, pues no hay exequátur. Añade que, en todo caso, aunque este proceso hubiera terminado y se hubiera producido el reconocimiento de la suspensión de pagos extranjera, la ley peruana ordena satisfacer primero las acreencias peruanas y destinar el remanente a pagar a los demás acreedores.

En cambio, para la Empresa el exequátur no era necesario porque en su opinión, por razones que no viene al caso comentar, la cuenta corriente no estaba ubicada en el Perú. Sin perjuicio de lo anterior, la Empresa estima que su deuda frente al Banco por la resolución del contrato de cesión no cumple con los requisitos para que opere la compensación: ese crédito era inexigible e ilíquido.

Inexigible, como consecuencia de la suspensión de pagos, hasta que la Junta de Acreedores re programe el pago de las deudas de la insolvente. Ilíquido, porque además de decidir una reprogramación de pagos, la Junta de Acreedores está facultada para determinar una reducción de los créditos concursales por la vía de la condonación.

Nada de esto era relevante para el Banco, porque la suspensión de pagos no estaba reconocida en el Perú y porque, aunque lo hubiera estado, el artículo 132 inciso 11 de la Ley 26702 (Ley peruana del Sistema Financiero) permite a los Bancos compensar sus créditos incluso con deudores insolventes. Éste es otro tema presentado en el caso concreto que ameritaría comentario aparte.

⁵ Ver LÓPEZ FRÍAS, Ana. "Los Contratos Conexos. Estudio de Supuestos Concretos y Ensayo de una Construcción Doctrinal". Barcelona: Bosch. 1994. En Perú hay un interesante trabajo de: MORALES HERVIAS, Rómulo. "Contribución a la teoría de los contratos conexos". En: Derecho & Sociedad 19. Lima. 2002. pp. 119-138.

Estamos tratando de presentar los hechos y argumentos más relevantes para así esbozar los elementos más importantes de la doctrina de los actos propios, que es el tema que ahora nos convoca. Lo que ocurre es que este tema no se va a comprender sin entender el marco general de este complejo caso.

Los hechos presentados revelan que el conflicto se presentó cuando el Banco decidió resolver el contrato de cesión. Esto desencadenó una discusión sobre la resolución del contrato de depósito y la posterior compensación en la cuenta corriente. La razón invocada para dejar sin efecto el contrato de cesión fue la suspensión de pagos tramitada en España, no reconocida en el Perú.

La tesis de la Empresa es que si el Banco, de forma manifiesta y contundente, reconoció eficacia jurídica a la suspensión de pagos, al punto que la invocó como causal de resolución del contrato de cesión, luego no podía desconocer esa situación para compensar créditos en la cuenta corriente.

Para la Empresa hay una contradicción evidente, ya que, para compensar los créditos, el Banco desconoció la suspensión de pagos, mientras que la resolución del contrato de cesión (que permitió dicha compensación) no habría sido posible sin invocar la referida suspensión.

Es a propósito de la contradicción en las conductas del Banco que la Empresa invocó la doctrina de los actos propios. En relación con esta última, es nuestro deber advertir que las siguientes líneas no son tanto un punto de llegada sino el punto de partida para escudriñar un tema que debería suscitar la mayor de las atenciones, tanto por su utilidad práctica como por su riqueza conceptual.

III. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

3.1 Fundamentos: el principio de buena fe

Esta riqueza conceptual está nutrida del principio de buena fe, en el que la doctrina de los actos propios encuentra su mayor sustento. Lo curioso es que la buena fe es otro concepto jurídico dotado de imprecisión, por ser el típico ejemplo de cómo la ética y la ciencia jurídica están estrechamente vinculadas. De hecho, los elementos que componen la denominación “buena fe” dan cuenta de la delgada línea que divide el Derecho de la moral. “Fe” alude a la creencia sustentada en la confianza (más que en el conocimiento), mientras que “buena” alude a “bien”, que naturalmente atiende a

una perspectiva moral, no jurídica. Por lo demás, la moral impregna de contenido a otros conceptos jurídicos, tales como el enriquecimiento indebido, el abuso del derecho, las buenas costumbres, la reducción de penalidades, etcétera.

De allí que el concepto “buena fe” sea uno de los más difíciles de aprehender y que aún no haya coincidencia sobre sus alcances y sobre la protección que confiere. Lo curioso es que al mismo tiempo se trata del sustento de las más importantes ideas jurídicas, como la prescripción adquisitiva de dominio, la interpretación de los contratos, la protección en la etapa de las tratativas pre-contractuales, la protección del derecho de propiedad, la eficacia de los negocios jurídicos, etcétera.

El sustento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe porque su propósito es fomentar que las personas actúen de modo coherente, sancionando a quienes incurran en contradicciones. Algunos autores distinguen a la coherencia de la buena fe, invocando ambos conceptos como fundamentos de la doctrina de los actos propios que operan de forma autónoma e independiente.

Así, se ha dicho que “La doctrina y la jurisprudencia varían en los fundamentos: desde aquellos que sostienen que deriva del principio de buena fe, hasta quienes afirman como sostén de la teoría una base objetiva como sería el principio de coherencia o de seguridad jurídica, sin descartar las tesis intermedias o aquellas que recurren a la múltiple fundamentación”⁶.

No nos queda otra alternativa que discrepar. Nos cuesta entender cómo el deber de actuar coherentemente es extraído del principio general de la buena fe como si se tratase de compartimentos divididos, sin ninguna zona de intersección. Opinamos más bien que este principio tiene diversas manifestaciones, una de las cuales exige respetar la confianza suscitada y castigar las conductas contradictorias.

“Una de las consecuencias del deber de obrar en buena fe y de la necesidad de ejercitar los derechos de buena fe, es la exigencia de un comportamiento coherente significa que, cuando una persona, dentro de una relación jurídica, ha suscitado en otra con su conducta una confianza fundada, conforme a la buena fe, en una determinada conducta futura, según el sentido objetivamente deducido de la conducta anterior, no debe defraudar la confianza suscitada y es inadmisibles toda actuación incompatible con ella. La exigencia jurídica del comportamiento coherente está de esta manera estrechamente vinculada

⁶ BERRO, Federico. “La Relevancia Jurídica de la Conducta Anterior (Teoría de los Actos Propios)”. Montevideo: Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández. 1989. p. 49.

a la buena fe y a la protección de la confianza”⁷.

Casi no hay discrepancias en doctrina sobre la doble vertiente de la buena fe: objetiva y subjetiva. Atendiendo a la buena fe subjetiva hay que evaluar la intención con la que actuó determinada persona, mientras que ello –analizar el fuero interno de las personas– no es necesario desde la perspectiva de la buena fe objetiva. En el caso de esta última se establece una conducta tipo o modelo que sirve de punto de referencia al analizar un comportamiento.

Para algunos se trata de dos caras de la misma moneda, pero desde nuestra perspectiva se trata de dos conceptos en sustancia distintos, que responden a necesidades diferentes y que inducen a descartar la existencia de una concepción unitaria de la buena fe. Así, aunque en ambos casos se trate de juzgar una conducta, la buena fe subjetiva permite determinar si el sujeto actuó porque honradamente creyó y la buena fe objetiva permite analizar si el sujeto actuó de acuerdo a lo que honradamente debió⁸.

La buena fe objetiva da lugar a un *standard* de conducta al cual se deben sujetar quienes realizan negocios jurídicos. Dicho prototipo de conducta debe diseñarse considerando el contexto social. En cambio, cuando hablamos de buena fe subjetiva no estamos frente a la imposición de un comportamiento ajustado a un canon de conducta, sino que se atiende a la creencia subjetiva –aunque razonada– de que se está actuando conforme a Derecho.

Dicho con otras palabras, “se trata, en el primer caso, de una creencia subjetiva que induce a la persona a actuar de determinada manera y, en el segundo caso, de una regla objetiva que le impide actuar de una manera distinta a la prescrita por esta regla”⁹.

3.2 La doctrina de los actos propios: ¿principio o regla de Derecho?

Mientras que la buena fe es un principio general del Derecho, la doctrina de los actos propios toma la forma de una regla de Derecho. Nos parece importante dedicar unas líneas a este tema, ante la disparidad de denominaciones identificada en la literatura jurídica.

La buena fe es un principio general porque se trata de una norma básica de organización social. Como tal,

no admite excepciones y abarca una importante generalidad de situaciones. Así, la “condición de la buena fe como principio general de derecho parece inimpugnable en tanto la regla de la lealtad o buena fe es de tal magnitud que no podríamos imaginar un orden jurídico que admitiera el principio contrario”¹⁰.

En cambio, la doctrina de los actos propios no llega a la categoría de principio general, sino que se queda en la de regla de Derecho, porque además de admitir excepciones (no siempre la contradicción de la conducta está proscrita), deriva de un principio de alcance superior (buena fe) y naturalmente abarca menor cantidad de situaciones.

En varias lecturas con las que nos hemos encontrado se cita como una importante fuente de investigación a Enneccerus, quien sostiene que “a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”¹¹.

Nótese que para dicho autor la doctrina de los actos propios puede invocarse cuando una persona interpreta la conducta de otro sujeto sobre la base de la buena fe y confía en que su comportamiento posterior será coherente con esa conducta inicial. Hasta allí estamos de acuerdo. En lo que discrepamos es en invocar como sustento de la interpretación (de la conducta inicial) a la ley o a las buenas costumbres.

Ciertamente, si la conducta inicial se interpreta objetivamente según lo dispuesto por la ley (no la buena fe) y de esa forma se concluye que no se hará valer el derecho, estaríamos fuera del ámbito de la doctrina de los actos propios, porque estrictamente hablando, habría una prohibición legal de ejercer el derecho. Lo mismo puede decirse si la interpretación se realiza sobre la base de las buenas costumbres. Es decir, no podemos acudir a la doctrina de los actos propios si la razón para cuestionar una conducta que contradice un comportamiento anterior es lo que establece la ley (o las buenas costumbres). En cambio, sí podemos cuestionar la contradicción –en el ámbito de la doctrina que ahora estudiamos– si el sustento es la buena fe, entendida como tutela de la confianza.

⁷ DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. “La Doctrina de los Propios Actos. Un Estudio Crítico sobre la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Barcelona: Bosch. 1963. p. 142.

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “El Contrato en General”. Volumen XI. Tomo II. Primera Parte. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1991. p. 26.

⁹ Ibid. p. 34.

¹⁰ BERRÓ, Federico. Op. Cit. p. 54.

¹¹ ENNECCERUS, Ludwig. “Tratado de Derecho Civil”. Volumen 2. Tomo I. Barcelona: Bosch. 1950. p. 495.

3.3 Antecedentes más importantes

Como en casi todas las instituciones de Derecho Civil, la casuística del Derecho romano fue un aporte importante para formular la teoría. Así por ejemplo, en el Derecho romano no se permitía que un padre impugnara el testamento otorgado por su hija argumentando que había sido emancipada sin cumplir las formalidades. Una solución rigurosa habría conducido a invalidar el testamento por incapacidad para otorgarlo (por no haber sido emancipada correctamente), pero se decía que era contrario a la equidad alegar la incapacidad solo después del fallecimiento de la hija y no mientras vivía. Esa inequidad no era sino la contradicción de la conducta anterior.

Para revisar brevemente cómo se incorporó este tema al trabajo de los glosadores y tratadistas recomendamos algunas lecturas¹².

Ahora bien, la regla *venire contra factum proprium non valet* acuñada por los compiladores del Derecho romano sirve no solo de fundamento a la doctrina de los actos propios sino también a la figura del *estoppel* anglosajón. Este último responde a la necesidad de impedir hechos contradictorios con la apariencia creada por una de las partes. Nótese que mientras en el *estoppel* el núcleo es la apariencia y la confianza que ésta suscita en quien se deja llevar por ella, en la doctrina de los actos propios, más que la apariencia, se protege la coherencia de las conductas, pues lo contrario importaría vulnerar el principio de buena fe.

Otra forma en que el Derecho anglosajón usa esta doctrina es el llamado "*laches*". Este último opera cuando el titular de un derecho lo ejercita con un retraso negligente, que se interpreta razonablemente como la expresión de que no será ejercido. Lo que busca el "*laches*" es proteger a quien confió en una apariencia, que fue creada por la actitud pasiva de otro sujeto.

En este punto conviene referirse brevemente a uno de los temas más complicados de la doctrina de los actos propios: el silencio y la prescripción extintiva.

Para unos, la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo prolongado, pero no lo suficiente como para que opere la prescripción extintiva, podría dar lugar a que se genere en otro sujeto la confianza de que el derecho no será ejercido. Así, invocando la teoría de los actos propios, el titular del derecho no podría ejercerlo.

Discrepamos con esta posición, pues la inseguridad jurídica que se crearía sería peligrosa, ya que podría llegarse al extremo de perder la acción para ejercer el derecho sin que haya operado la prescripción. De hecho, el silencio no puede tener la misma categoría que una manifestación expresa de voluntad cuando se trata de la creación o extinción de derechos. Cosa distinta es que el silencio pueda tener cierto peso específico cuando de la interpretación de un negocio jurídico se trata. Por lo demás, el rol de determinar cuáles son los efectos de la falta de ejercicio de un derecho por un tiempo prolongado ha sido asignado al legislador, que es el encargado de fijar los términos para que opere la prescripción extintiva.

Una institución similar al *estoppel* y también relacionada con el silencio es la *verwirkung* alemana, moldeada por la jurisprudencia. Esta figura trata de evitar el abuso del derecho que importa el ejercicio retrasado de una prerrogativa. Así, el silencio del titular del derecho permite a otro sujeto confiar en que aquél tiene la voluntad de renunciar al ejercicio de su derecho, siendo irrelevante que exista o no tal voluntad.

Ahora bien, conocidos los antecedentes más importantes, cabe preguntarse qué se necesita para que opere la doctrina de los actos propios.

3.4 Presupuestos para su puesta en práctica

Los elementos cuya presencia puede activar la realización de este remedio son: (i) una conducta vinculante; (ii) una pretensión contradictoria; y, (iii) la identidad de sujetos.

a) Conducta vinculante

En primer lugar, para que la doctrina opere es necesario que una persona haya observado determinada conducta y que además sea vinculante. En otras palabras, no se trata de cualquier actitud, sino que ésta debe ser jurídicamente relevante, de forma que quedan excluidas, por ejemplo, las meras opiniones o las expresiones de una intención. Esta conducta es tomada en cuenta por el sujeto que la recibe y que actúa confiando en ella.

Es importante señalar que los actos que constituyen la conducta vinculante no pueden ser una declaración de voluntad o negocio jurídico vinculante por sí mismo, porque en tal caso sería innecesario acudir a la doctrina de los actos propios para defender los intereses del tercero en quien la declaración suscitó una confianza

¹² DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Op. Cit. pp. 43-60. BORDA, Alejandro. "La Teoría de los Actos Propios". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 2000. pp. 19-23.

protegible. En tal caso bastaría activar los mecanismos que usualmente operan para lograr que las declaraciones efectuadas en el marco de un negocio jurídico sean respetadas.

Cabe preguntarse qué ocurre si la conducta está viciada de nulidad. En tal caso, la contradicción posterior de la conducta debería estar permitida, de forma que es aceptable volverse contra un acto jurídico viciado de nulidad sin invocar esta doctrina como protección. Pero ¿qué pasa cuando la conducta está viciada por error? En otras palabras, la pregunta es si es jurídicamente aceptable que quien emitió una conducta por error pretenda volverse contra ella. Nosotros pensamos que no.

En este punto es pertinente recordar la distinción entre buena fe subjetiva y objetiva, para luego determinar cuál de estos dos conceptos, que como ya expresamos, atienden a necesidades diferentes, es el que inspira la doctrina de los actos propios.

La distinción tiene relevancia práctica si resulta que la primera conducta fue llevada a cabo por error, por ejemplo. Naturalmente, si el error reúne los requisitos para que el acto sea anulado, no hay protección posible al tercero, pues el acto viciado con error será dejado sin efecto. En cambio, cuando se ha cometido un error que no reúne la gravedad suficiente como para afectar la validez del acto, hay dos posibilidades.

Para quienes el fundamento de la doctrina de los actos propios está en la buena fe subjetiva, naturalmente la existencia de un error cometido por el emisor de la conducta puede ser invocado por éste para admitir la conducta contradictoria.

Sin embargo, estamos con quienes sostienen que el valor protegido con esta doctrina es la confianza suscitada en los terceros (desde luego, en el marco del principio de la buena fe). Así, la única forma de invocar el error como justificación de la contradicción de la conducta es que el tercero que pretende ampararse en ella haya conocido el error, pues en tal caso no habría confianza alguna que resguardar.

Tenemos entonces que si escogemos la versión objetiva de la buena fe, la existencia de un error es irrelevante y por tanto no se admite la contradicción de la conducta errada, pues de lo que se trata es de proteger la confianza que la conducta suscitó en los terceros. En cambio, desde una perspectiva subjetiva, la contradicción es admitida porque de esa forma se

rectifican las consecuencias de la equivocación (el sujeto emisor de la conducta actúa de buena fe). Nótese que con la perspectiva objetiva, quien actúa de buena fe es el tercero receptor de la conducta cuya confianza se protege, mientras que desde un punto de vista subjetivo, quien actúa de buena fe es el emisor de la conducta que puede contradecirla para rectificar el error.

Estamos con quienes piensan que la buena fe objetiva es la que sustenta la doctrina de los actos propios, "porque ella impone como hemos dicho el deber de proceder con rectitud y honradez en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos"¹³. Esto obliga a proteger la confianza suscitada por el comportamiento.

b) Pretensión contradictoria

También es necesario para que opere la doctrina de los actos propios que exista una pretensión contradictoria con la conducta vinculante. Evidentemente, la conducta expresada con la pretensión es posterior a la conducta vinculante. Esta última, objetivamente considerada, marca el sentido del comportamiento que debe observar el sujeto en relación con los terceros a quienes afectó su conducta.

La pretensión importa el ejercicio de un derecho que merece protección. De hecho, el ejercicio de ese derecho es lícito y amparable, pero cuando se produce luego de una conducta vinculante, entran en juego otros elementos, como la buena fe y la confianza, cuya protección revela la existencia de otras prioridades. De esta forma, no es admisible ejercer un derecho subjetivo que a pesar de ser válido y protegible, es contradictorio con una conducta anterior y vinculante.

De allí que "la pretensión contradictoria, teniendo como referencia un acto anterior, permite la defensa del sujeto que ha reeptado ambas conductas, que ha confiado en la primera de ellas y que ha actuado consecuentemente con dicha confianza..."¹⁴, siempre que haya actuado de buena fe. Ejemplos de conductas contradictorias hay muchos. Así, son incompatibles entre sí las conductas de considerar extinguido un derecho y luego considerar que existe, respetar determinado acuerdo y luego impugnarlo, o reconocer un derecho para luego discutirlo.

Ahora bien, la pretensión contradictoria no tiene que ser ejercitada necesariamente mediante la interposición

¹³ BORDA, Alejandro. Op. Cit. pp. 60-61.

¹⁴ Ibid. p. 77.

de una demanda, sino también al proponer excepciones o al contestar la demanda y reconvenir.

c) Identidad de sujetos

Finalmente, el último elemento para que opere esta doctrina es que los sujetos que intervienen en ambas conductas sean los mismos. El sujeto activo es el emisor de la conducta que luego decide contradecirla. En cambio, el sujeto pasivo es el receptor de la conducta que luego se opone a la pretendida contradicción. La idea es que la conducta vinculante anterior y la pretensión contradictoria tienen que haber sido formuladas por la misma persona. En caso que se haya tratado de personas distintas, dichas conductas deben ser imputables a la misma persona (con esto último nos referimos a los herederos y los representantes).

Cumplidos los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios –una conducta vinculante y una pretensión posterior cuyos sujetos activo y pasivo son los mismos– es pertinente preguntarse cuál es el efecto que ocasiona en el proceso su invocación exitosa.

3.5 Resultados de su aplicación

Lo que es claro es que el pago de una indemnización no puede derivarse de la aplicación de la doctrina. No es el resarcimiento lo que busca el sujeto pasivo que invoca la doctrina para oponerse a la contradicción, sin perjuicio de que pueda conseguirlo, siempre que se le haya infringido un daño acreditado.

¿La consecuencia es acaso que el sujeto activo de la conducta vinculante y pretensión posterior pierde su derecho? La respuesta es que no. La contradicción a la que se opone el sujeto pasivo no extingue el derecho, sino que limita su ejercicio.

Para otros, la ineficacia es la sanción que corresponde. “Ineficacia” es un concepto acuñado por el Derecho Civil para sancionar a los negocios jurídicos que incurren en ciertas irregularidades, como una actuación fraudulenta o la propia decisión de las partes de postergar sus efectos hasta un momento posterior. “Sin embargo, es una idea amplia de ineficacia –falta del resultado o del efecto buscado o querido– la que aquí encuentra aplicación. Por esto yo diría que la ineficacia de una pretensión es su inadmisibilidad”¹⁵.

Así, cuando el sujeto activo, emisor de la conducta vinculante, ejercita su derecho a exigir una pretensión contradictoria, esta pretensión será desestimada por el encargado de resolver el conflicto de intereses.

Hasta este punto hemos descrito los caracteres más importantes de la doctrina de los actos propios. De esa forma podremos determinar en qué casos estamos ante una situación que puede dar lugar a la aplicación de la doctrina. En las líneas que siguen veremos en cambio cuándo no puede aplicarse. Para ello vamos a usar algunos puntos de referencia, de los cuales es necesario diferenciarse.

3.6 Lo que NO es la doctrina de los actos propios

La doctrina de los actos propios debe diferenciarse de las declaraciones tácitas de voluntad, que se presentan cuando el sujeto no se manifiesta directamente, sino que realiza una determinada conducta que es valorada como declaración. Si el sujeto manifiesta su voluntad, directa o indirectamente, mediante una declaración tácita o expresa, no es necesario acudir a la doctrina de los actos propios, pues son suficientes las herramientas asignadas al sujeto pasivo de la declaración para hacer que esta última sea cumplida.

Algo similar puede decirse sobre los actos propios y la conducta interpretativa. Quien haya estudiado la doctrina de la interpretación de los negocios jurídicos coincidirá en que los actos practicados por los sujetos de un negocio jurídico sirven como criterio hermenéutico de singular importancia. Sin embargo, para que el comportamiento sirva de elemento interpretativo del negocio jurídico y para que de esa forma sirva de criterio para determinar sus alcances, es necesario que los actos realizados sean comunes a ambas partes (naturalmente, si el negocio es bilateral).

En todo caso, una vez que nos encontramos frente a una conducta interpretativa, no es necesario acudir a la doctrina de los actos propios para lograr el efecto vinculante de la conducta. Basta, como ya se ha dicho sobre las declaraciones tácitas de voluntad, aplicar el principio general de la eficacia vinculante de los negocios jurídicos. En el ejemplo, los alcances del negocio habrían sido interpretados sobre la base de una conducta practicada por las partes. La doctrina de los actos propios nada tiene que hacer en este punto.

Finalmente, un concepto del cual debe deslindarse esta doctrina es la renuncia. Aunque son conceptos en esencia distintos, no puede negarse la facilidad para confundirlos.

Para entender por qué se trata de conceptos esencialmente distintos, debemos recordar lo que se dijo en relación con las declaraciones tácitas de voluntad o la conducta interpretativa. En estos casos no se aplica

¹⁵ DIEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, Luis. Op. Cit. p. 248.

la doctrina de los actos propios porque en ellos existe una voluntad negocial que ha sido manifestada y que como tal es exigible.

“En cambio, en el “factum proprium” lo que el ordenamiento jurídico valora, para hacer depender de ello un efecto jurídico, no es una “voluntad negocial” que los actos revelen, sino el sentido objetivo que estos actos poseen. No se decreta la inadmisibilidad de la conducta contradictoria para vedar un cambio de voluntad, sino para vedar una consecuencia que es objetivamente inconciliable con la buena fe”¹⁶.

En el mismo sentido, actos propios y renuncia tácita son conceptos esencialmente distintos, que no pueden ni deben confundirse. Así, cuando hay actos propios no puede haber renuncia y de igual manera, cuando hay renuncia tácita no puede invocarse los actos propios. De hecho, cuando alguien renuncia a sus derechos, en realidad está manifestando su voluntad, aunque sea de forma tácita. Está expresando su voluntad de abandonar un derecho. En cambio, a diferencia de la renuncia, con los actos propios no existe la voluntad de perder un derecho, sino que el efecto es desestimar la conducta contradictoria en determinado litigio y en determinadas circunstancias. Indudablemente esto importa una limitación al ejercicio de un derecho subjetivo, pero no su pérdida.

Esbozadas las principales condiciones para que opere con éxito la doctrina de los actos propios, veamos si en el caso presentado líneas más arriba la Empresa la invocó correctamente o no.

IV. DE VUELTA AL CASO. SU VINCULACIÓN CON LA DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS

Recordemos que en el caso concreto el Banco resolvió el contrato de cesión de créditos porque operó una condición prevista para ello: el deterioro de la solvencia de la Empresa, lo que quedaba manifestado si esta última presentaba una solicitud de suspensión de pagos ante las autoridades españolas. Sobre eso no hay debate. De hecho, ambas partes reconocen que la resolución del contrato operó válidamente.

Las discrepancias empiezan cuando el Banco pretende extender los efectos de la resolución del contrato de cesión a la resolución del contrato de depósito, para que así opere la compensación en la cuenta corriente. La doctrina de los actos propios es relevante para la Empresa en la medida que dicha compensación no habría sido posible, según ella, si el Banco hubiera sido

coherente con su anterior conducta. En tal sentido, si para el Banco la suspensión de pagos fue relevante para activar la resolución del contrato de cesión, también debió serlo para impedir la compensación en la cuenta corriente, pues las empresas españolas cuyas obligaciones han sido suspendidas no están habilitadas para satisfacer libremente a sus acreedores, sino que el orden y plazos en que esto ocurre es determinado al interior del proceso concursal.

Para la Empresa, no es válido que el Banco pretenda hacer valer los efectos de la suspensión de pagos para resolver anticipadamente el contrato de cesión y que al mismo tiempo ignore los efectos de la suspensión cuando se trata de compensar obligaciones en la cuenta corriente.

Dicho con otras palabras, la decisión del Banco de dotar de efectos a la suspensión de pagos (y así lograr la resolución anticipada del contrato de cesión) es vinculante, de forma que dicha conducta no puede ser desconocida en un momento posterior. No puede ser desconocida cuando solicita judicialmente que se declare la validez de la compensación, argumentando que la suspensión de pagos no está reconocida en el Perú por la vía del exequátur.

Para la Empresa, se encuentran presentes todos los elementos que conforman la doctrina: una conducta vinculante, una pretensión contradictoria y los mismos sujetos. Además, la buena fe y la confianza depositada en el comportamiento anterior justifican, según ella, la invocación de la doctrina de los actos propios.

Empezaremos por los sujetos. Se exige que sean los mismos y en este caso lo son. El emisor de la supuesta conducta vinculante es el Banco, que como sujeto activo, es quien además ejerce la pretensión supuestamente contradictoria. El sujeto pasivo sería la Empresa, que ha sido demandada con la pretensión contradictoria. Los protagonistas de ambas situaciones jurídicas son pues los mismos. La primera situación jurídica es el ejercicio de la facultad resolutoria invocando para ello la suspensión de pagos. La segunda situación jurídica es la realización de la compensación, para lo cual se omitió considerar la suspensión de pagos. Los sujetos que protagonizan ambas situaciones son los mismos.

De otro lado, según la Empresa, la conducta vinculante o el comportamiento anterior que suscitó una confianza que debe ser protegida es el ejercicio de la facultad resolutoria previsto en el contrato de cesión, invocando como causal el deterioro de la solvencia de la Empresa, lo cual se manifestó con la presentación de la solicitud de suspensión de pagos.

La conducta vinculante fue pues la expresión de que la suspensión de pagos tenía relevancia jurídica para el Banco. No era necesario para ello que el Banco emita una declaración de voluntad en el marco de una relación jurídica diciendo que la suspensión de pagos española surte todos sus efectos, inclusive en el Perú. En otras palabras, no era necesario que la conducta vinculante haya sido expresada a través de una manifestación de voluntad por la cual el Banco renunciara a la potestad de invocar el exequátur para reconocer los efectos de la suspensión.

Nótese que, como hemos dicho anteriormente, dicha declaración de voluntad vinculante en el marco de una relación jurídica habría sido incompatible con la invocación de la doctrina de los actos propios. Esta última no habría sido necesaria, pues habría bastado con exigir el cumplimiento del compromiso asumido. La conducta vinculante cuya existencia alega la Empresa tampoco puede ser calificada como una renuncia, pues repetimos que este concepto no puede ni debe confundirse con los actos propios. Es más, son irreconciliables.

Además de la identidad de sujetos y de una conducta vinculante, la Empresa considera haber demostrado que existió una pretensión contradictoria. En efecto, la demanda presentada por el Banco tiene como propósito que se declare la validez de la compensación efectuada en la cuenta corriente, para lo cual fue necesario resolver el contrato de cesión y además desconocer los efectos de la suspensión de pagos española.

Es en este punto en que la Empresa sustenta la aplicación de la doctrina de los actos propios. Así, mientras la conducta vinculante anterior fue sustentar la resolución del contrato en la suspensión de pagos, la pretensión contradictoria posterior fue desconocer la misma suspensión con el propósito de evadir las limitaciones que tiene una empresa en concurso para compensar sus obligaciones.

Por las razones anteriores y habiendo acreditado la existencia de los tres elementos necesarios para que opere la doctrina de los actos propios, la Empresa considera que debe desestimarse la pretensión del Banco de que se declare válida la compensación, pues, para que ésta se lleve a cabo, el Banco desconoció su propia conducta anterior: luego de reconocer efectos en España a la suspensión de pagos (para resolver el contrato de cesión), desconoció que los efectos se produjeron en el Perú, para así lograr la extinción de la obligación de la Empresa por la vía de la compensación.

La posición del Banco es precisamente la contraria. Sin perjuicio de que para el Banco y por razones que no

viene al caso comentar, la compensación habría sido igualmente posible con la suspensión de pagos reconocida en el Perú, el Banco sostiene que no se han cumplido los requisitos para que opere la doctrina de los actos propios.

Sobre la identidad de los sujetos es obvio que no hay discrepancias. Tampoco hay discrepancias en el hecho de que el Banco formuló una pretensión en el proceso, sustentada en el desconocimiento de los efectos de la resolución judicial de suspensión de pagos española.

En donde sí hay discrepancias es en lo referido a la conducta vinculante y específicamente, en la confianza que habría suscitado en la Empresa el comportamiento del Banco.

Recordemos que la doctrina de los actos propios se sustenta en el deber de actuar con buena fe, y desde nuestro punto de vista, con buena fe objetiva, de forma que el objeto protegido con esta institución es la confianza que suscita en un sujeto la conducta practicada por otro en determinada situación jurídica.

Tampoco debemos olvidar que por encontrarnos en el campo de la buena fe objetiva es necesario adecuarse a ciertos *standards*, cuyos límites están definidos según el criterio de razonabilidad.

En tal sentido, hay que determinar si era o no razonable que la resolución del contrato por la suspensión de pagos genere en la Empresa la confianza de que no se produciría la compensación en la cuenta corriente. Si la respuesta es negativa, no se habrá cumplido uno de los requisitos necesarios para que opere la doctrina de los actos propios como medio de defensa de la Empresa.

Bajo la perspectiva del Banco, a diferencia de lo que la Empresa considera, no puede haberse generado confianza en que por la resolución del contrato de cesión, sustentada en la suspensión de pagos, el Banco estaría inhabilitado para compensar obligaciones en la cuenta corriente. Esto último supondría conferir efectos en el Perú a la resolución de suspensión de pagos, cuando en realidad no se ha llevado a cabo un proceso de reconocimiento judicial en el Perú (exequátur).

Son varias las razones por las que para el Banco no era razonable que esa confianza se suscite.

Al presentar este caso indicamos que se celebraron tres contratos entrelazados, o mejor dicho, conexos. Esto es muy importante a los efectos de analizar la razonabilidad de la confianza que la Empresa dice haber tenido. Es muy importante porque dichos contratos conexos, que por cierto tienen los mismos sujetos, se celebraron en países distintos y se regían por leyes también diferentes.

En efecto, mientras el contrato de cesión se celebró en España, los de depósito a plazo y de cuenta corriente se celebraron en el Perú. Asimismo, mientras que el contrato de cesión se regía por la ley española, los de depósito y de cuenta corriente se regían por la ley peruana¹⁷.

Tenemos entonces que la ley española era la aplicable al contrato de cesión de créditos y la ley peruana era la aplicable al contrato de cuenta corriente. Bueno pues, para la ley española y de acuerdo al diseño contractual elegido por las partes, la suspensión de pagos solicitada por la Empresa era razón suficiente para resolver el contrato de cesión. Esto es innegable y todos están de acuerdo. Lo que no puede ocurrir es extender los efectos de dicha suspensión fuera de las fronteras de España; específicamente hasta un país cuyas reglas de Derecho Internacional Privado exigen la tramitación del exequátur para dotar de efectos jurídicos a una resolución expedida por tribunales extranjeros.

Sostener lo contrario importaría conferir al Banco solo dos alternativas. La primera ser que el Banco haya reconocido los efectos de una resolución judicial extranjera sin mediar exequátur, de forma que la compensación no habría sido posible. Esta alternativa en realidad no cuenta, pues supondría atentar contra las normas peruanas de orden público.

En efecto, la soberanía nacional es un bien jurídico que se impone frente a la voluntad de las partes de dotar de efectos jurídicos a una resolución extranjera no reconocida judicialmente en el país.

Si lo que la Empresa buscaba era coherencia en las actitudes del Banco frente a la suspensión de pagos, este último tenía una segunda alternativa, incluso más insólita que la primera: para guardar coherencia con el desconocimiento en el Perú de la suspensión de pagos española, esta última no debió activar la resolución del contrato de cesión. Se habría solucionado el problema de "raíz": no hay resolución de la cesión y por tanto nada hay que compensar. Esta alternativa no parece razonable si consideramos que el contrato de cesión, regido por la ley española, previó que podría ser dejado sin efectos ante una suspensión de pagos tramitada bajo la ley también española.

Nótese que con la primera alternativa, la coherencia de las conductas se preservaba de la siguiente manera: la suspensión de pagos tiene efectos en España y en el Perú (sin exequátur). Con la segunda alternativa, en cambio, la coherencia se preservaba haciendo todo lo

contrario: en ningún caso la suspensión de pagos tenía efectos, ni siquiera en España, de modo que la causal de resolución prevista contractualmente no podría haber operado en ningún caso.

En nuestra opinión, ninguna de las dos opciones tiene sentido. La explicación para la supuesta incoherencia es el carácter internacional del conflicto, lo cual explica que mientras en un país la suspensión de pagos desplegó sus efectos, en el otro país, por razones de orden público, dichos efectos no podían suscitarse.

La Empresa podría haber intentado la aplicación de la doctrina de los actos propios si los contratos conexos celebrados en el marco del negocio con el Banco hubiesen sido celebrados en una misma jurisdicción y se hubiesen regido por las mismas normas. Esto último no ocurrió.

Repetimos que se trata de un tema de vulneración de confianza. Cabe preguntarse cómo ésta podría haberse vulnerado, si la compensación se produjo en el Perú, país en el cual el patrimonio de la Empresa no goza de la protección conferida por la suspensión de pagos. Para sostener que la confianza de la Empresa fue vulnerada, habría que sostener entonces que la voluntad privada puede imponerse a las normas peruanas de Derecho Internacional Privado. Esto último ciertamente no es posible.

No podemos terminar la presentación de ambas posiciones del caso sin expresar nuestra satisfacción por la próxima incorporación en el Derecho peruano de una regla que sanciona expresamente la posibilidad de aplicar la doctrina de los actos propios. Se trata del proyecto de artículo VI del Título Preliminar del Código Civil, según el cual:

"No es lícito hacer valer un derecho en contradicción con una conducta anterior, cuando en razón de ella otro sujeto haya tenido motivo justificado para confiar razonablemente en que no se ejercerá tal derecho".

Nótese que la propuesta de norma incluye los tres elementos necesarios para que opere la doctrina: (i) una conducta anterior que generó confianza; (ii) una pretensión ("ejercicio de un derecho") contradictoria con esa conducta; y, (iii) la identidad de los sujetos. Es importante enfatizar que para el proyecto de norma la confianza tiene que haber sido "razonablemente" vulnerada, lo cual confirma, en nuestra opinión, que el principio de buena fe inspira la aplicación de la doctrina desde una perspectiva objetiva.

¹⁷ Recordemos que aunque existe controversia sobre estas afirmaciones, partimos de esta premisa a los efectos de presentar el caso con propósitos estrictamente académicos.

Por cierto, independientemente de la aprobación del texto antes citado, la doctrina de los actos propios tiene cabida en nuestro ordenamiento, que, como no podía ser de otra manera, está sustentado en el principio general de la buena fe.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina de los actos propios, aunque inspirada en elementos teóricos de gran riqueza conceptual, se inserta en el mundo real para solucionar sus problemas prácticos. Esta doctrina, además de satisfacer las más elevadas necesidades académicas, debe servir, como en buena cuenta sirve el Derecho, para brindar soluciones viables a los conflictos de intereses.

La doctrina de los actos propios ofrece mucha utilidad,

pues sobre la base del principio de la buena fe, tiene como propósito tutelar la confianza suscitada razonablemente y, como contrapartida, desincentivar la realización de conductas contradictorias.

Para su aplicación exitosa en un caso concreto es necesaria una herramienta indispensable: un razonamiento lo suficientemente afinado como para distinguir esta figura de otras semejantes pero distintas en esencia, para de esa forma brindar una solución sofisticada y a su vez práctica a los problemas reales. En buena cuenta, para eso deben servir los juristas, abogados y jueces, que como cualquier otro operador del Derecho, tienen la delicada labor de abordar problemas concretos con soluciones precisas, más que elevarse al "cielo de los conceptos jurídicos" .

DIÁLOGO ENTRE EL JUEZ Y EL PROFESOR*

Enrique Gherzi**

¿Es el derecho anterior al actuar de la sociedad o es un producto del mismo? ¿Es posible entender al contenido de la norma jurídica como ilógico? ¿Puede concebirse a las fuentes del Derecho como no jerárquicas y contradictorias?

En las páginas siguientes, el autor, al puro estilo platónico, lleva a cabo un interesante y ágil ejercicio dialéctico sobre las fuentes del Derecho, logrando de esta forma responder las interrogantes antes planteadas valiéndose del análisis económico, y además, cuestionar y criticar las posiciones tradicionales sobre el tema, invitándonos así a la reflexión.

* Para Lucas y Alfredo, *more* platónico.

** Profesor de Economía y Derecho de la Universidad de Lima. Profesor Visitante de la Universidad Francisco Marroquín (Guatemala). Profesor Honorario de la Universidad Laica Vicente Rocafuerte (Guayaquil). Académico Adjunto del Cato Institute (Washington). Miembro de la Mont Pelerin Society. Miembro de la Royal Economic Society. Miembro de la Philadelphia Society. Miembro de la American Law and Economics Association. Miembro Representante de la International Society for Individual Liberty. Ex Diputado por Lima. Coautor de "El Otro Sendero" con Hernando de Soto y Mario Ghibellini.

JUEZ: Mi querido profesor, tengo que resolver un caso sometido a mi jurisdicción. Se trata de una señora que ha construido su casa en un terreno a sabiendas que no es suyo.

PROFESOR: Pero si la ley es muy clara sobre el particular. No veo por qué mi opinión podría ser relevante, máxime siendo yo profesor de análisis económico y no de derecho civil.

JUEZ: Sé perfectamente que el artículo 938 del Código Civil establece el principio de accesión, según el cual, el dueño del suelo es dueño de la fábrica. Sé también que, como consecuencia de ello, el artículo 942 de ese mismo Código dice que, quien construye de mala fe en propiedad de otro, construye mal y no puede reclamar compensación alguna. Pero, de otro lado, observo que en la sociedad peruana, mucha gente construye sobre terreno ajeno libremente, al punto de convertirse en titular de todos los derechos sobre el suelo.

PROFESOR: ¿Dónde sucede eso? ¿Se trata de una circunstancia accidental o se encuentra generalizada? ¿Tienes idea de la antigüedad con que viene produciéndose el fenómeno?

JUEZ: No tengo idea de su antigüedad. Sospecho que tiene tiempo, porque me parece muy extendido. Ocurre, sin duda, en los pueblos jóvenes. Yo mismo vivo en uno y recuerdo de chico cuando mi padre y madre invadieron el arenal. Nadie nos desalojó. Construimos nuestra casa. Inclusive, el gobierno finalmente la tituló. Lamentablemente, mi padre no estuvo ya para recibir su título. Era vendedor ambulante de libros. Mi madre lo recibió. Nadie pretendió decirnos que habíamos construido para el dueño del terreno y que el propietario de la ladrillera invadida, era, en realidad, quien tenía el dominio sobre nuestra casa.

PROFESOR: Pero ¿no estás tomando la excepción por la regla? Una explicación podría encontrarse en las normas redistributivas que, a partir de la Ley 13517, se dieron en el país para, en nombre de la justicia social, garantizar a todos el acceso a la vivienda.

JUEZ: Ahora me parece que es usted quien toma el efecto por la causa, pues las leyes son, a mi entender, respuestas bastantes tímidas e incompletas que el gobierno trata de dar con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, tratando de confinarlos en regímenes de excepción que, sin embargo, siempre se prorrogan.

PROFESOR: Bueno, ¿pero por qué crees que se está generalizado ese fenómeno?

JUEZ: Porque antes ocurría en los pueblos jóvenes y ahora ocurre en los barrios acomodados. Antes sólo invadían los pobres. Ahora invaden también los ricos. ¿Qué son las playas del sur sino “barriadas de blancos” donde al igual que en las otras barriadas se construye en terrenos de propiedad de otros, y más particularmente, en este caso, sobre bienes de uso público no susceptibles de derechos privados?

PROFESOR: Pero ¿realmente crees en esa analogía o estás utilizando un recurso retórico para persuadirme de que ensaye una explicación económica para este problema?

JUEZ: En los pueblos jóvenes y en las playas del sur se construye de mala fe en propiedad de otro. Ambos asentamientos son fruto de la invasión. En ambos, organizaciones privadas vienen a reemplazar al gobierno. Son éstas las que proveen servicios básicos tales como agua, luz y seguridad. Pero también proveen reglas jurídicas para el desarrollo de la vida en común. Son ellas, además, quienes resuelven conflictos mediante sus asambleas.

PROFESOR: Primero invadieron los pobres, más numerosos. Luego, los ricos.

JUEZ: Efectivamente.

PROFESOR: Pero, ¿no es un delito invadir? Mis conocimientos penales son bastante superficiales, pero creo recordar que ese tipo de conductas estaban criminalizadas.

JUEZ: Por supuesto. Se encuentran tipificadas bajo la figura del delito de usurpación, que en estos casos muchas veces incurre, inclusive, en la modalidad agravada, pues se trata generalmente de invasiones donde interviene mucha gente. Pero –que yo sepa, y soy juez– nadie va preso por invadir. Tal vez haya casos muy excepcionales en que alguno está preso, pero no por invadir sino por alguna lesión o muerte que pudiera haberse producido. Difícilmente un policía persigue, un fiscal denuncia o un juez procesa a una de estas personas. No se olvide que muchos de nosotros vivimos, precisamente, en pueblos jóvenes.

PROFESOR: Eso hace aún más fascinante el problema. Me voy a atrever a darte una opinión sobre tu caso. Creo que se ha producido una inversión del principio de accesión.

JUEZ: Bueno, pero hay antecedentes legislativos. No creo que sea un proceso consuetudinario. El Decreto Legislativo 495 del 14 de noviembre de 1988, al crear el registro predial, establecía una disposición según la cual se presumía titular de la construcción al poseedor.

Lamentablemente, tuvo efímera vigencia, pues fue derogada el 5 de enero de 1999 por la Ley 27046.

PROFESOR: Sí, pero fíjate en la fecha de esa ley. Es muy reciente. Además, fue derogada al poco tiempo. Esa ley trató de recoger la experiencia consuetudinaria, no la creó. Es un poco lo que ha pasado con las leyes que reconocieron invasiones hasta cierta fecha. Vencida ella, el gobierno las volvía a prorrogar. Este antecedente legislativo ratifica el proceso de inversión consuetudinaria del principio de accesión.

JUEZ: Pero, ¿cómo puede ser eso posible?

PROFESOR: Vayamos primero al análisis de los hechos para aventurar después una hipótesis sobre el probable origen económico de los mismos. En mi concepto, el caso que consultas consiste en que el principio de accesión realmente existente no coincide con el principio tal como está definido positivamente. La ley dice que es dueño de la fábrica, el dueño del suelo; pero en los pueblos jóvenes y en las playas del sur –por ejemplo– sucede que el dueño de la fábrica es el dueño del suelo.

JUEZ: Esa es efectivamente la paradoja que no me deja sentenciar este caso.

PROFESOR: Lo destacable es que, además, parece existir evidencia de un proceso social de imitación, pues está implícita en tu consulta, la idea de que la inversión del principio de accesión ocurre, primero, en los pueblos jóvenes –formados por invasión, al margen y aun en contra de la ley nominalmente aplicable– para extenderse después a otros sectores sociales de mayores ingresos económicos.

JUEZ: No vaya a pensar usted que exagero. También hay zonas en que el principio de accesión, tal como está definido por el Código Civil, se cumple. Creo que no hay controversia alguna sobre este particular en un barrio de la Lima tradicional, como El Cercado o Miraflores.

PROFESOR: Lo que significa que, dependiendo de diferentes condiciones, la gente decide qué principio de accesión utiliza, escogiendo bajo qué sistema normativo quiere regirse. Si estás de acuerdo, los hechos son los siguientes: el principio de accesión realmente vigente no coincide en todos los casos con el principio de accesión positivamente definido y esta situación parece ser resultado de un proceso social por el cual los ricos han imitado la conducta de los pobres. ¿No es cierto?

JUEZ: Me parece que sí.

PROFESOR: Pues bien, esto significa que lo que ha sucedido aquí es que se ha ido generando

paulatinamente en el tiempo una costumbre *contra legem* que ha empezado a competir con la ley como una fuente alternativa de normatividad a disposición de los ciudadanos. Primero empezaron invadiendo los pobres. Debido a su masa crítica en la sociedad, esta conducta se convirtió en jurígena y el uso se transformó en costumbre. La invasión pasó así, de ser un delito, a tener efectos civiles: invirtió el principio de accesión. Producida esta inversión, los demás ciudadanos tuvieron una alternativa adicional a la ley y comenzaron a servirse de ella como en los balnearios de lujo de tu ejemplo. El proceso que ha venido ocurriendo, al invertirse consuetudinariamente el principio de accesión, es que la invasión pasó a convertirse en un modo de adquisición originaria de la propiedad.

JUEZ: Jurídicamente esto no es posible. La jerarquía de las normas coloca a la ley por encima de la costumbre. No puede haber una contradicción de ese tipo sin que se ponga en riesgo la estabilidad del sistema en su conjunto.

PROFESOR: Si quieres engañarte, límitate a repetir esos tópicos del derecho civil tradicional, pero pronto te darás cuenta de que no son principios incontrovertibles, sino errores en la definición de cómo opera un sistema normativo. Chaim Perelman, ofreció una explicación muy útil sobre esto que sugiero leer a todos los jueces: el derecho es una rama de la retórica y no una rama de la filosofía. La verdad jurídica no es entonces ni deductiva ni inductiva, sino dialéctica, en el sentido platónico del término: depende de cómo se expongan los argumentos no de los argumentos mismos. Me atrevo ahora a aventurar una hipótesis sobre el origen de este fenómeno. Creo que estos hechos son consecuencia del carácter competitivo de las fuentes del derecho, según el cual en una sociedad conviven distintos proveedores de normatividad que las personas utilizan en función de su propia escala de costos y beneficios.

JUEZ: Disculpe usted, ¿sugiere, entonces, que cada uno obedece al derecho que le da la gana?

PROFESOR: Sí. Tradicionalmente los abogados y los economistas han vivido de espaldas. Esta ignorancia recíproca los ha llevado a cometer múltiples errores. Los abogados suponen que el derecho es gratuito; los economistas que es constante. Ambos se equivocan. El derecho ni es gratuito, ni es constante. Es costoso y variable.

JUEZ: Pero se supone que la justicia es gratuita.

PROFESOR: No me refiero a eso. El derecho es costoso porque cumplir con él supone tiempo e información. Tiempo que el ciudadano detrae de sus otras

actividades. Información que necesita para cumplir sus exigencias. Podría decirse, entonces, que el derecho cuesta la cantidad de tiempo e información necesarios para cumplirlo. Siendo que hay distintas fuentes del derecho, estas observaciones se extienden también a ellas. La ley es costosa. La costumbre también. Si alguna persona cumple con el derecho, sea porque obedece la ley o se somete a la costumbre, es porque ha podido cubrir sus costos, dados los beneficios previsibles que espera tener de esta decisión. Si, por el contrario, una persona desobedece el derecho será porque no habrá podido cubrir su costo. Igualmente, si incumple la ley, pero cumple la costumbre, será porque para una persona, de acuerdo con su propia y particular escala valorativa, ésta habrá sido más ventajosa que aquélla. Las leyes se obedecen o desobedecen en función de sus costos y beneficios, subjetivamente considerados por los ciudadanos llamados a cumplir con ellas. Lo mismo las costumbres.

JUEZ: La doctrina jurídica, sin embargo, resulta incompatible con esas observaciones, porque el sistema de fuentes tiene un ordenamiento jurídico y una jerarquía lógico-normativa que hace obligatorio su cumplimiento en una sociedad.

PROFESOR: Lo que sucede es que la teoría tradicional de las fuentes del derecho parte de una suposición equivocada. Sea jusnaturalista o positivista, cree –por igual– que el derecho se genera monopólicamente. Los jusnaturalistas suponen que éste se genera de la providencia –si son religiosos– o de la razón –si son seculares. Los positivistas, a su turno, piensan que el derecho es un producto deliberado de la autoridad a través de la ley. Pero ambos, parten de la idea, ciertamente equivocada, de que el derecho se genera monopólicamente. Sucede, todo lo contrario. El derecho se genera competitivamente. En toda sociedad conviven diferentes procesos que producen normas que pueden ser utilizadas o no por los ciudadanos en función de su propia escala valorativa.

JUEZ: ¿Cuál sería la relación entre ley y costumbre, entonces?

PROFESOR: Sería una relación competitiva que la teoría económica denomina cataláctica, por la palabra griega *kattallattein*, que la designa. Ambas son fuentes del derecho que coexisten en una sociedad. Ofrecen normas que son utilizadas por las personas si se benefician de hacerlo. En caso contrario, buscan normas alternativas. Si la ley es demasiado onerosa para una persona, ésta se desplazará hacia la costumbre en búsqueda de una norma satisfactoria para sus intereses. Si, por el contrario, la costumbre se torna onerosa, esa persona se desplazará hacia la ley. Esto

sucede todos los días. Piensa por un minuto en un ciudadano perfectamente formal que vive en una invasión, por ejemplo. O en el que compra un producto pirata. O en el que convive en *servinakuy*. Todos ellos, en realidad, están desplazándose de una fuente del derecho hacia otra: de la ley a la costumbre; de la costumbre, a la ley.

JUEZ: Me resulta una visión particularmente caótica de la sociedad.

PROFESOR: Es cuestión de lo que se entienda por orden social. Desde el punto de vista económico, el orden social es producto no deliberado de la acción humana. No es producto de la naturaleza ni de la razón. El orden natural, por ejemplo, difiere de lo humano en todo sentido. Carece de instituciones para empezar. El orden racional, a su turno, responde a elaboraciones diseñadas en laboratorio completamente ajenas a lo que ocurre en la vida cotidiana. Por eso se dice que el orden social es praxeológico. Deriva de la acción humana –praxis. No de la voluntad humana ni de la naturaleza. El derecho es, pues, un fenómeno praxeológico, como lo es el lenguaje o la moneda. El orden social se autogenera. Ni está dado por necesidad natural ni es producto arbitrario de la sociedad.

JUEZ: Pero el derecho es lógico.

PROFESOR: El razonamiento jurídico puede serlo, pero no la norma sustantiva. El debate entre Klug y Kelsen es particularmente relevante para el caso. Ulrich Klug, defendía el carácter lógicamente necesario del derecho. Hans Kelsen, por el contrario, sostenía que el razonamiento jurídico –por ejemplo, el de una sentencia– es necesariamente lógico, pero no el contenido de las normas jurídicas. Acá, tuvo razón sin duda, Kelsen. Donde se equivocó fue en considerar que el contenido normativo era pura función positiva. La lógica no tiene nada que ver con el origen del derecho. Éste es un producto no deliberado de la interacción y cooperación humana, donde centenares de millones de personas –cada una tratando de satisfacer su propio y particular interés– tienen conductas regulares con capacidad jurígena. La sociedad va creando el derecho, como va creando las palabras. Aquél se recoge en leyes y en costumbres. Éstas en diccionarios y en habla.

JUEZ: ¿Debo preferir la ley a la costumbre o viceversa?

PROFESOR: Tu pregunta va a los fundamentos de la doctrina de las fuentes del derecho. Tradicionalmente se supone que las fuentes son un sistema racionalmente organizado sobre la base de un principio de jerarquía y a un principio de no contradicción. A esta idea ha

contribuido la exitosa metáfora de la "pirámide normativa", generalmente atribuida a Kelsen, pero obra en realidad de Puchta. Desde un punto de vista económico, sin embargo, esta idea es altamente insatisfactoria. Si como hemos dicho, el derecho se produce competitiva y no monopólicamente, no hay tal cosa como jerarquía entre las fuentes del derecho. Tampoco principio de no contradicción. La "pirámide normativa" no es más que un error. En toda sociedad existen diferentes fuentes del derecho como procesos complejos de los que los ciudadanos se sirven en función de sus costos y beneficios. La ley no está encima de la costumbre ni la costumbre encima de la ley. Todas se encuentran en un mismo plano. El "sistema" no decide la preeminencia normativa de por sí. Quien decide esta preeminencia es el ciudadano que escoge de qué fuente va a servirse para cumplir con el derecho. Tampoco hay ordenamiento lógico de las fuentes, sino praxeológico. Son producto competitivo. La gente va a utilizar lo que le resulte más beneficioso. No sé si las metáforas geométricas sean las mejores para ilustrar el problema, pero tal vez sea mejor pasar de la pirámide a la esfera normativa.

JUEZ: No me explico cómo se puede aceptar que el derecho no existe con prescindencia de las personas. Se trata de un ordenamiento exterior y no interior de los individuos. Savigny pensaba que era algo así como "el espíritu del pueblo". Pero veo de sus reflexiones que concibe al derecho como algo puramente subjetivo sin virtualidad propia. La existencia de capacidades coactivas y coercitivas debería ser suficiente para acreditar al derecho como exterior y aún superior a la voluntad humana.

PROFESOR: Para advertir el carácter subjetivo del derecho tal vez sea importante destacar que, desde el punto de vista económico, el derecho es un bien de capital. Esto lo hace de una naturaleza económica igual a un martillo o una máquina cualquiera. Siendo exterior a las personas que lo utilizan –como producto praxeológico que es– cada uno debe incorporarlo a su patrimonio obedeciéndolo. Para ello, se sirve de las distintas fuentes: si el derecho legalmente generado tiene un costo que excede su beneficio, se desplaza a la costumbre o viceversa. Luego, la decisión de qué fuente del derecho utilizar no depende ni del juez ni de la autoridad, sino del ciudadano que se sirve de una de ellas en función de su propia escala valorativa.

JUEZ: No toda infracción legal puede considerarse como fundamento de una norma consuetudinaria. Para que un uso se convierta en costumbre, además de ser observado, tiene que ser socialmente deseable. Por eso los clásicos dicen que para que haya costumbre debe haber inveterada *consuetudo* y *opinio necessitatis*. Esto

es, un elemento subjetivo compuesto por el uso dilatado en el tiempo y un elemento objetivo constituido por el reconocimiento espontáneo de su validez.

PROFESOR: Los civilistas tienden a pensar que la ley es la fuente del derecho predominante y reconocen la costumbre *secundum legem*. Los comercialistas –de criterio usualmente más práctico– agregan la costumbre *praeter legem*, pues no existiendo ley aplicable, les resulta evidente que las mores de los comerciantes son jurígenas. A la costumbre *contra legem*, lamentablemente no se le toma en cuenta. No fue así en la antigüedad. El derecho romano y el romanista admitían la costumbre *contra legem* como válida. También al desuso, al punto de reconocer el *desuetudo* como una forma de derogación de la ley. Desde el punto de vista económico, creo que resultan innegables los efectos jurígenos de la costumbre *contra legem*. Aunque no encuentro objeción tampoco con el *desuetudo*, creo que se trata de un problema distinto: simplemente deja de utilizarse una ley, probablemente también por un problema de costos y beneficios. Es la comúnmente denominada "letra muerta". En el caso que motiva tu consulta lo que sucede, más bien, es que costumbre y ley compiten y el ciudadano puede escoger entre una y otra, de manera que aún estando vigente una ley, pueden las personas servirse de una costumbre que le sea completamente antagónica. No es que se derogue la ley por el desuso –como ocurre en el *desuetudo*–, sino que ley y costumbre *contra legem* son alternativas de las que las personas pueden servirse como fuentes del derecho de acuerdo con las circunstancias. Eso es exactamente lo que sucede en el caso que me consultas: consuetudinariamente un vasto sector de la población se sirve de normas que contradicen aquellas definidas positivamente.

JUEZ: Entonces, tendremos un país en el que unas personas se regirán por unas reglas, mientras que otras se rigen por las contrarias. Un caos. ¿Cómo resolver semejante conflicto de leyes, en sentido material?

PROFESOR: No es un caos, es un orden sencillamente diferente del que has estado imaginando. No hay conflicto de normas alguno, porque la idea de que las fuentes del derecho son jerárquicas, alternativas y lógicamente no contradictorias –como he venido sosteniendo– es falaz. Las fuentes del derecho, por el contrario, son competitivas, simultáneas y praxeológicas. Recalco que siendo consecuencia de la cooperación voluntaria, el orden social es praxeológico. Deviene de la praxis, de la acción. Otra cosa es que los abogados quieran hacer que la realidad calce con sus deseos, en cuyo caso no estarán haciendo ciencia sino literatura. Mala literatura.

JUEZ: No creo que al principio quienes invadían terrenos para vivir en ellos hayan escogido entre una ley y la costumbre, sino entre obedecer la ley o no obedecerla. La costumbre debe haberse generado después para que otros, como los invasores de playas, hayan recurrido a ella.

PROFESOR: Efectivamente. La costumbre de suyo no existe siempre. Se forma con el tiempo. Supone una regularidad de comportamiento social. Es, en ese sentido, un producto histórico. Para que tal regularidad empiece a producirse se requiere que un determinado comportamiento adquiera una cierta masa crítica que lo haga socialmente relevante. En cierto sentido hay también un proceso de aprendizaje en el cual, al emular la conducta precedente, quienes la siguen contribuyen al fortalecerla.

JUEZ: Estoy en lo cierto, entonces, al considerar al infractor original como actuando puramente en contra de la ley, en ausencia aún de la costumbre.

PROFESOR: Lo que el infractor original –como tú lo llamas– hace es comparar los costos y beneficios de cumplir la ley con la posibilidad de ser detectado y sancionado por ello. Si de la evaluación subjetiva de tales consideraciones resulta conveniente para esa persona, debemos esperar que infrinja la ley. Esto sucede en general en cualquier infractor: el delincuente, el contrabandista, el evasor de impuestos, quien se pasa una luz roja. Gary Becker mereció el Premio Nóbel de Economía precisamente por estudiar estos procesos. Sin embargo, para que tal infracción sea jurígena –esto es, genere una costumbre en tanto fuente de derecho– se va a requerir de una masa crítica de personas que emulen tal conducta. Con un infractor no basta para generar costumbre. La infracción tiene que generalizarse.

JUEZ: ¿En particular, al momento de tomar la decisión de invadir y quebrantar la ley, los invasores están actuando justificadamente desde un punto de vista económico?

PROFESOR: Siendo subjetivos los valores, finalmente son también incognoscibles. Lo que tenemos a nuestro alcance son las decisiones. Debemos suponer que ellas son producto de una comparación de esos costos y beneficios. No quiero parecer utilitarista, pero un grueso sector de la doctrina económica además considera que quien maximiza la utilidad debe tener derecho a que se le asigne la titularidad de los bienes en disputa. En otras palabras, desde ese punto de vista, es eficiente asignar los recursos a las partes que les atribuyan los usos más valiosos. En este caso en particular tendríamos de un lado a los propietarios invadidos, que muchas

veces podrían haber tenido los predios en abandono o por lo menos sin utilización inmediata y, de otro, a los invasores dándoles con su presencia en ellos una utilización inmediata. Así sería posible sostener que la invasión es eficiente económicamente y que todo el proceso que, empezando por los infractores originales, da lugar a aparición de una costumbre *contra legem* como fuente de derecho en materia de principio de accesión ha cumplido con el propósito económico de maximizar la utilidad.

JUEZ: A mí me parece que si se aceptara esa postura se estaría actuando con una ceguera total, ya que se estaría diciendo que la invasión es más eficiente que la propiedad, quitándole toda seguridad al sistema de derechos reales a largo plazo.

PROFESOR: Y tienes toda la razón, por lo que hice la salvedad que se trataba de una postura utilitarista con la que no estaba necesariamente de acuerdo. Es verdad que en cierto sentido el invasor maximiza utilidad frente al propietario que tiene abandonado un terreno, por ejemplo. Pero el problema es que los valores económicos cambian en el tiempo. Puede ser que al momento de invadir resulte maximizándose la utilidad inmediata de un terreno de propiedad privada o pública abandonado, pero como nadie sabe a largo plazo cuál será el valor futuro del recurso, no puede haber seguridad alguna de que esa maximización efectivamente tenga lugar. Al final eso se expresa en una evidencia: en Lima miles de hectáreas de cultivo valioso se han convertido en asentamientos humanos. Es verdad que sobre ellos hay viviendas que algunos valoran en más de doce mil millones de dólares, pero a cuánto podría haber ascendido la producción agrícola de esos terrenos en el mismo período. Nadie lo sabe a ciencia cierta, aunque sería interesante poderlo determinar.

JUEZ: A mí me parece que en su análisis falta el elemento político. La gente invade porque es políticamente posible. La redistribución es bien vista por los distintos grupos políticos, especialmente debido a la ética cristiana de nuestra sociedad, por lo que no se hace enojoso apoyar iniciativas tales como la toma de tierras.

PROFESOR: La política no está ajena para nada de la decisión. Existen, por lo menos, dos formas en que probablemente ella afecta el proceso. En primer lugar, los valores políticos forman parte –como todos los demás valores– de la estructura subjetiva de costos y beneficios. Son un elemento más a tomar en cuenta al momento de decidir si se obedece o no determinada legislación. Si por ejemplo, se sabe que un gobierno será particularmente represivo, las personas serán seguramente menos

propensas a infringir la ley. Si se sabe, que es un gobierno débil, los incentivos crecerán en sentido contrario. En segundo lugar, la política misma tiene una lógica económica. Además del mercado económico existe el mercado político. Los partidos son equivalentes a las empresas; los electores, a los consumidores. Cada uno trata de maximizar su beneficio. Aquéllos, poder; éstos, redistribución. Sucede que, a diferencia del mercado económico, en el mercado político lo que se intercambia no son bienes privados sino bienes públicos y esto produce estrategias y conductas acordes con estas características. Siendo que los políticos quieren administrar el poder, pueden ser permisivos con ciertas conductas que consideren benignas, como la redistribución. No por altruistas, sino porque esperan atraer de una forma respaldo para sus posiciones. De qué otra forma explicar, si no, que puedas encontrar pueblos jóvenes que se denominan sucesivamente Clorinda Málaga de Prado, María Delgado de Odría, Lucila Belaunde de Cruchaga, Consuelo Gonzales de Velasco, Rosa Pedraglio de Morales Bermúdez, Violeta Correa de Belaunde, Pilar Nores de García, Susana Higuchi y Elianne Karp de Toledo.

JUEZ: Encuentro altamente oportunistas esas conductas, tanto de los invasores como de los políticos.

PROFESOR: Son oportunistas y, gracias a ello precisamente, racionales. Implícito se encuentra un cálculo de costo y beneficio a valores subjetivos que explica la forma en que termina desarrollándose el sistema.

JUEZ: Entiendo que la gente tenga conductas oportunistas pero ellas son siempre opuestas a la noción de justicia a la que se ajusta el derecho. Además, me parece francamente irreal la idea de ciudadanos que estén calculando todo el tiempo sus costos y beneficios para tomar decisiones. Nadie camina con calculadoras por la calle sumando y restando. La gente actúa con naturalidad.

PROFESOR: Nadie ha dicho que el cálculo económico se produce con sumas y restas. Es un proceso psicológico más que una operación matemática. La gente actúa sobre la base de lo que cree que le va a costar su decisión, en comparación a lo que cree que le reportará. No hay convicciones, sino opiniones. Se actúa en función de suposiciones, de creencias, de prejuicios, no de verdades formales ni seguridades materia de comprobación.

JUEZ: Racionales o irracionales, como magistrados tenemos la obligación de impartir justicia.

PROFESOR: Discrepo. Los jueces sólo pueden evitar la injusticia. La justicia no existe. Bastiat, decía que en la realidad sólo había injusticia, que las personas debían evitar o, cuando menos reducir. Como juez es poco lo que puedes hacer. Confórmate con disminuir en todo lo que se te sea posible las situaciones injustas. Es suficiente.

JUEZ: ¿Debo sentenciar, entonces, a favor de la señora que construyó en terreno ajeno?

PROFESOR: No lo sé. No soy juez. Lo que creo, es que debes analizar la fuente del derecho predominante y tratar de resolver el caso en consecuencia. No tengo otro consejo que darte.

JUEZ: Pensaba que a través de un juicio era posible devolverle paz social a una comunidad resolviendo conflictos humanamente sensibles...

PROFESOR: Un juicio es sólo un mecanismo sustitutivo del mercado para determinar la asignación de los recursos. Ahí donde el mercado ha sido incapaz de determinar quien debe recibir una titularidad sobre ellos, el juicio se convierte en una alternativa para resolver esa asignación. Por eso se dice en la teoría económica que, siendo el principio de maximización de utilidad la guía racional del mercado, tenderá a ganar un juicio la parte que le asigne el mayor valor a los bienes en disputa. En el mercado eso se decide mediante el mecanismo de los precios. En un juicio, mediante sentencias. Ésa es la lógica económica implícita en la decisión judicial.

JUEZ: Pensaba que las cosas eran particularmente complejas en el Código Civil, pero creo que en la realidad son aún peor. Además de verse perjudicado por el principio de accesión ¿sabía usted profesor que el derecho establece que quien construye de mala fe debe también los frutos, aun así no los hubiera percibido?

PROFESOR: Debe sobre un sueño, entonces. Dime, ¿le cobran también intereses?

(RISAS)

CONTRADICCIÓN SIN CONTRICCIÓN (NI ENMIENDA): YANACOAHA Y UN *TEST* PARA ARGUMENTAR VÁLIDAMENTE A *CONTRARIO**

Gonzalo Zegarra Mulanovich**
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

La argumentación a contrario es un mecanismo de interpretación o integración jurídica, dependiendo de la función que vaya a cumplir, destinado a buscar o desentrañar una verdad normativa.

En el presente artículo, el autor realiza un interesante análisis sobre la argumentación a contrario, desarrollando sus principales supuestos de aplicación, el principio de no contradicción, entre otros, para finalmente, sobre la base de los errores cometidos en el caso Yanacocha, proponer un innovador test a fin de clarificar cuando una norma podrá ser interpretada válidamente a contrario sensu.

* A Gabriela, fuerza de la naturaleza, más allá de toda lógica.

** Abogado. Profesor de Derecho Mercantil y de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho por la Universidad de Yale. El autor agradece los valiosos comentarios del doctor Álvaro Zegarra Mulanovich, profesor de la facultad de Derecho de la Universidad de Piura, pero asume toda la responsabilidad por cualquier error.

I. INTRODUCCIÓN

La profesión jurídica atraviesa un interesante dilema. Por un lado, los avances insospechables de los fenómenos que afectan a la sociedad moderna –tecnificada y globalizada, tecnificándose y globalizándose más– exigen de los operadores jurídicos un grado creciente de especialización. Por otro lado, sin embargo, el costo de esa especialización, llevada a sus extremos, es producir profesionales que pierdan de vista lo general –pero esencial– del Derecho; a saber, el rigor del razonamiento jurídico, la comprensión a fondo de los principios generales, el claro entendimiento de los fundamentos filosóficos de la disciplina jurídica, y su manifestación en la regla de Derecho específica. Finalmente, por más sofisticada que una regulación pueda llegar a ser, como parte de un ordenamiento unitario siempre se regirá por la misma lógica que el resto del Derecho, y apuntará a la consecución de las mismas viejas aspiraciones de la democracia liberal y sus ideales de justicia. Por tanto, un abogado especializado que entiende como nadie una rama específica del Derecho, nunca será un buen abogado si no comprende la lógica del Derecho en general, ya sea para aplicarla a su rama o para justificar con solidez argumental por qué cabe apartarse de ella en algún supuesto específico (siempre excepcional).

La realidad constantemente nos demuestra, pues, que manifestaciones intrincadas de alguna especialidad jurídica frecuentemente exigen un entendimiento de los fundamentos del Derecho en general para poder resolver con éxito ciertos conflictos o dilemas específicos. Encuentro que en ello radica la necesidad de reivindicar la importancia de la Teoría General del Derecho y sus diversas aplicaciones. El famoso “caso Yanacocha”, el cual utilizaré como ejemplo en este artículo para aplicar el mecanismo procedimental que propongo para un correcto razonamiento a contrario, es un ejemplo de esto. Las consecuencias de una operación profundamente

compleja desde el punto de vista de los negocios, con una lógica económica sofisticada, generaron un conflicto que requería ser resuelto –sin embargo– desde el Derecho y, en parte, desde la Teoría General del Derecho.

El caso Yanacocha, resuelto en 1998, es para muchos una jurisprudencia ejemplar por su audacia aparentemente justiciera y antiformalista. Me permito discrepar radicalmente de esa supuesta sabiduría convencional. En mi opinión, ese caso, tal como fue resuelto, sentó precedentes no solo equivocados, sino incluso nefastos en varios aspectos (y me refiero exclusivamente a aspectos jurídicos¹). Aunque, como se sabe, en nuestro país no funciona (¿aún?) el sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios propio del sistema anglosajón, no por ello el desacierto deviene en aceptable. Solo para citar algunas instituciones jurídicas que el caso Yanacocha ayudó a malentender y mal aplicar en el Perú², he de mencionar que los criterios acogidos por la Corte Suprema (e instancias inferiores) fueron lamentables al menos en lo que concierne a cuestiones como los alcances del artículo 78 del Código Civil que consagra la distinción entre la persona jurídica y los miembros que la conforman (se dijo que solo se aplica a cuestiones patrimoniales, entendidas como obligaciones de dar); la teoría del levantamiento del velo societario (se dijo que no constituía levantamiento del velo societario el exigir a una subsidiaria obligaciones no explícitamente asumidas por ella y atribuirle las consecuencias de actos de su empresa matriz); el momento en que resulta exigible un derecho de preferencia (se dijo que se activa con la mera voluntad de vender de un accionista³); los alcances del sistema de casación en el Perú (se dijo que el error de subsunción –adecuación del supuesto de hecho a la norma jurídica– es un error de hecho y no de Derecho, y por tanto no puede ser materia de casación⁴); la aplicación por analogía de reglas que restringen derechos (se dijo que su prohibición alcanza solo a reglas cuya fuente sea la ley); entre otros.

¹ Sabido es que por lo menos uno de los vocales de la Corte Suprema que conoció la materia en sede de casación se reunió con Vladimiro Montesinos, ex jefe de inteligencia *de facto* de Alberto Fujimori, y que Montesinos lo presionó para que votara en determinado sentido. Sin embargo, el vocal le respondió que ya había emitido su voto el día anterior (en el sentido que Montesinos pedía).

² Justo es reconocer, sin embargo, que algunos extremos fueron resueltos razonablemente. En mi opinión, es el caso de la alegada (por los demandados) sustracción de la materia. Luego de iniciado el litigio los demandados modificaron uno de los acuerdos cuyas consecuencias eran controvertidas, y alegaron que con esa modificación ya no ocurriría la transferencia que –alegaban los demandantes– podría generar un derecho de preferencia a su favor. Soy de la opinión que la buena fe contractual y procesal exigía no admitir que se tenga por modificado el asunto a la mitad del litigio, al menos para efectos de ese litigio. Por tanto, era legítimo analizar si se había producido la infracción alegada. Es decir, era necesario entrar a analizar el asunto de fondo (aunque considero que en el fondo no hubo vulneración) y no debía ampararse la alegada sustracción de la materia. De hecho cambiar las cosas a mitad del litigio generó en los juzgadores y hasta cierto punto en la opinión pública enterada de la materia, por el contrario, una sospecha de que esa vulneración se debía haber producido, bajo la lógica siguiente: si estaban seguros de que no habían vulnerado el derecho de preferencia, ¿por qué los demandados modificaban las cosas para asegurarse más?

³ De menor gravedad, pero únicamente a la luz de la sustitución de la Ley General de Sociedades aplicable (que consagró un sistema de “registro” más efectivamente oponible como es la matrícula de acciones) resulta el criterio acogido en el caso Yanacocha respecto del remedio a una supuesta violación de un derecho de preferencia. En efecto, se resolvió que dicho remedio debe consistir en la obligación de vender las acciones a los accionistas cuyo derecho de preferencia se habría burlado. En mi opinión, eso tiene sentido con la actual ley, en la que los pactos limitativos a la libre transmisibilidad de las acciones se inscriben en la matrícula –y son por tanto cognoscibles por un eventual interesado o comprador externo a la sociedad– adquiriendo una calidad similar a la de un derecho real (en todo caso, un derecho reivindicable por estar inscrito y ser oponible *erga omnes*). Sin embargo, no existía la misma lógica bajo la ley anterior (aplicable al caso Yanacocha) que no preveía esa función registral o cuasi registral de la matrícula. Bajo esa normatividad, el remedio más idóneo para este supuesto probablemente hubiera sido una indemnización por la naturaleza más bien obligacional –no reivindicable– de los derechos supuestamente infringidos.

⁴ Sobre esta materia, aplicada en concreto al caso Yanacocha, ver PEREZ-COSTA PISCOYA, Gabriela. “Delimitando el verdadero alcance del recurso de casación en el Perú: reflexiones a propósito del caso Yanacocha”. En: Diálogo con la Jurisprudencia. 50. 2002. pp. 85-93.

Es con relación a este último aspecto –la aplicación analógica de normas que restringen derechos– que se suscitó en el caso Yanacocha un interesante debate: el estatuto de la sociedad, que preveía un derecho de preferencia en caso de que alguno de los accionistas transfiriera sus acciones de Yanacocha a una sociedad no controlada por dicho accionista (pérdida de control) fue interpretado en el sentido de abarcar incluso la pérdida de control a nivel de una sociedad “madre” o “abuela”; es decir, en el caso de una pérdida del control indirecto de las acciones de Yanacocha. Mientras que la defensa de los demandados argumentó que esto constituía una aplicación analógica de una norma (estatutaria) que restringía derechos (la libre transmisibilidad de las acciones), las instancias judiciales afirmaron que no existía tal analogía, sino una mera “argumentación a contrario”. Una paráfrasis sintetizada del razonamiento judicial sería como sigue: “el estatuto prevé el derecho de preferencia en todos los casos, excepto en cuatro supuestos establecidos en el estatuto. Como quiera que los supuestos de hecho del caso no coincidían con ninguna de las excepciones del estatuto, debe entenderse –por el contrario– que sí se aplica el derecho de preferencia”.

Así planteadas las cosas, desde luego, la inferencia no parece descabellada. Sin embargo oculta una trampa: el estatuto se refería exclusivamente a transferencias de acciones de Yanacocha –pérdida de control directa–; por tanto, un correcto razonamiento a contrario, antes de aplicarse a las excepciones, debía aplicarse al encabezado que solo incluía transferencias directas como desencadenantes de un derecho de preferencia y por tanto no incluía transferencias indirectas. De ahí se desprende que lo que se quiso hacer pasar como una mera argumentación a contrario encierra en realidad una analogía restrictiva de derechos, como con encomiable honestidad intelectual ha reconocido en un artículo doctrinal uno de los abogados de los demandantes⁵.

Pasados varios años desde que se resolvió el caso, un análisis algo más exhaustivo y desapasionado del caso Yanacocha denuncia cierta incapacidad de la judicatura peruana –en diversas instancias incluyendo las más altas– para distinguir una argumentación a contrario de una analogía. Esto quiere decir que a nivel de operadores jurídicos relevantes existe escaso entendimiento sobre los alcances de una y otra institución. Y es que, como señala de Trazegnies, “uno de los procedimientos lógicos que más perturbaciones causa en el razonamiento jurídico es el *argumentum a*

contrario”⁶. La escasa doctrina nacional sobre ellas –y en particular sobre la argumentación a contrario– contribuye a que esta ignorancia esté mucho más difundida de lo deseable, y recomienda emprender un intento por precisar los alcances de la figura, cosa que aspira hacer este artículo.

Así pues, la propuesta acá contenida abordará la definición de la argumentación a contrario, pero no pretende hacer un aporte novedoso acerca de tal definición. Tampoco elaborará una teoría propia sobre cuándo procede y cuándo no la argumentación a contrario, materia en la que –aunque si presenta algunas discrepancias– este artículo únicamente se adhiere a una postura preestablecida. En cambio, lo que este artículo busca, además de reforzar las razones por las que la argumentación a contrario se debe aplicar solo en determinados casos, es proponer un procedimiento o mecanismo de razonamiento –una suerte de *test* de validez– para que los agentes jurídicos puedan juzgar casuísticamente cuándo es lícita la interpretación a contrario que se está haciendo en cada aplicación concreta. Ello, porque la doctrina ha fijado en teoría en qué casos sí y en qué casos no debe hacerse, pero lo ha hecho de manera teórica, y esas definiciones no son fáciles de aplicar. El procedimiento que se plantea aspira, pues, a facilitar la constatación concreta acerca de la validez específica del razonamiento a contrario.

II. ARGUMENTO A CONTRARIO: CATEGORÍA Y ALCANCES

Un primer aspecto que conviene descifrar es cuál es la categoría de la argumentación a contrario. ¿Es un principio general del Derecho? ¿Es una regla de buena fe? ¿Es un método de interpretación?, ¿una forma de analogía?, ¿un mecanismo de integración? Luego, ¿cuál es su valor o peso jurídico?, ¿cuál su vinculatoriedad? ¿Quién está autorizado a emprenderlo?

La mayor parte de la doctrina se refiere a una argumentación o un razonamiento a contrario, mencionando pocas veces un concepto tal como “la interpretación a contrario”. De hecho, no suele ser mencionado cuando se enumeran los métodos conocidos de interpretación (literal, sociológica, histórica, teleológica, *ratio legis*, etcétera). A pesar de lo anterior, por su naturaleza, y por sus efectos, la argumentación a contrario puede ser tanto una herramienta interpretativa, como una forma de

⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. “La transferencia del control social a través de una sociedad holding”. En: *Advocatus* 4. 2001. pp. 240 y siguientes. El autor defiende con respetables argumentos la tesis –que no comparto– de que la prohibición de aplicar analógicamente disposiciones que restringen derechos abarca solo a las restricciones que tienen su fuente en la ley, no en los negocios jurídicos privados.

⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. “El Derecho Civil y la Lógica: los argumentos a contrario”. En: *THEMIS-Revista de Derecho* 12. 1988. p. 66.

integración. Puede ser una forma de interpretación porque consiste en un ejercicio lógico que pone a prueba si el silogismo que pretende abarcar un supuesto de hecho en una norma es correcto y porque está destinado a desentrañar el sentido o el alcance – incluso cuando por oposición o de manera negativa: en qué supuesto no se aplica– de una norma efectivamente existente.

También puede ser una forma de integración porque es aplicable ante la constatación de un vacío normativo (o pseudo vacío normativo, o aparente vacío normativo) o una laguna del Derecho a partir de los cuales adquiere vocación de aplicabilidad, con miras a resolver una incertidumbre jurídica mediante la producción de un contenido normativo destinado a llenar ese vacío. Sin embargo, difiere de la analogía⁷, pues se refiere siempre a una norma concreta e identificada, el contrario de cuya consecuencia jurídica se quiere conocer, lo cual supone –a su vez– delimitar los alcances de su aplicación (en qué momento se deja de aplicar esa consecuencia jurídica positivamente prevista). De hecho, la doctrina suele reconocer en la argumentación a contrario una suerte de antítesis de la analogía. Así, por ejemplo, Kelsen –al negar valor a ambas– señala que “las reglas corrientes de interpretación que prescriben recurrir a la analogía y al argumento a contrario están desprovistas de todo valor, pues conducen a resultados opuestos y ningún criterio permite decidir cuándo debe darse preferencia a una o a otra”⁸. Más cercano a nosotros, Marcial Rubio propone por su parte que “en la Teoría del Derecho, al lado de la analogía en sus diversas modalidades, existe el argumento a contrario (...) el argumento a contrario, llevado al extremo, niega la analogía porque impide con sus dos variantes que la norma jurídica extienda su normatividad a campos distintos de los previstos en ella, al bloquear las dos posibilidades existentes”⁹. Esta diferenciación con la analogía –que es para muchos una forma de integración– refuerza el planteamiento de que la argumentación a contrario debe ser admitida también como uno de los métodos de interpretación jurídica, acaso bajo el paraguas de la interpretación *ratio legis* (como una subespecie de ésta), cuya finalidad y función es conocer la razón o racionalidad que inspira

a una norma cualquiera¹⁰.

Admitiendo, pues, que la argumentación o razonamiento a contrario conduce ora a una interpretación jurídica, ora a una integración, nos referiremos en este artículo –como por lo demás lo hacen diversos autores– indistintamente a “interpretación a contrario”, “razonamiento a contrario”, “argumentación a contrario” o “integración a contrario”.

Ahora bien, dicho lo anterior, resulta importante indicar entonces cuál es su funcionalidad específica, en vista de que, en la operatividad del Derecho –en el que los procedimientos adquieren especial relevancia y son a veces confundidos con el fin, olvidando que siempre son un medio– la manera más segura de traicionar una institución cualquiera es dejar de tener obsesivamente presente para qué se emprende el ejercicio operativo destinado a aplicarla. Por tanto, resulta fundamental que los agentes jurídicos que emprendan una argumentación a contrario recuerden y se hagan recordar a sí mismos con insistente meticulosidad y durante toda la operación lógica, para qué emprendieron dicho ejercicio. Pues bien, ¿qué busca o debe buscar alguien que argumenta jurídicamente a contrario?. Busca o debe buscar desentrañar una verdad normativa. Nótese qué distinto resulta descubrir una verdad de inventar una. Descubrirla supone admitir su preexistencia –aunque sea abstracta o implícita–; inventarla induce a la mañosa tergiversación del procedimiento, y a la traición del sentido de esa añorada verdad. Por tanto, la argumentación a contrario no debe en ningún caso desnaturalizarse para ser convertida en una triquiñuela retórica o argumentativa que esconda una lógica en virtud de la cual, si una ley tiene un contenido X, el intérprete artificiosamente extraiga como conclusión algo distinto de X, solo porque aparenta ser lo contrario de lo regulado por la norma.

La razón por la que la argumentación a contrario es requerida para encontrar una verdad normativa oculta o implícita es porque la norma no reguló un determinado supuesto, sino aparentemente su contrario –atribuyéndole una consecuencia jurídica–;

⁷ “(...) La analogía difiere de la interpretación a contrario por los presupuestos, el objeto y el resultado. Presupone la falta de la norma expresa, mientras que la interpretación presupone su existencia; objeto de la una es la investigación del principio jurídico por aplicar al caso no contemplado, mientras que el fin de la otra consiste en la determinación del sentido de la ley; la una establece normas nuevas, la otra no”. COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. Cuarta Edición Italiana. Ciudad de México: Unión Tipográfica Editorial Hispano-América. 1938. p. 95.

⁸ KELSEN, Hans. “Teoría Pura del Derecho”. Decimoséptima edición. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. 1981. p. 168.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico-Introducción al Derecho”. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. 1999. pp. 300-301.

¹⁰ Sin embargo, Rubio aborda el tema de la argumentación a contrario en el capítulo referido a integración jurídica y, de hecho, como implica Guastini, en la medida en que permite generar contenidos normativos no previstos positivamente, la argumentación a contrario suele ser una herramienta que conduce a la integración jurídica: “(...) el argumento a contrario puede utilizarse tanto para acreditar una interpretación meramente declarativa o literal cuanto para justificar la formulación de una norma nueva de contenido negativo: puesto que no existe ninguna norma que conecte al supuesto de hecho F la consecuencia G, debe mantenerse que existe una norma implícita según la cual al supuesto de hecho F corresponde la consecuencia no-G. Éste es precisamente el uso productor del argumento a contrario”. GUASTINI, Ricardo. “Estudios sobre la Interpretación Jurídica”. México: Porrúa. 2000. p. 101.

y, por tanto, lo que se necesita saber es si el supuesto de hecho contrario al regulado debe tener la consecuencia jurídica exactamente contraria a la prevista en la norma. Por ello, al referirse al argumento a contrario, señala Du Pasquier “De que el legislador ha adoptado tal reglamentación para tal caso, se concluye que, para el caso contrario ha querido la solución opuesta”¹¹.

Adelantándonos a lo que, con más detalle, precisaremos al abordar cuándo es lícito recurrir a este mecanismo, resulta pertinente llamar en este punto la atención sobre una fundamental constatación: la argumentación a contrario busca descubrir cuál debe ser la consecuencia jurídica de un supuesto opuesto – contrario– al regulado, y no solo meramente diferente o distinto.

Lo importante, entonces, es saber si el legislador – entendido como la abstracción de la voluntad legislativa, no como la voluntad subjetiva de las personas que legislaron– quiso que el supuesto de hecho contrario al supuesto que efectivamente reguló tuviera la consecuencia jurídica contraria a la sanción impuesta en la norma existente. Ciertamente, no es esto algo que se deba o se pueda siquiera inferir automáticamente, mecánicamente o superficialmente mediante un ejercicio retórico. Es importante tener claro y presente que a lo que se debe llegar es a una opción político-social para un supuesto determinado de aplicación general: ¿es el resultado de la argumentación el resultado socialmente deseable, el que el legislador –siendo consistente con el resto de la regulación– hubiera elegido si no hubiera guardado silencio? Como señala con acierto Coviello, las reglas de la interpretación “deben desplegar su fuerza obligatoria en los límites en que el legislador quiso establecerlas: si no se puede traspasar sus límites, tampoco es lícito no llegar hasta ellos”¹².

Por ello, desde el punto de vista del resultado de la argumentación a contrario, toda aplicación de ésta debería ser sometida por el intérprete a una prueba ácida antes de aprobarla definitivamente. Dicha prueba debe consistir en responder afirmativamente a la pregunta sobre si la ley X –que se interpreta “a contrario”– al establecer un determinado contenido normativo –típicamente con la estructura “si A,

entonces B”– fue diseñada para tener como consecuencia normativa también que la negación de su supuesto de hecho (no A) tenga como consecuencia la negación de su consecuencia jurídica (no B). En otras palabras, si se puede concluir que la norma al establecer “si A entonces B” estaba implicando también “si no A, entonces no B”. Cuando quiera que esta pregunta no se responda afirmativamente con facilidad e intermediación, habrá que concluir que la argumentación a contrario no es tan evidente, y hay por tanto que profundizar más en la validez del razonamiento, por ejemplo, a través del mecanismo o *test* que este artículo propondrá.

III. TERCIO EXCLUIDO Y NO CONTRADICCIÓN

El fundamento de la argumentación a contrario, como reconoce la mayoría de la doctrina, es el principio lógico del tercio excluido, también conocido como el principio de no-contradicción. Como señala Fernando de Trazegnies, el argumento a contrario “es un recurso indispensable y aparentemente basado en uno de los pilares centrales de toda lógica: el principio de no contradicción”¹³. Por su parte, Marcial Rubio llega a considerar ese fundamento como la “trampa” que encierra el argumento a contrario en tanto que razonamiento jurídico; vale decir, como la fuente de su sistemática aplicación errónea. En efecto, según Rubio “(...) el argumento a contrario encierra una trampa que es la siguiente: todo el argumento está fundado en el principio de no contradicción que solo admite lo siguiente: algo es “A” o es “NO-A”. No hay puntos intermedios válidos”¹⁴. Por ello, indica de Trazegnies con acierto: “Para que el razonamiento a contrario sea válido, debemos encontrarnos ante una situación en la que tanto el *tatbestand* (sic)¹⁵ como el *rechtsfolge* (sic)¹⁶ constituyan una polarizada lógica que no admita otras posturas. Si el *tatbestand* admite otros hechos ajenos a la polarizada o si el *rechtsfolge* admite otras soluciones no necesariamente contrapuestas a la de la regla interpretada, el razonamiento falla. Por consiguiente, el argumento a contrario es inválido cuando hay otras soluciones posibles además del texto legal y la solución contraria”¹⁷.

Ahora bien, la imposibilidad de aplicar de manera universal e indiscriminada el argumento a contrario reside en que los enunciados normativos no reflejan la estructura de

¹¹ DU PASQUIER, Claude. “Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1944. p. 209.

¹² COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 84.

¹³ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 66.

¹⁴ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 301.

¹⁵ En realidad “*Tatbestand*” (supuesto de hecho), pues en alemán los sustantivos –incluso los que no son nombres propios– van siempre en mayúsculas.

¹⁶ En realidad “*la Rechtsfolge*” (consecuencia jurídica) ya que, además de ir en mayúscula (vid. nota 15 *supra*), el sustantivo es femenino: *die Folge, die Rechtsfolge*.

¹⁷ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 66.

una realidad en que las cosas sean –como regla general–, o blancas o negras, A o no-A. Y es que “(...) en el Derecho el principio de no contradicción carece de la aplicación universal que tiene en otros ámbitos del conocimiento humano como por ejemplo en las matemáticas”¹⁸. La razón –no tan esotérica– por la que esto es verdad en la disciplina del Derecho reside en la estructura del enunciado normativo (entendido en sentido amplio).

Por causa de cómo los seres humanos o las sociedades deciden regular las conductas e imputarles consecuencias, sucede que son muchas las premisas de hecho que pueden llevar a una misma consecuencia jurídica. De ello se deriva que el solo hecho de que no se cumpla con un supuesto de hecho explícitamente regulado, de ninguna manera permite concluir de manera tajante que no se aplicará esa consecuencia jurídica, porque ella puede ser resultado de la aplicación de cualquier otra premisa no regulada en esa norma sino en otra (o implícita en el ordenamiento, o en la naturaleza de las cosas)¹⁹. De ello se deriva que, producida la consecuencia jurídica, no por ello cabe presumir que el supuesto de hecho se produjo necesariamente. Es decir, es absolutamente incorrecto concluir que, dada la norma “si A entonces B”, la verificación de “no-A” implique necesariamente “no-B”, ya que B puede perfectamente ser la consecuencia también de C, D o E. O, en palabras de de Trazegnies: “En el caso de que una persona tenga gripe (*tatbestand*), debe administrársele aspirina (*rechtsfolge*); pero de ello no se sigue que solo la persona que tiene gripe debe tomar aspirinas; a la persona que no tenga gripe pero que sufra de simple dolor de cabeza puede también administrársele la aspirina”²⁰. Asimismo, dado el mismo contenido normativo “si A entonces B”, que se produzca B no

implica necesariamente que se haya producido A²¹. Y es que, como señala Mixán, si bien “cuando una premisa de un argumento es una proposición implicativa, afirmar el antecedente exige afirmar el consecuente” y “si una premisa de un argumento niega el consecuente de la otra premisa, el antecedente debe ser negado en la conclusión”, lo cierto es que “cuando se produce el sentido contrario en cada una de dichas reglas, se incurre en incorrección”²².

En efecto, y parafraseando al autor citado, (i) “si A entonces B” y se verifica que A, entonces puede afirmarse válidamente que se producirá la consecuencia B; y (ii) bajo el mismo enunciado normativo, si se verifica que no B, entonces puede negarse válidamente que se haya producido A. En cambio, en el primer caso, si se verifica que no A, no puede negarse válidamente que se vaya a producir B (porque podría ser consecuente de otra premisa); y, en el segundo caso, si se verifica que B, no puede afirmarse válidamente que A necesariamente se ha producido (porque B puede ser consecuencia de otra premisa también).

Como señala Rubio: “(...) en el Derecho caben terceras posibilidades que (...) ocurren en muchísimas y variadas situaciones. Esto tiene que ver con lo siguiente: la norma puede establecer un mandato de esta manera: “siempre que A, entonces X” o “solo si A, entonces X”. Pero también puede establecerlo así: “Siempre y solo si A, entonces X”. La diferencia es notoria. Como vimos (...) en los dos primeros casos (...) cabían otras posibilidades normativas. Por tanto, el principio de no contradicción solo puede ser aplicado en las implicaciones recíprocas”²³. Así lo entiende también Mixan Mass –citando a Alice y Morris– cuando afirma: “En general, puede considerarse falaz todo argumento

¹⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 301. Tal vez resulta pertinente preguntarse por qué ello es así, cuando el tercio excluido describe con general acierto el mundo que nos circunda; cuando la fenomenología de la naturaleza solo permite identificar la identidad de los objetos y de los hechos precisamente mediante la no-contradicción. ¿Admite acaso el Derecho la contradicción? ¿Es que el Derecho está tan desvinculado del “mundo real” que no le resulta aplicable una máxima que, en otras disciplinas, permite conocer con éxito y acierto casi cualquier objeto de estudio como es el tercio excluido?. En realidad el principio de no contradicción sí se aplica universalmente a todo el Derecho. Así, pues, en Derecho una cosa y su contraria no pueden ser ciertas a la vez. Es decir, cuando una sentencia –por ejemplo– debe analizar si algo sucedió o no, el tercio excluido (o no contradicción) deviene en ineludible. Realmente solo hace falta expresar de manera completa el principio de no contradicción: nada es y no es a la vez y en el mismo sentido. O sea: “grande” no es “rojo”, pero una cosa roja puede ser a la vez grande. En el caso de la ley ocurre lo mismo: el valor asertivo que pueda tener se mueve en un plano determinado. Ahora bien, mientras que los supuestos de hecho que las normas jurídicas recogen existen en la realidad simplemente, y al margen de que el Derecho los prevea o no, las consecuencias jurídicas solo se verificarán (como tales) en la medida en que exista la regla de Derecho que las imponga como mandato, remedio o sanción que debe derivarse del supuesto de hecho. No preexisten al Derecho, ni se producen al margen de éste. Son, por tanto, una “realidad” creada –o, en el mejor de los casos, inducida– que cuando deba verificarse en los hechos “de la vida real”, se sujeta inexorablemente al principio de no contradicción (o el acusado es recluso en la cárcel, o no lo es).

¹⁹ Por ello, señala COVIELLO: “Recordemos, en fin, cuán falsa es en su generalidad la máxima “*ubi lex voluit dixit; ubi noluit, tacuit*”, y qué criterio tan poco lógico y jurídico muestran los que la invocan tan fácilmente y sin discernimiento alguno, porque esa máxima, si fuera justa no solo excluiría en cualquier caso la interpretación, que es el de buscar la intención del legislador, sometiénosela inexorablemente a la norma del *dixit* (...). Lo mismo debe decirse de las máximas no menos usadas fuera de razón: “*inclusio unius, exclusio alterius*”, “*qui dicit de uno, negat de altero*”, que valen solo con respecto a las disposiciones excepcionales para impedir la extensión analógica, y constituyen el fundamento del llamado *argumentum a contrario*”. COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 85.

²⁰ DE TRAZEGNIÉS, Fernando. Op. Cit. p. 66.

²¹ O, como señala Mixán: “Si mediante una premisa se afirma el consecuente de otra que es una proposición implicativa y se concluye afirmando el antecedente de ésta, se incurre en la falacia de “afirmar el antecedente” o en el paralogismo del mismo nombre. Ejemplo: Si “X” está matriculado en la Facultad de Derecho, entonces es estudiante de Derecho; “X” es estudiante de Derecho. Entonces, está matriculado en la Facultad de Derecho”. MIXAN MASS, Florencio. “Razonamiento Incorrecto: Falacias y Paralogismos”. En: THEMIS-Revista de Derecho 31. 1995. p. 136.

²² Ibidem.

²³ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. pp. 301-302.

que en una premisa niega el antecedente de la otra, y luego pasa a negar el consecuente de esa premisa en conclusión. De la negación del antecedente, no puede en absoluto inferirse nada acerca del consecuente (...). En estos casos de incorrección la conclusión no fluye de manera inexorable de las premisas, y la veracidad de la conclusión queda determinada (puede ser verdadera como puede ser falsa, es cuestión de verificarla); pero “cuando se trata de juicios que expresan una relación bicondicional no existe peligro de incurrir en falacia en estos casos”²⁴. En efecto, y como se desprende de lo anterior, la argumentación a contrario es perfecta e inequívoca cuando la regla de Derecho que se quiere aplicar (a contrario) tiene la siguiente estructura: “Si y solo si A, entonces B”. En ese caso es perfectamente inobjetable concluir que, verificado sea que no A, entonces no B: la consecuencia jurídica prevista no se aplicará, porque el Derecho excluye toda otra posible causa para su aplicación. B es la consecuencia jurídica exclusiva y excluyente del supuesto de hecho A.

Nótese que no es éste un capricho retórico ni un automatismo formal. Lo que en el fondo entraña esta constatación es que cuando la ley está planteada con ese rigor, resulta incuestionable que la voluntad legislativa ha sido, precisamente, que la consecuencia B solo se produzca cuando la premisa A se verifica. Por tanto, está claro que si no se verifica esa premisa, resulta cierto que el legislador quiso que la consecuencia jurídica fuera no B. Pero esto no pasa cuando la vinculación entre premisa y consecuente es una simple implicación “si A, entonces B”.

Conviene reparar en que un enunciado bicondicional vincula antecedente y consecuente, desde el punto de vista lógico, mediante una implicación o condicionalidad a la vez necesaria y suficiente. Así pues, “la implicación recíproca supone los términos esquemáticos siguientes: siempre y solo si S, entonces C”²⁵; vale decir, una condición necesaria y suficiente. Por el contrario, las normas simplemente implicativas –es decir, aquellas cuya condicionalidad va en un solo sentido– contienen típicamente una condicionalidad suficiente, y una “consecuencialidad” –si se quiere– necesaria. Es decir, en una estructura normativa típica “Si A, entonces B”, A es condición suficiente (pero no necesaria) para B y B, a su vez, es consecuencia necesaria de A, que no es lo mismo que condición necesaria para A.

La condicionalidad necesaria es aquella que supone que la premisa producirá la consecuencia si se cumplen, además, otras condiciones necesarias²⁶. La condición necesaria entonces, para estar completa, debe leerse así “solo si A–además de otras condiciones– entonces B”. En efecto, si retiramos la digresión entre guiones, podríamos estar no ante una condición necesaria, sino ante una condición necesaria y suficiente, vale decir, ante una implicación recíproca o bicondicional: “Solo si A entonces B” permite razonablemente presumir –si no se manifiesta la insuficiencia– que ese “solo” implica un “siempre”.

Como ha quedado dicho líneas arriba, la argumentación a contrario es incuestionablemente válida para enunciados bicondicionales, es decir, los que consagran una causalidad necesaria y suficiente. Cabe indicar ahora que el argumento a contrario funciona también, en todos los casos, para los enunciados normativos con una condicionalidad necesaria pero no suficiente. Veamos. Dado un (infrecuente) enunciado de causalidad necesaria como el mencionado anteriormente “Solo si A –además de otras condiciones–, entonces B” (cuyo texto entre guiones puede, por cierto, ser implícito), la verificación de que no se produzca A –argumento a contrario– excluye necesariamente que se vaya a producir la consecuencia B, incluso si las demás condiciones necesarias (y desconocidas, al menos en el enunciado mismo) se verificaran. Ello porque la causalidad necesaria pero no suficiente supone una relación copulativa entre todas las condiciones necesarias: B se producirá en la medida en que todas las condiciones se verifiquen. Basta que una no se verifique para que B no sea una consecuencia cierta. Por tanto, en este tipo de vinculación lógica, es válido concluir que, si no llegase a producirse A, entonces no se verificará la consecuencia B (incluso cuando A sola no baste para causar B). De ello se desprende que la argumentación a contrario está estrechamente ligada a la condicionalidad necesaria. Es decir, aplica válidamente cuando hay bicondicionalidad (condicionalidad necesaria y suficiente) y cuando hay solo condicionalidad necesaria, pero no aplica válidamente cuando hay solo causalidad suficiente. La clave de la argumentación a contrario, entonces, es la condicionalidad necesaria. Siempre que haya una relación de necesidad entre la premisa y la consecuencia jurídica se puede argumentar a

²⁴ MIXAN MASS, Florencio. Op. Cit. pp. 136-137.

²⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. p. 111.

²⁶ A la condicionalidad suficiente, Marcial Rubio la llama “implicación extensiva” (siempre que A entonces B); a la necesaria, “implicación intensiva” (solo si A entonces B) y a la bicondicionalidad, “implicación recíproca” (siempre y solo si A, entonces B). Sin embargo, nótese lo fácil que es confundir, así planteadas las cosas, la “implicación intensiva” con la “recíproca”. En ese “solo si A” de la implicación intensiva es fácil presumir la suficiencia de la premisa. Por ello, es importante recalcar que la implicación intensiva o condicionalidad meramente necesaria (pero no suficiente) lleva necesariamente implícita su insuficiencia, es decir, la mentada necesidad de que se cumplan otra u otras condiciones necesarias no contenidas en ese enunciado normativo (sino en otro, expreso o tácito). De lo contrario será una implicación recíproca.

contrario válidamente y extraer conclusiones correctas.

IV. EL TEST DE CONDICIONALIDAD NECESARIA

Como apunta Marcial Rubio con acierto, las normas jurídicas rara vez tienen una estructura explícitamente bicondicional, o de implicación recíproca²⁷. Hemos visto también, líneas arriba, que la estructura completa de una condición necesaria pero no suficiente podría ser incluso más exótica e improbable de encontrar que una norma con una implicación recíproca –pues este tipo de condicionalidad, para ser explícita debería hacer provisión manifiesta de su insuficiencia–.

Por el contrario, lo cierto es que las normas jurídicas suelen ser implicaciones simples o de condicionalidad meramente suficiente, del tipo de las utilizadas en los ejemplos anteriores de este artículo: “Si A, entonces B”. ¿Quiere decir esto que la interpretación a contrario ha de restringirse a las normas explícitamente vinculadas por condiciones necesarias (ya sea necesarias y suficientes o solo necesarias pero no suficientes)?

Según Rubio “(...) es tarea del agente aplicador del Derecho desentrañar el asunto en cada caso para según ello, aplicar el argumento a contrario”²⁸. De ello se desprende que habría casos en que la argumentación a contrario podría ser válida para normas que no hagan explícita su estructura bicondicional o “necesariamente-condicional”. Esto sugiere, entonces, que existen normas que son implícitamente bicondicionales y otras que contienen una condicionalidad necesaria implícita. Sobre esto afirma de Trazegnies (citando a Georges Kalinowski) que “el *argumentum a contrario* se basa en la introducción dentro de la regla de la expresión “solo” o “únicamente” u otra similar, suponiendo que el legislador la ha dejado sobreentendida”²⁹. Nótese que “solo” –sinónimo de “únicamente”– es expresión de condicionalidad necesaria (o como la llama Marcial Rubio, de implicación intensiva: “solo si A, entonces B”³⁰). Ahora bien, como continúan razonando los autores citados, “el problema de interpretación estriba en determinar cuándo es legítimo suponer que el legislador ha dejado sobreentendido un adverbio limitante”³¹.

Es en este punto que cobran relevancia y aclarador sentido las palabras del maestro Coviello cuando señala: “(...) es lícito y justo (usar el argumento a

contrario) cuando se trate de disposiciones de índole excepcional; porque entonces se encuentra su fundamento lógico en el principio “*exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*”: fuera de los límites en que está colocada la excepción, no puede hallarse más que la regla, la cual, por la fuerza de las cosas, es contraria a la excepción. Por lo cual antes de recurrir a tal argumento, es necesario indagar la índole de la norma que se quiere interpretar: solo cuando ésta resulte excepcional frente a un principio de derecho, expreso o implícito, en el sistema legislativo, pero siempre diverso del que quiere inferirse, el argumento a contrario puede dar resultados satisfactorios. (...) Por lo tanto, el argumento a contrario, en general, es válido, cuando se emplee para deducir de una norma excepcional una norma general, que se refiera a casos no contemplados ni por la letra, ni por el espíritu de la ley, aunque presenten grandes semejanzas con los previstos por la norma”³².

En efecto, nótese que la fórmula “solo si” (que denota condicionalidad necesaria) establece siempre y necesariamente excepcionalidad, pues ninguna regla general puede ser planteada con ese cuantificador excluyente; por el contrario, las reglas generales pueden reducirse (casi) siempre a una fórmula “si A entonces B”, es decir, a una condicionalidad suficiente.

De lo anterior se puede concluir que no cabe argumentación a contrario para normas de alcance general, ni para normas que contienen una condicionalidad meramente suficiente; y en cambio sí cabe para normas excepcionales o que contengan una condicionalidad necesaria (incluyendo condicionalidad recíproca).

El criterio de la excepcionalidad, entonces, deviene en determinante para establecer si una norma contiene implícita una condicionalidad necesaria, y por tanto para saber si puede ser materia de argumentación a contrario. Ello significa que no basta un análisis meramente formal del enunciado normativo para determinar si la norma es interpretable a contrario; cuando no sea posible desentrañar de su estructura lógico-formal una condicionalidad necesaria, habrá que atender a su sustancia para poder determinar si su carácter es verdaderamente excepcional (y deducir la condicionalidad necesaria implícita). Esto requiere un conocimiento profundo y sustantivo de la disciplina del Derecho, y del ordenamiento (o subordenamiento)

²⁷ RUBIO CORREA Marcial. Op. Cit. p. 302.

²⁸ Ibidem.

²⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 67.

³⁰ Ver nota 26 *supra*.

³¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. Op. Cit. p. 67.

³² COVIELLO, Nicolás. Op. Cit. p. 90.

jurídico en el que se ubica sistemáticamente la norma interpretada³³.

Así pues, siguiendo a de Trazegnies y Kalinowski, cuando una norma no sea de manera explícita “necesariamente-condicional” habrá que establecer si, por su naturaleza sustantiva –derivada de su contenido normativo y de su posición en el sistema jurídico– puede ser parafraseada de manera que, si incluyera el cuantificador “solo” (u otro equivalente)³⁴, la norma conservaría intacto y exacto su sentido normativo. De ser afirmativa la respuesta, la norma podrá ser válidamente interpretada utilizando la argumentación a contrario.

Ciertos principios generales del Derecho, o principios inherentes a ciertas ramas del Derecho, pueden ser muy útiles para determinar la excepcionalidad (o condicionalidad necesaria) implícita en las normas jurídicas. En general, resulta funcional centrar la cuestión en la pregunta acerca de si el contenido normativo inferido mediante argumentación a contrario de la norma es la excepción o la regla en el ordenamiento al que pertenece la norma que se quiere interpretar.

Así, entonces, si estamos ante un ordenamiento en el que la normalidad es la permisividad de conductas o la libertad de transigir (reglas dispositivas), entonces una norma explícitamente permisiva no puede ser válidamente interpretada a contrario para inducir de su texto una prohibición implícita. Ello, porque la norma interpretada a contrario no tiene un carácter excepcional dentro de ese ordenamiento permisivo. Planteado el mismo razonamiento en términos de lógica formal, la norma en cuestión no podría ser parafraseada en términos de una condicionalidad necesaria que se lea “solo cuando se verifique tal supuesto de hecho, la consecuencia jurídica será la permisividad de tal otra conducta”, porque en tal caso se estaría prohibiendo por implicación y por principio. Ello, pues, traicionaría la naturaleza normativa de la regla

en cuestión, cuyo texto explícito no contiene condicionalidad necesaria y cuyo contexto jurídico no permite inferir que se pretenda permitir algo solo excepcionalmente (pues se presume que se permite por principio). Este sería el caso, por ejemplo, del Derecho Civil, que tiene naturaleza dispositiva y en el que la prohibición de las conductas (o inalienabilidad de las normas) es la excepción³⁵. Por tanto, en esta rama del Derecho –y otras de Derecho Privado que se basan en la autonomía privada– las normas que autorizan conductas no deberían –como regla general– ser interpretadas a contrario a menos que contengan una condicionalidad necesaria explícita, ya que en estos campos el principio general es “nadie está prohibido de hacer lo que la ley no prohíbe”. Por el contrario, las normas que prohíben conductas –que sí son excepcionales en este ordenamiento– sí pueden ser interpretadas a contrario en el Derecho Civil (y en los demás ordenamientos permisivos o dispositivos), ya sea que contengan una condicionalidad necesaria explícita o implícita. Así, en estos ordenamientos, si no se verifica el supuesto de hecho de una norma prohibitiva, puede concluirse válidamente que tampoco debe producirse la consecuencia jurídica prohibitiva y, por tanto es correcto argumentar a contrario³⁶.

Asimismo, y por otra parte, cuando se trata de normas que regulan –por ejemplo– las funciones y prerrogativas del Estado y sus órganos u organismos, así como sus potestades punitivas, sancionadoras y tributarias (y en general todas las formas de limitación de la libertad individual desde el Estado o la colectividad), la regla general es la prohibición implícita de intervenir excepto cuando una norma explícita lo autorice (ya que el Estado solo hace lo que está explícitamente facultado a hacer, en virtud de los principios de competencia reglada y legalidad). Por tanto, si una norma prohíbe al Estado determinada conducta, solo podrá ser interpretada a contrario si es que contiene una condicionalidad necesaria explícita. Si no la tiene, no se puede inferir –a contrario– una autorización al Estado para actuar cuando no se cumpla el supuesto de hecho,

³³ Como señala Du Pasquier, “decidir si dos hechos deben producir las mismas consecuencias de derecho, no es problema lógico, sino axiológico, ya que supone un juicio de valor sobre aquellos”. DU PASQUIER, Claude. Op. Cit. p. 233.

³⁴ Para efectos de establecer un *test* de aplicabilidad de la argumentación a contrario es mejor uniformizar el funcionamiento del mecanismo con la introducción de un único elemento, en este caso la palabra “solo”.

³⁵ Esto podría no abarcar los libros de Familia y Sucesiones del Código Civil peruano, cuyo actual contenido resulta más bien harto intervencionista y consagra una generalidad de normas inalienables antes que dispositivas.

³⁶ La interpretación a contrario (y el mecanismo acá propuesto) es por cierto igual de válida y tiene las mismas limitaciones para la ley que para los negocios jurídicos privados. De hecho, la ley informa todo el razonamiento de aplicación del argumento a contrario a un negocio jurídico (por ejemplo, porque solo en la naturaleza de la ley aplicable pueden residir las cuestiones sustantivas que deben tomarse en cuenta para decidir si un argumento a contrario es válido más allá de la cuestión formal: la verificación de la condicionalidad necesaria implícita dependerá de los derechos que se transen en el negocio, y ello depende en última instancia de la ley). En el fondo la interpretación y la integración apuntan a lo mismo en la ley que en el negocio jurídico: a determinar si debe primar la voluntad implícita o la declaración explícita. Si bien en el campo de los negocios jurídicos hay voluntades tácitas irrelevantes que deben ser amparadas, el peligro es –con ese pretexto– imponer voluntades presuntas, fictas o ficticias, que finalmente –en el caso de restringir derechos– estarían vulnerando, por la vía de la interpretación de los negocios jurídicos, lo que la ley no permite vulnerar por la vía de la aplicación –interpretación, integración– de la ley. Por tanto, no veo razón para que la interpretación a contrario de negocios jurídicos sea más laxa o permisiva que cuando de la ley se trate. En uno y otro caso habrá que buscar la condicionalidad necesaria (implícita o explícita, lo cual dependerá del ordenamiento –en el caso de la ley– y de la naturaleza de los derechos –en el negocio jurídico–) para determinar si cabe la interpretación a contrario.

porque ello traicionaría la naturaleza normativa de la regla, cuyo contexto jurídico no permite inferir que la norma pretenda prohibir una intervención estatal solo excepcionalmente. Por el contrario, la prohibición implícita de tal intervención es la regla general en estos ordenamientos, debido a los principios garantistas propios de la democracia liberal que imponen limitaciones a la actuación del Estado para evitar el atropello sistemático a los individuos.

Esta lógica es aplicable –evidentemente– al Derecho Administrativo, al Derecho Administrativo Sancionador, al Derecho Tributario y, sobre todo, al Derecho Penal. En los ordenamientos antes nombrados, entonces, tratándose de facultades de la Administración –para intervenir, limitar libertades de todo tipo o sancionar–, es válido interpretar a contrario solo aquellas normas que tienen una condicionalidad necesaria explícita, y aquellas que –sin tenerla– permiten la intervención estatal (para concluir que si no se cumple el supuesto de hecho, no es válida la intervención y prevalece la libertad). En tales casos, es válido concluir que basta con que no se cumpla el supuesto de hecho para que la consecuencia (intervencionista, prohibitiva contra el individuo) tampoco se aplique. En cambio, si la norma prohíbe la intervención estatal o permite alguna conducta privada, no es posible argumentar a contrario para inferir que si no se cumple el supuesto de hecho, el Estado está permitido de intervenir, o el privado prohibido de actuar.

De todo lo anterior se desprende entonces, que para determinar si un aserto normativo cualquiera puede ser interpretado a contrario, éste debe ser sometido a un *test* de condicionalidad necesaria (explícita o implícita). Ese *test* podría ser planteado en los términos siguientes:

1. Determinar si la norma vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita (sin importar si la condición es, además, suficiente o insuficiente). ¿La norma exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente (solo, o en conjunción copulativa con otros) para que sea de aplicación la consecuencia jurídica? Si la respuesta es positiva, la norma admite argumentación a contrario y por tanto basta que no se verifique el supuesto de hecho para que no sea aplicable la consecuencia jurídica. Si la respuesta a la pregunta anterior es negativa, y esa condicionalidad necesaria no es explícita, habrá que determinar si ésta es implícita (ver paso 2).
2. Determinar si la norma vincula su supuesto de hecho y su consecuencia jurídica mediante una condición necesaria implícita. ¿Tiene la consecuencia jurídica

naturaleza excepcional dentro del ordenamiento en que se ubica la norma?. ¿Es la consecuencia jurídica de naturaleza prohibitiva en un ordenamiento permisivo, o de naturaleza permisiva en un ordenamiento prohibitivo? Al parafrasear la norma introduciendo el adverbio “solo” en la condicionalidad que vincula premisa y consecuencia ¿mantiene dicha paráfrasis el contenido normativo o lo desnaturaliza? Si la respuesta a las dos primeras preguntas es afirmativa, y si la paráfrasis mantiene, en lugar de desnaturalizar, el contenido normativo de la regla interpretada, la norma contiene implícita una condición necesaria y es por tanto válida la argumentación a contrario.

3. Si, a la luz de los dos pasos anteriores, no se puede concluir que haya una condición necesaria explícita o implícita contenida en la norma –porque la introducción del adverbio “solo” sí desnaturaliza su contenido normativo, porque no es una norma excepcional, porque su consecuencia es permisiva en un ordenamiento permisivo, o prohibitivo en uno prohibitivo–, entonces la norma no puede ser interpretada válidamente a contrario.

V. ARGUMENTACIÓN A CONTRARIO EN EL CASO YANACocha

Hace ya varios lustros reflexionaba Fernando de Trazegnies a propósito de la argumentación a contrario: “los juristas (...) creemos saber mucho de lógica, cuando no sabemos más que el hombre común; con toda la posibilidad de errores que el saber vulgar importa. Y es entonces cuando pontificamos sobre el Derecho; recortamos posibilidades de sentido a las normas o creamos relaciones de necesidad ahí donde solo existe una mera afinidad; obligamos a las partes contratantes a que quieran lo que no quisieron; prohibimos conductas que son lícitas y útiles”³⁷.

Tal como se aplicó la supuesta argumentación a contrario que pretendió fundamentar, en parte, la solución a la controversia que suscitó hace algunos años el famoso caso “Yanacocha”, tal reflexión parece una suerte de profecía autocumplida. En efecto, como ha quedado señalado en la introducción de este trabajo, la jurisprudencia que quedó sentada a raíz del mencionado caso precisamente obligó a las partes a querer lo que no quisieron –cumplir con un supuesto derecho de preferencia indirecto que nunca fue pactado–, y prohibió conductas lícitas y útiles.

Veamos, entonces, por qué la alegada argumentación a contrario en el caso Yanacocha deviene en espuria.

El artículo decimoprimer del Estatuto de Minera Yanacocha S.A. establecía lo siguiente:

“La transmisión de las acciones deberá ser comunicada por escrito a la sociedad para ser anotada en el Libro de Registro de Acciones. Excepto en los casos de Transferencia por causa de muerte, anticipo de herencia, terminación de sociedades conyugales y de reorganización de las sociedades tenedores de las mismas en favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios, el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad conforme al siguiente procedimiento:

(...) La comunicación antes indicada deberá ser puesta en conocimiento de los demás accionistas (...) Los accionistas tendrán el derecho de adquirir las acciones ofertadas a prorrata de sus tenencias en el capital social.

(...)

Igualmente, el derecho de preferencia resultará de aplicación en los casos de aporte de las acciones a sociedades que no sean controladas por el accionista transferente o sus socios en caso de ser éste persona jurídica”³⁸.

Estas provisiones estatutarias fueron interpretadas en sede judicial de la siguiente manera:

“(...) el mismo dispositivo establece la procedencia del derecho de preferencia a favor de los demás socios en caso de reorganización de las sociedades tenedoras de las acciones de Minera Yanacocha, en cuyo supuesto, sin transferirse formalmente las acciones de Minera Yanacocha, se transfirió el control de aquélla a favor de otra empresa no controlada por el socio transferente; (...) es del caso precisar que esta última estipulación se desprende de una interpretación “*contrario sensu*” de la norma estatutaria –lo que resulta válido dado que la regla general es la existencia del derecho de preferencia– (...), de donde se deduce que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones –MINE OR S.A.– a favor de otra sociedad no controlada por el mismo accionista, como ha sucedido en el caso de autos; que a mayor abundamiento, la norma estatutaria no exige como requisito para la procedencia

de la preferencia, el que como consecuencia de la reorganización se transfieran las acciones de Yanacocha, por cuanto su contenido es más extenso, pues basta que se produzca la reorganización de la sociedad tenedora de las acciones a favor de otra no controlada por el mismo accionista, con prescindencia de que se produzca o no una transferencia formal de las acciones de Yanacocha (...)”³⁹.

Sometida la sentencia anteriormente citada a un recurso de casación, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República sostuvo su validez, y afirmó:

“Que la interpretación *contrario sensu* no está prohibida por el artículo cuarto del Título Preliminar del Código Civil y además es una herramienta de hermenéutica jurídica distinta de la analogía, pues la primera supone la existencia de una norma mientras que se recurre a la segunda como mecanismo de integración ante el defecto o deficiencia de la ley; (...) Que, a mayor abundamiento, la acotada norma de derecho material prohíbe la analogía respecto de leyes y no a normas estatutarias”⁴⁰.

Como hemos visto, la judicatura –en sus diversas instancias– ha seguido un razonamiento en virtud del cual concluyó: (i) que el artículo 11 del estatuto de Yanacocha establece como regla general que la transferencia de sus acciones genera un derecho de preferencia a favor de los demás accionistas; (ii) que dicho artículo prevé cuatro excepciones, verificadas las cuales no se producirá el referido derecho de preferencia; a saber, a) muerte; b) anticipo de herencia; c) terminación de sociedades conyugales y; d) reorganización de las sociedades tenedoras de acciones (en virtud de la cual se transfieran acciones a favor de otras sociedades controladas por los mismos accionistas o socios); (iii) que dichas excepciones son excluyentes; *ergo* en todo otro supuesto la transferencia –no solo de acciones de Yanacocha, sino también del control de las sociedades tenedoras de dichas acciones– sí resulta aplicable el derecho de preferencia mentado; (iv) que no se transfirieron acciones de Yanacocha “formalmente” o “directamente”; (v) que, en cambio, se transfirió el control societario de sociedades que a su vez eran tenedoras de acciones de Yanacocha (acaso para burlar el derecho de preferencia); (vi) que como

³⁸ Escritura Pública de Constitución de Minera Yanacocha S.A. otorgada por Societé d’Etudes, de Recherches et d’Exploitations Minières-Serem, Compañía Minera Condesa S.A. y Newmont Second Capital Corporation con fecha 14 de enero de 1992, ante Notario Público de Lima, doctor Julio Antonio del Pozo Valdez (fojas 655-658).

³⁹ Resolución sin número de fecha 14 de febrero de 1997, contenida en el expediente 578-96. Por el contrario, la vocal Encinas Llanos resolvió en su voto singular: “(...) Que, no cabe la interpretación sobre la intención de las partes cuando ello no fluye de lo expresamente pactado; (...) Que del acuerdo marco y de sus modificaciones no se establece la transferencia de la titularidad de las acciones de Yanacocha (...) Que, en consecuencia la cláusula de preferencia solo se activa cuando exista una venta o transferencia directa de las acciones, que en el caso de autos no ha sucedido, pues se llega al convencimiento de que solo se ha pactado la cláusula de preferencia por la transferencia de las acciones de la Compañía Minera Yanacocha y no por la modificación accionaria de los tenedores de las acciones de ésta.”

⁴⁰ Casación 461-97 de fecha 3 de junio de 1998, contenida en el expediente.

tal reorganización de sociedades no transfirió las acciones a una sociedad controlada por el mismo accionista o socio (en este caso, de manera indirecta, el accionista denominado BRGM), no es de aplicación la excepción d) del punto (ii) anterior; y, (vii) que por no ser tampoco de aplicación ninguna de las otras tres excepciones (no copulativas), no se aplica ninguna excepción, y por tanto se aplica la regla general; la cual –como se ha visto en el punto (i) anterior–, es que toda transferencia genera derecho de preferencia.

Desde luego, la circularidad del razonamiento sintetizado en el párrafo anterior contiene un truco que invalida su aplicación. Veamos.

En primer lugar, hemos de identificar la norma que se interpreta a contrario. Ésta evidentemente ha de ser el artículo 11 del estatuto de Yanacocha. Apliquemos ahora el *test* de condicionalidad necesaria. El paso uno sugiere que preguntemos: la norma en cuestión ¿vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita?. ¿Exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente para sea de aplicación la consecuencia jurídica?. Como la norma es compleja, hay varios supuestos de hecho y varias consecuencias jurídicas, vinculadas en relación de oposición, o de excepción; es decir, la norma consagra un contenido normativo general (derecho de preferencia) y un contenido normativo excepcional (excepción al derecho de preferencia). Vayamos de atrás para adelante. Comencemos por la excepción. La norma establece: “Excepto en los casos a, b, c y d, el accionista que se proponga transferir sus acciones deberá comunicarlo por escrito a la sociedad conforme al siguiente procedimiento (que desemboca en un derecho de preferencia)”. Esto equivale a decir: “solo en los casos a, b, c y d no habrá preferencia”. Por tanto, estamos ante un contenido normativo excepcional, ante una norma que contiene una condicionalidad necesaria. Podríamos, entonces, parafrasear esta parte del artículo 11 del estatuto de Yanacocha de la siguiente manera: “solo si a, b, c o d (que no son copulativos) no habrá derecho de preferencia”. Es decir, cada uno de los cuatro supuestos excepcionales del artículo 11 es una condición necesaria para que no haya derecho de preferencia. El artículo 11, pues, genera una regla general que consiste en la aplicación de un derecho de preferencia, pero siempre que haya transmisión o transferencia de acciones de Yanacocha, y los supuestos excepcionales exceptúan (valga la redundancia) de esa preferencia en los casos particulares que describen. Por tanto, es una norma que sí puede ser interpretada a contrario. Nótese que esta constatación no basta para concluir que la interpretación a contrario a la que arribó la judicatura sea válida. Veamos, pues, ahora cómo sonaría la correcta interpretación a contrario de esta provisión estatutaria.

Si la norma parafraseada tiene consecuencia negativa (solo si a, b, c o d, entonces no P), el argumento a contrario, al verificar que no se producen los supuestos de hecho, debe negar un consecuente negativo y la doble negación es afirmación, por tanto esta argumentación a contrario implica que “ya que ni a, ni b, ni c ni d, entonces p”. Es decir, sí debe producirse la preferencia prevista. Ahora bien, la pregunta del millón es ¿cuál es esa preferencia prevista? (y acá radica el error en el razonamiento de la judicatura).

La única preferencia prevista es la que se menciona en el primer párrafo o encabezado así como en el segundo párrafo del artículo 11° del estatuto de Yanacocha que, como se recuerda, aluden a la transmisión y transferencia de acciones de Yanacocha. La regla aparentemente general a la que se llega a contrario de las excepciones a, b, c y d (el derecho de preferencia) es a su vez una excepción a una normalidad anterior, que es la libre transmisibilidad de las acciones. Por tanto, la regla que consagra el derecho de preferencia es a su vez susceptible de ser interpretada a contrario. Veamos. El artículo 11 señala “La transmisión de las acciones deberá ser comunicada por escrito a la sociedad para ser anotada en el Libro de Registro de Acciones (y desembocar en un derecho de preferencia)”. Apliquemos ahora nuevamente el *test* de condicionalidad necesaria: la norma en cuestión ¿vincula al supuesto de hecho y la consecuencia jurídica mediante una condición necesaria explícita? ¿Exige que el supuesto de hecho se verifique necesariamente para sea de aplicación la consecuencia jurídica? Parece claro que no contiene cuantificador o adverbio “solo” u equivalente, por tanto no hay una condicionalidad necesaria explícita. Procedamos entonces a aplicar el paso 2 para buscar una condición necesaria implícita. ¿Tiene la consecuencia jurídica naturaleza excepcional dentro del ordenamiento en que se ubica la norma? ¿Es la consecuencia jurídica de naturaleza prohibitiva en un ordenamiento permisivo? La respuesta es sí. Al parafrasear la norma introduciendo el adverbio “solo” en la condicionalidad que vincula premisa y consecuencia ¿mantiene dicha paráfrasis el contenido normativo o lo desnaturaliza? La respuesta es que sí mantiene su contenido normativo intacto, no se desnaturaliza en absoluto, porque se trata de una norma excepcional: un derecho de preferencia no puede ser la generalidad en un ordenamiento que, como el societario, el mercantil y el civil (todos los cuales informan la materia en cuestión) consagra como regla general la libre transmisibilidad de las acciones en la generalidad de los casos. Por tanto, esta norma puede ser interpretada a contrario. Ya que la estructura de la norma es: “Solo la transferencia de acciones debe ser comunicada a la sociedad (y desemboca en un derecho de preferencia)”, entonces su lectura a contrario debe ser “Ya que no hay transferencia –directa– de acciones,

no hay nada que deba ser comunicado a la sociedad, ni que desemboque en un derecho de preferencia”.

Desde luego, es esta segunda aplicación del razonamiento a contrario la que la judicatura pasó por alto, con desconcertante falta de rigor, induciendo en su lugar toda clase de otras alegaciones acerca de los alcances de las normas que separan a las personas jurídicas de sus miembros (artículo 78 del Código Civil). Mediante ellas, se quiso pasar por alto la evidente limitación que el estatuto de Yanacocha contenía, desde el encabezado de su artículo 11, al referirse única y exclusivamente a las acciones de la propia sociedad denominada Yanacocha. Por ello, si bien cabía razonar que la reorganización de sociedades que implicara transferencia de acciones a sociedades no controladas por los propios accionistas de Yanacocha debía generar derecho de preferencia, el límite de ese razonamiento era que éste era de aplicación siempre y cuando (solo si) tales reorganizaciones transfirieran directamente las acciones de Yanacocha (y no las acciones o el control de sus sociedades tenedoras). Sin embargo, esto último—que fluye con meridiana claridad del propio estatuto— fue completamente desconocido, para inducir un supuesto “derecho de preferencia indirecto”.

Es, acaso, por ello que —al comentar el razonamiento judicial sobre la materia— concluye Espinoza: “Aun compartiendo la decisión de los vocales de la mayoría, discrepo del argumento interpretativo utilizado”. Y es que, como bien explica el propio autor “si la premisa mayor es que las sociedades accionistas de Yanacocha tienen derecho de preferencia; la premisa menor es la excepción contenida en el artículo 11 del estatuto (...) y la premisa menor que se obtiene de la interpretación a *contrario* es que sí existe preferencia en caso se reorganice la sociedad tenedora de acciones (...). No cabe efectuar una interpretación a *contrario* de una premisa menor a otra, máxime cuando la primera premisa es de carácter excepcional, por cuanto el carácter de la premisa que se obtiene no es excluyente”⁴¹.

En otras palabras, ya que el derecho de preferencia —restricción de derechos— es siempre excepcional en el contexto normativo en el que se produce (derecho de

propiedad de las acciones de una sociedad), para concluir su existencia por la vía de una argumentación a contrario, habría que interpretar a contrario una norma general y, como hemos visto, solo son susceptibles de interpretación a contrario las normas excepcionales⁴² (que contienen una condicionalidad necesaria implícita o explícita). También podemos observar que se quiso concluir una regla restrictiva (preferencia indirecta) a partir de interpretar a contrario una norma permisiva (las cuatro excepciones a la preferencia del artículo 11 del estatuto) en un ordenamiento en última instancia permisivo (libre transmisibilidad de las acciones), lo cual —como hemos visto en la sección IV de este artículo— no es correcto porque las normas permisivas en ordenamientos permisivos no son excepcionales y no se deben interpretar a contrario. Por todo ello, el razonamiento a contrario en el caso Yanacocha fue incompleto e incorrecto.

VI. CONCLUSIÓN

Como hemos visto, la ausencia de una doctrina facilitadora de mecanismos para validar la correcta aplicación de razonamientos a contrario —como métodos de interpretación o integración jurídica— puede haber tenido efectos harto nocivos para el Estado de Derecho en el Perú, desde que ha sido ocasión para que cierta jurisprudencia, de gran envergadura y de graves consecuencias, eluda un correcto o completo entendimiento de la disciplina. Con miras a contribuir modestamente a la superación de semejante obstáculo, este trabajo propone un *test* de causalidad necesaria que puede ser de utilidad para determinar cuándo una norma puede ser interpretada válidamente a *contrario sensu*. El *test* consiste en desentrañar si la norma vincula supuesto de hecho y consecuencia jurídica mediante una condicionalidad necesaria, y propone que únicamente cuando tal condicionalidad esté presente, de manera explícita o implícita, será válida la argumentación a contrario. Para tal efecto, se ofrecen algunos criterios para identificar tal implicación según la naturaleza permisiva o prohibitiva de la regla en cuestión y el ordenamiento en que se ubica. En los demás casos —cuando no haya condicionalidad necesaria implícita o explícita— la argumentación a contrario no es válida.

⁴¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “¿Puede aplicarse el artículo IV del Título Preliminar para interpretar las cláusulas de un estatuto?”. En: Diálogo con la Jurisprudencia 50. 2002. p. 67.

⁴² Ver nota 32 *supra*.

KELSEN DE CABEZA: VERDADES Y FALACIAS SOBRE EL CONTROL DIFUSO DE LAS NORMAS POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS*

Alfredo Bullard G.**

Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

En los últimos meses, hemos sido testigos de un debate referido a la posibilidad de que las autoridades administrativas apliquen control difuso. Tal debate se ubica en el medio de dos interrogantes extremas, las mismas que señalan: ¿es posible afirmar que los funcionarios públicos se encuentran facultados para inaplicar cualquier ley con solo señalar que es contraria a la Constitución? Si nos encontráramos bajo el supuesto de una ley abiertamente inconstitucional que limite arbitrariamente los derechos de los ciudadanos, ¿sería posible señalar que una autoridad administrativa se encuentra obligada a ordenar a los particulares el cumplimiento de dicha norma?

Es refiriéndose a dichas interrogantes que el autor realiza un detallado análisis, el mismo que –partiendo de un minucioso estudio de los principios en conflicto– nos presenta con claridad su posición en la materia.

* El autor desea agradecer la valiosa y decidida colaboración de César Higa en la investigación y elaboración del presente artículo.

** Profesor Principal de la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía-ALACDE. Master en Derecho, Universidad de Yale.

I. INTRODUCCIÓN

Primera clase de Derecho en cualquier Universidad. El curso: Introducción al Derecho. El profesor entra al salón, toma la pizarra y dibuja el primer gráfico que los futuros abogados han visto sobre el funcionamiento del sistema legal. El gráfico es un triángulo separado en varios pisos. El profesor dice que es una pirámide, la pirámide de Kelsen.

El alumno aprende así el principio de jerarquía de normas. Según dicho principio, el sistema legal tiene normas de diversa jerarquía. De acuerdo a la pirámide de Kelsen la Constitución está por encima de la ley y la ley, de los reglamentos. Y entre los reglamentos también algunos tienen más rango que otros.

El profesor dice entonces que aprender la pirámide es fundamental para todo conocimiento jurídico posterior. Entenderla para un futuro abogado es casi parte de un rito de iniciación. El principio que la sustenta es tan simple como básico. Si surge un conflicto entre dos normas que ocupan distintos pisos de la pirámide, éste se resuelve dejando de aplicar la que se encuentre más abajo. Como que dos más dos son cuatro. Así, la Constitución prima sobre la ley, la ley sobre los reglamentos y entre estos, los de más jerarquía priman sobre los de menos jerarquía.

Lo dicho es tan obvio que, la verdad, suena aburrido. Todos (al menos los abogados) sabemos que es así. Es una verdad tan básica que todas las demás verdades en el Derecho quedan sometidas a esta primera gran verdad.

Imaginemos a un alumno de ese mismo profesor, solo unos siete u ocho años después de la clase en la que aprendió lo fácil que era aplicar la pirámide bendita. Ahora, gracias a sus buenas calificaciones, que incluyen su excelente nota al recitar de paporrera cómo funciona la jerarquía kelseniana, es nombrado integrante de un órgano administrativo encargado de resolver conflictos entre empresas en el sector telecomunicaciones.

El tema del caso que enfrenta es relativamente sencillo. Un Decreto Supremo ordena a una de las empresas regalarle a la otra el uso de un conjunto de postes sin pago alguno. Según la norma, una empresa que ya hizo la inversión en instalar su red de postes está obligada a ceder la propiedad gratuitamente a la otra

empresa sin compensación alguna. Es, en términos simples, una confiscación por mandato de una norma.

El funcionario recuerda su primera clase de Derecho y descubre que el caso es como que dos más dos son cuatro. Si la Constitución dice que la propiedad no puede ser tomada sin previa compensación y el Decreto Supremo ordena que se regale algo, la norma en cuestión está en conflicto con la Constitución. Y como la Constitución está más arriba en el bendito triangulito, no puede ordenar que se confisque algo en contra de lo que la Constitución manda. Finalmente, se ha comprometido, al asumir el cargo, a hacer cumplir la Constitución y las leyes, y hacer algo distinto es incumplir su compromiso. Además, pasa por su cabeza que si ordena que se tome lo ajeno, y luego se plantea una acción de amparo, se le puede atribuir responsabilidad por haber ido en contra de la Constitución.

Entonces, el asesor jurídico del órgano de decisión del caso (un abogado administrativista por supuesto) le dice que eso no se puede hacer. Le dice que la autoridad administrativa no puede dejar de cumplir con una norma y que el control difuso de la constitucionalidad de un reglamento¹ está en manos exclusivas y excluyentes del Poder Judicial. Entonces, le asaltaron algunas dudas existenciales. Recordaba vagamente en sus clases de Derecho Administrativo haber escuchado algo similar. Sin embargo, no le hizo mucho caso porque no tenía sentido. Era tan absurdo que, o su aburrido profesor de Administrativo estaba equivocado, o él no le había entendido lo que dijo. Era algo así como que el funcionario administrativo debe, al revés de lo que dice Kelsen, preferir la norma que está más abajo a la que está más arriba.

Evidentemente, no podía ser. A Kelsen, a su pirámide básica, a su conocimiento de iniciación, no se le puede poner de cabeza. Nadie puede poner la pirámide de Kelsen "patas arriba" y sostener que se aplica precisamente al revés de como se lo enseñaron.

Y no se trataba solo de un problema de lealtad y mayor cariño al profesor de Introducción al Derecho en relación con el profesor de Derecho Administrativo. Hay un problema de sentido común. Un acto administrativo siempre es revisable por el Poder Judicial. Sí recordaba de su profesor de Derecho Administrativo que uno de los elementos básicos del procedimiento administrativo

¹ Para efectos del presente artículo se entenderá que el control difuso está referido tanto al control de constitucionalidad de las leyes, como al control de los reglamentos frente a las leyes, que es lo que usualmente llamamos control de legalidad. Existe la tendencia a llamar control difuso solo al control de constitucionalidad. Sin embargo, para efectos prácticos, la naturaleza de preferir una norma sobre la otra es una derivación del principio de jerarquía. Si bien la diferencia entre constitucionalidad y legalidad es adecuada, para fines expositivos vamos a colocar ambas situaciones bajo la misma denominación (control difuso), evitando además que se confunda la legalidad como expresión del principio de jerarquía con el principio de legalidad entendido como aquel según el cual la Administración solo puede actuar dentro de las facultades que la ley le otorga.

es, justamente, darle la oportunidad al funcionario de velar por la legalidad de los actos de la Administración y preparar las decisiones para superar el escrutinio judicial. Confiar en sus malos recuerdos revividos por el asesor legal, respecto a poner la pirámide de cabeza, no parece tener lógica. ¿Acaso le está diciendo que los criterios con los que él puede decidir son diferentes a los criterios con los que puede decidir quien va a revisar sus actos? ¿Quiere decir que el sistema legal lo fuerza a cometer un error insubsanable solo para que el juez, al revisar su decisión, lo haga puré por actuar inconstitucionalmente, y él no pueda hacer nada para evitarlo? ¿Quiere decir que está obligado por la Ley a cometer una ilegalidad? ¿Significa entonces que la Constitución lo obliga a actuar inconstitucionalmente?

Su inteligencia le sugiere que en todo esto hay algo raro, algo que no huele bien. Hay una trampa de esas obvias, de esas en las que en la entrada, antes de que uno caiga en ella, tiene un cartel colgado que dice “Esto es una trampa”. Habría que ser muy torpe para dejarse atrapar. Pero resulta que le están diciendo que estamos obligados a caer en ella.

Sin embargo, la convicción con la que otros argumentan que está equivocado le hace dudar de lo evidente, le hace dudar si el profesor de primer ciclo estaba en lo cierto y si el famoso triangulito sirve realmente para algo. Le dicen que la Administración Pública está sujeta al principio de legalidad y por tanto no puede actuar fuera de las facultades que la ley expresamente le confiere. Además, le dicen que la Administración Pública no es una jurisdicción y que si bien administra una suerte de justicia porque resuelve controversias entre particulares, en realidad no administra justicia (¿?). Los órganos administrativos no han sido dotados de las garantías y poderes que se conceden al Poder Judicial. Por ello, para proteger los derechos de los ciudadanos no pueden actuar en defensa de los derechos ciudadanos (¿?). En pocas palabras, ante una norma que consagra una arbitrariedad, están obligados a actuar arbitrariamente.

El funcionario de nuestra historia es colocado “entre la espada y la pared”. Le dicen que si no aplica la Constitución comete una ilegalidad. Pero si aplica la Constitución comete otra ilegalidad. Está condenado, por las buenas o por las malas, a actuar contra la Constitución, a violentarla, a no respetarla.

Cuando lee el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que define

el principio de legalidad, no puede sino quedar aun más perplejo. La norma dice que “Las autoridades administrativas deben actuar con **respeto a la Constitución**, la ley y al Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. Le dicen que de esa norma se desprende que no puede aplicar la Constitución. Pero justo la norma dice que debe actuar con respeto a la Constitución. Se siente entonces víctima de una esquizofrenia irreversible.

La conclusión del funcionario es simple: mejor renuncia y se olvida de este tema. Eso de poner a Kelsen de pie en ocasiones y de cabeza en otras no suena muy lógico. Sin duda, algo debe de estar mal. Mejor dedicarse al Derecho Civil. Finalmente, la pirámide siempre está de pie, sobre su base, en esa rama del Derecho.

La discusión de nuestro ejemplo no es nueva. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia, se discute si los órganos administrativos pueden hacer o no control difuso, esto es, declarar inaplicable una ley porque vulnera la Constitución. Y el tema se ha reavivado con una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional² en la que expresamente se menciona que los órganos administrativos están en posibilidad de realizar control difuso, aunque, la verdad sea dicha, sin establecer cuáles son los límites y parámetros bajo los cuales puede ejercerse ese control.

En esa discusión algunos proponen que dicha actuación sería contraria a la Constitución, mientras que otros proponen que, por el contrario, dicha actuación se realizaría en defensa de la Constitución. Curiosa discusión aquella en la que ambos lados invocan al mismo Dios para decir que una misma acción es, vista de un lado, virtud, y vista del otro, un grave pecado. El mismo acto te lleva al cielo y al infierno según del lado del que lo mires.

Existen funcionarios de carne y hueso que han tenido que enfrentar el dilema del funcionario de nuestro ejemplo. Imaginemos qué sucede si el Congreso promulga un tributo que es claramente inconstitucional porque discrimina a los contribuyentes o porque no cumple con algunos de los requisitos establecidos por la Constitución para su validez. El Tribunal Fiscal ¿debería o no considerarse facultado a inaplicar ese impuesto por inconstitucional? En caso no pudiera, el administrado tendría que ir al Poder Judicial y recién ahí podría cuestionar la validez de ese tributo, luego de un largo proceso y, quizás, hasta del cobro de un

² La Sentencia a la que hacemos referencia es la sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 3 de junio de 2005, en el proceso de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio de Abogados del Cusco, por el Colegio de Abogados del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República. Dicha sentencia fue publicada el 12 de junio de 2005 en el Diario Oficial El Peruano.

tributo inconstitucional. Podrían ser embargados sus bienes, privado de su propiedad, y sujeto a la violación de su derecho, solo porque la Administración Pública está obligada a ser injusta. Pero cuando el caso se ha presentado en la realidad, no es extraño encontrar situaciones en las que los funcionarios han actuado prefiriendo la Constitución sobre otra norma legal.

Así, el Tribunal Fiscal ha expedido diversas resoluciones en las cuales ha realizado juicios constitucionales positivos, tanto de las normas tributarias como del Código Civil, interpretándolas de conformidad con la Constitución en materia del derecho fundamental de la igualdad, a fin de declarar inafectas del impuesto al patrimonio vehicular o al impuesto predial, a las iglesias protestantes en las mismas condiciones que a la Iglesia Católica³.

Otro caso en el que el dilema se presentó ocurrió en un procedimiento concursal administrado por INDECOPI⁴. En este caso, se promulgó un Decreto de Urgencia que declaró la conclusión del procedimiento concursal de una empresa propietaria de un canal de televisión y se dispuso la entrega del canal a uno de sus administradores. En este caso, con dicho Decreto de Urgencia, los acreedores vieron afectados su derecho de crédito, de propiedad y a un debido procedimiento.

La norma era evidentemente inconstitucional, pues se había dictado para favorecer a una empresa específica, y más claramente, a los accionistas de dicha empresa. Así, el 4 de diciembre de 2000 fue publicado el Decreto de Urgencia 110-2000. La norma decía:

“Artículo 1.- Cuando, en los procedimientos de insolvencia seguidos conforme al Texto Unico Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial aprobado por Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI, se demuestre que el acreedor que ha solicitado la insolvencia de una empresa de la actividad de telecomunicaciones está vinculado al deudor, según los criterios del Artículo quinto de la Ley de Reestructuración Patrimonial, quedará concluido el proceso de insolvencia y disuelta la junta de acreedores.

Para efectos de la aplicación de lo dispuesto en esta norma, se requerirá asimismo, que la administración del insolvente esté o haya estado en poder de un administrador judicial y no conste la participación del Directorio y de la Junta General de Accionistas de la empresa deudora en el proceso de insolvencia.

Quedan a salvo los derechos de los acreedores para iniciar un nuevo proceso de insolvencia”.

La norma se había dictado en relación con la Empresa Radio Difusora 1160, titular de un canal de televisión y única empresa de telecomunicaciones del país declarada en insolvencia en la que dicha declaración había sido dictada a solicitud de un acreedor vinculado y había existido además un administrador judicial, administrador nombrado por una resolución judicial que justamente privaba de facultades de actuación a la Junta General y al Directorio. La norma estaba hecha a su medida. La situación provenía del evidente *lobby* efectuado por un grupo de accionistas para evitar el control de la insolvencia por otro grupo de accionistas. Era una ley con nombre propio. Pero además se había dictado, sin mayor explicación, usando un Decreto de Urgencia, sin sustento en situación de urgencia económica alguna, y determinando la inaplicación permanente de la Ley de Reestructuración a un supuesto totalmente específico.

La mayoría del Tribunal de INDECOPI se limitó a aplicar la norma sin evaluar su constitucionalidad. Sin embargo, el autor de este artículo sostuvo una posición contraria y señaló que no cabía aplicar el Decreto de Urgencia porque era inconstitucional. Para ello analizó los problemas que son objeto del presente trabajo, concluyó que la facultad de control difuso sí podía ser ejercida por el Tribunal del INDECOPI y que, siendo claramente inconstitucional el Decreto de Urgencia que ordenaba levantar la insolvencia, correspondía inaplicarlo y preferir la Ley de Reestructuración.

Sin perjuicio de la discusión directa sobre la aplicación del control difuso, los propios funcionarios han encontrado caminos para hacer más o menos lo mismo sin entrar a la discusión de si se puede o no aplicar control difuso. Así, cuando se han encontrado con un texto de dudosa constitucionalidad, han dicho que de dos interpretaciones posibles de una norma se debe preferir aquella que es consistente con la Constitución, aplicando el principio de conservación de normas según el cual el intérprete debe preferir de dos posibles interpretaciones, aquella que conduce a la eficacia y validez de la norma. Ello implica identificar dos posibles interpretaciones, una de ellas constitucional y la otra no. Entonces, el intérprete, en este caso un funcionario de la Administración Pública, usa su facultad de interpretar las normas para descartar aquella interpretación de efectos inconstitucionales y quedarse con aquella que conduce a la vigencia y plena

³ Tribunal Fiscal expedientes 5229-96; 5446-96; 1587-97; 1588-97. Al respecto, ver: LANDA, César. “Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”. En: Pensamiento Constitucional 8. Año VIII. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. pp. 445-461.

⁴ Ver Resolución 0259-2001/TC-INDECOPI, de fecha 16 de abril de 2001.

aplicabilidad de la misma. Así, sin perjuicio de que se discuta si tiene o no facultades para inaplicar la norma, no se le puede negar su facultad de interpretarla. Pero esta salida no resuelve todos los problemas. No resuelve el caso en que no se encuentren dos interpretaciones razonables, siendo una de ellas consistentes con la Constitución y la otra no. Si solo hay una interpretación o, habiendo dos, ambas son inconstitucionales, el dilema no tiene solución vía interpretación. Cuando ello se presenta, la discusión sobre la facultad de ejercer control difuso se torna inevitable.

Pero el tema es aun más complicado. Si admitimos el control difuso, entonces podríamos llegar a la posición maximalista que cualquier funcionario, sin importar su cargo o rango, podría atribuirse la facultad de efectuar dicho control. Un policía o un militar podría atribuirse la facultad de juzgar o condenar a un reo si interpreta que las disposiciones que no le permiten hacerlo son inconstitucionales. Una persona que atiende en una ventanilla en un Ministerio podría negarse a tramitar una solicitud invocando la inconstitucionalidad de una norma que lo obliga a recibirlo. Llevado al extremo, todo el sistema jerárquico de organización del Estado se derrumba porque ya nadie tendría que cumplir lo que su superior dice, simplemente alegando la inconstitucionalidad de la orden dada. La capacidad de desobedecer una ley o un reglamento simplemente alegando que no es constitucional es algo que genera, sin duda, temor, temor que se torna serio cuando el funcionario no está sujeto a reglas de independencia, autonomía y *accountability* claras, y por tanto puede fácilmente convertir su discrecionalidad en arbitrariedad.

II. EL CONSIDERANDO 156 DE LA SENTENCIA DE FECHA 3 DE JUNIO DE 2005 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Quizás sea el temor de tener policías y personas que atienden en la mesa de partes de las entidades administrativas aplicando control difuso lo que ha generado reacciones tan airadas en contra de la tímida referencia que el Tribunal Constitucional ha hecho sobre el tema en la Resolución de fecha 3 de junio de 2005, en particular, en el muy controvertido considerando 156. El considerando en cuestión señala:

“(…) en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no solo tiene la facultad, sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”.

Como se ve, no hay mayor parámetro que la referencia a “manifiesta inconstitucionalidad”, es decir, a un caso

flagrante. Sin embargo, no hay criterios de qué se entiende por manifiesto. Debe destacarse que el considerando está incluido en la sentencia que resuelve las acciones de inconstitucionalidad contra las leyes de reforma del sistema pensionario que eliminó la tristemente célebre Célula Viva, y el considerando se encuentra dentro de un acápite que analiza el deber de la Administración pensionaria de defender y hacer cumplir la Constitución. Con ello, daría la impresión que el Tribunal está sugiriendo una barra de exigencia bastante baja para la aplicación del control difuso.

Sin embargo, ¿ha querido el Tribunal considerar en la misma situación al policía de barrio, al ventanillero del Ministerio, al Viceministro o al Tribunal del INDECOPI o al de la CONASEV? A la fecha, por la parquedad de la sentencia en este aspecto, no lo sabemos. Quizás el Tribunal tampoco lo sabe, o sabiéndolo, ha querido lanzar la idea para medir la temperatura de las reacciones, y reservarse, como lo ha hecho antes, para una futura oportunidad, la definición de los criterios que deben seguirse. Lo cierto es que el considerando 156 parece entrar en contradicción abierta con decisiones anteriores del mismo Tribunal que han negado expresamente la facultad de la Administración Pública de hacer control difuso.

Así, en la Sentencia de fecha 9 de marzo de 2003 el Tribunal estableció que:

“(…) el Tribunal estima que la municipalidad emplazada ha incurrido en un evidente exceso, pues la facultad de declarar inaplicables normas jurídicas conforme a lo que establece el artículo 138 de la Constitución Política, solo se encuentra reservada para aquellos órganos constitucionales que, como el Poder Judicial, el Jurado Nacional de Elecciones o el propio Tribunal Constitucional, ejercen funciones jurisdiccionales en las materias que les corresponden y no para los órganos de naturaleza o competencia eminentemente administrativa”.

De manera similar, en la Sentencia de fecha 16 de octubre de 2002 el Tribunal reconoció que no era necesario agotar la vía administrativa para la procedencia de una acción de amparo, cuando se trata:

“(…) de la inconstitucionalidad del cobro de un tributo y su cuestionamiento en sede administrativa, pues existe jurisprudencia reiterada y constante del Tribunal Fiscal en el sentido de que, en la medida que éste no posee el rango de órgano jurisdiccional, no es competente para declarar la inaplicabilidad de leyes o normas con rango de ley, pues tal actuación contravendría la Constitución”.

La incertidumbre está entonces sembrada y es de esperar que los próximos meses el Tribunal nos dé

nuevos lineamientos (o anuncie nuevas incertidumbres) sobre los alcances del control difuso por autoridades administrativas con el que, parece, empieza a simpatizar.

El presente trabajo pretende abordar el problema y entender qué límites podrían imponerse y cómo. Como resulta obvio, el autor de este artículo concuerda con que la Administración debe tener la facultad de aplicar control difuso, pero no con el hecho de que sea una facultad que pueda ser utilizada indiscriminadamente por cualquier funcionario y en cualquier situación. Como todo poder, requiere límites y parámetros de razonabilidad, que deben ser estudiados con cuidado para no generar problemas más grandes que los que se quieren resolver.

Si bien no se trata de poner a Kelsen de cabeza, tampoco se trata de poner la organización del Estado y el esquema de separación de poderes de cabeza. Se trata de entender cómo lograr un equilibrio que permita un mejor funcionamiento del sistema legal y sobre todo una mejor tutela de los derechos de los ciudadanos.

III. EL PRINCIPIO DE JERARQUÍA VERSUS EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El problema de la viabilidad del control difuso por autoridades administrativas gira en torno al aparente conflicto entre dos principios. El de jerarquía, expresado de manera clara y básica por la pirámide kelseniana, que tiene que ver con la primacía de la Constitución sobre las leyes y las leyes sobre las normas reglamentarias. El de legalidad implica que la Administración Pública solo puede actuar sobre la base de facultades concedidas por la propia ley, por lo que no es posible para una autoridad administrativa salirse de su ámbito. ¿Cómo funcionan estos principios y cómo debe resolverse el conflicto entre ellos?

Sobre la naturaleza de los principios Leguina Lavilla nos dice:

“(…) el Derecho, como ciencia y como arte de lo justo en la regulación de las relaciones sociales, no se agota en la ley o en la norma escrita, sino que, además y ante todo, se expresan en unas reglas primeras que, por un lado, ordenan las instituciones el tejido de las relaciones de convivencia social y, por otro, organizan el sistema jurídico en general”⁵.

Entre estas llamadas “reglas primeras” se encuentran precisamente los principios, entre los que se incluyen los de jerarquía y legalidad. Haciendo una analogía que consideramos válida, el sistema legal es como un *software* relativamente sofisticado en una computadora. Las leyes establecen relaciones entre sí y unos datos llaman a otros, se establecen conflictos y formas de resolverlos. Pero, para correr, el programa de *software* requiere de un sistema operativo, un sistema base que ordena el funcionamiento del *software* sobre ciertos principios operacionales que dan los criterios para resolver los problemas cuando el programa corre. Pero estos principios carecen de sentido en sí mismos. Su valor y sus límites se ven en la operación concreta en la computadora. A veces, los principios se ajustan a las necesidades del programa o sustituyen u orientan las decisiones del mismo. Esas son las normas primeras o principios a los que nos referimos. La aplicación de los mismos principios puede llevar a soluciones diferentes según la naturaleza concreta del problema que enfrentan.

Respecto de los principios, es importante analizar la distinción que realiza Alexy respecto de qué normas serían principios y cuáles reglas. Así, para él, principios serían:

“Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas”⁶.

En cambio, para el mismo autor las reglas serían:

“Normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”⁷.

En ese sentido, se puede decir que si se exige la mayor medida de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla⁸.

La distinción anterior nos sirve para analizar la colisión que puede existir entre los principios y las reglas.

⁵ LEGUINA LAVALLE, Jesús. “Principios generales del Derecho y Constitución”. En: Revista de Administración Pública 114. 1987. p. 8.

⁶ ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de estudios fundamentales. 1987. p. 86.

⁷ Ibid. p. 87.

⁸ ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principio jurídico y razón práctica”. En: Doxa 5. 1988. p. 144.

Cuando colisionan dos reglas, una de ellas se inaplica ya sea introduciendo una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas⁹. Un ejemplo del primer caso es el conflicto entre una norma general y una especial. Por excepción, se aplica la especial sin que ello signifique dejar sin efecto la general. Así, si se crea una tasa a la importación de cereales y por otra norma se crea una tasa a la importación de trigo, si estamos frente a una importación de trigo se aplica la norma especial, sin que la norma que establece la tasa para cereales quede derogada o resulte inválida. Es solo que en ese caso desaparece el conflicto porque se prefiere, por medio de una excepción, la norma especial.

Por el contrario, un ejemplo del segundo caso es el conflicto entre dos normas jerárquicamente distintas, en la que la de mayor jerarquía deja sin efecto la de menor jerarquía. Si la Constitución entra en conflicto con la ley, se entiende que la ley inconstitucional es inválida e ineficaz. Otro ejemplo es la temporalidad, pues si dos normas de la misma jerarquía entran en conflicto, la posterior desplaza e invalida la anterior, de manera que un nuevo Código Civil deja sin efecto el Código Civil antiguo.

Cuando se presenta una colisión de principios, el resultado no es el mismo. En el caso de colisión de principios, uno de los principios cede frente al otro, lo cual no significa que se declare inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias concretas, uno de los principios precede al otro. En otras circunstancias también concretas, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. No hay reglas inmodificables ni totalmente lógicas, si por lógica se concluye que nos lleva siempre al mismo resultado. Por ello, es que Alexy afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el criterio del mayor peso para el caso concreto. En un caso, el principio de no discriminación puede ceder frente al de libertad de expresión. En otras ocasiones ocurre lo contrario. Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; mientras que los de principios se dan en la dimensión de peso para el caso concreto¹⁰. Ello significa que, en algunos supuestos, según las características del problema que enfrentamos, el principio de legalidad debe primar sobre el de jerarquía, de manera que un órgano administrativo no puede preferir la norma jerárquicamente superior, sino por el contrario debe

ajustarse al principio de legalidad. Pero en otras circunstancias puede tener sentido que el principio de jerarquía prime sobre el de legalidad, y que por tanto la autoridad administrativa sí deba entenderse facultada a preferir la aplicación de la jerarquía sobre la legalidad.

Como puede apreciarse, al final la solución a los conflictos entre principios se resolverá en el plano axiológico, esto es, a cuál de los principios en conflicto se le asignará un mayor valor para el caso concreto. Ahora bien, como ya señalamos, para efectos del presente trabajo queremos tratar dos principios que serán claves para entender nuestra propuesta, luego de lo cual entraremos a explicar bajo qué circunstancias uno de ellos puede primar en el caso concreto.

Ello no significa que el conflicto entre principios pueda ser resuelto arbitrariamente en cada situación. Decir que depende del caso concreto no significa dejarlo amarrado a la discrecionalidad de quien decide. Casos semejantes deben ser tratados igual y casos diferentes de manera distinta. Esto significa que debemos identificar una tipología de casos en los que debe primar la jerarquía sobre la legalidad y otros en los que la legalidad debe primar sobre la jerarquía. Lo importante es que las categorías de casos estén agrupadas con un criterio razonable y ordenado que haga predecible el resultado.

Para entender cómo resolver el conflicto entre los principios de jerarquía y legalidad hemos creído conveniente trabajar en torno a la evolución histórica de los mismos para entender sus funciones y racionalidad y así poder determinar su aplicabilidad en cada caso en concreto.

IV. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y JERARQUÍA

El principio de legalidad surgió como respuesta a las arbitrariedades cometidas por el monarca francés:

“(…) la administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; (...)”¹¹.

El Rey era el soberano y no había poder alguno que pudiese limitar su autoridad o la de sus ministros, lo cual desembocó en grandes arbitrariedades. Con el

⁹ ALEXY, Robert. Op. Cit. p. 88.

¹⁰ Ibid. p. 89.

¹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “La Administración Pública y la Ley”. En: THEMIS-Revista de Derecho 40. p. 230.

poder concentrado en el monarca, no es extraño que el principio de legalidad naciera de la mano con el sistema de separación de poderes del Estado.

Así, ante esta situación, una de las consecuencias de la Revolución Francesa fue la de limitar el poder de la Administración, bajo el concepto de separación de poderes, naciendo así el principio de legalidad según el cual: "la Administración sólo puede hacer lo que la Ley le manda".

En sentido contrario, los particulares se rigen por el principio de libertad: "nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe"¹².

Así, la actuación de los gobernantes debía limitarse a exigir el cumplimiento de la ley y, nada más que lo estipulado en la ley, pues ello era garantía de que los derechos de los ciudadanos serían respetados, siempre en el entendido que las leyes eran fruto de la representación popular y por tanto iban a proteger al ciudadano de los excesos del monarca.

Así, la revolución, influenciada por Rousseau, creyó ciegamente en la ley:

"(...) cuando todo el pueblo legisla sobre todo el pueblo, no considera sino a sí mismo, y si establece una relación, es la del objeto entero bajo un punto de vista hacia el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división (del todo). Entonces la materia sobre la cual se legisla es general así como la voluntad que legisla. Es aquel acto llamado ley"¹³.

La ley era producto de la decisión del pueblo entero (voluntad general) decidiendo sobre el pueblo entero, por medio –y esto es igualmente esencial– de normas generales y comunes¹⁴, lo cual significaba que todo órgano público (del Rey para abajo) ejercía solo el poder que la ley había definido previamente, en la medida tasada por la ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia ley establece, y ningún otro poder. Solo la ley manda y todos los agentes, administrativos o judiciales, en cuanto agentes comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de

la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la ley se ha producido y que seguidamente deciden lo que la ley ha determinado previamente como procedente¹⁵.

Sobre el particular, García de Enterría afirma lo siguiente:

"El Derecho Administrativo es un hijo directo de la consagración del sistema revolucionario del "reino de la Ley", el cual supone la legalización completa de toda la acción del Estado sobre los ciudadanos, a quienes únicamente en virtud de la Ley se puede exigir obediencia. En la concepción originaria, la Ley no tendría objeto (art. 4 de la Declaración de Derechos de 1789) que asegurar la coexistencia de las libertades de los ciudadanos entre sí, garantizar, en definitiva, la libertad y la igualdad"¹⁶.

Sin embargo, resulta importante lo que señala de Otto respecto de las condicionantes históricas que sustentaron el principio de legalidad:

"(...) Pero por una serie de razones poderosísimas –entre ellas la existencia de monarquías– en Europa no llega a afianzarse claramente la idea de que esa Constitución escrita es efectivamente una norma jurídica que obliga a los Poderes del Estado y cuya infracción resulta antijurídica. La finalidad garantista del constitucionalismo se persigue por una vía interna –por decirlo así– al aparato de poder del Estado, de modo que el Estado constitucional significa Estado organizado con arreglo a ciertos principios, pero no necesariamente sumisión de los Poderes del Estado a normas situadas por encima de ellos. Por eso, es posible que precisamente el país donde tiene su cuna el régimen constitucional, la Gran Bretaña, ni siquiera tenga una Constitución escrita y se asiente sobre la soberanía del Parlamento, sobre su no sumisión a normas jurídicas; y que en la más clásica realización francesa del régimen constitucional, la III República, la Constitución fuera considerada una ley como cualquier otra que no vinculaba al poder legislativo. El resultado es que la posición suprema en el ordenamiento jurídico corresponderá a la ley (v. §.34)"¹⁷.

¹² La expresión más clara del principio de libertad está en la Constitución Política del Perú:

"Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

(...)"

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Op. Cit. p. 230.

¹⁵ *Ibid.* p. 233.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Democracia, Jueces y Control de la Administración". Madrid: Civitas. Segunda Edición. 1996. p. 40.

¹⁷ DE OTTO, Ignacio. "Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes". Segunda edición. Barcelona: Ariel. 1988. p. 12.

Dentro de este esquema conceptual e ideológico, el estricto cumplimiento de la ley no solo estaba dirigido a la Administración sino que también se exigió al juez que sea solo la boca por la que habla la ley, cuyas palabras debían limitarse a repetirla, sin modificarla. Esto claramente refleja la ideología acerca del poder político del soberano –el pueblo–, en la medida que dicha exigencia constituía un criterio orientado a limitar el poder judicial al momento de interpretar y aplicar la ley¹⁸.

Por ello, no es extraño que en los orígenes de la separación de Poderes tampoco se considerara que el Poder Judicial tenía el control difuso de las normas. El pueblo se expresaba a través de la ley por lo cual ningún órgano –judicial o administrativo– podía modificar la voluntad del pueblo soberano. Esta doctrina actualmente ha sido totalmente superada. El Poder Judicial era antes un mero aplicador de la ley a un caso particular; mientras que la Administración cumplía lo que la ley le ordenaba.

La evolución contraria se dio a través del constitucionalismo americano, en donde la Constitución desde sus inicios tuvo un papel preponderante en su sistema jurídico. En tal sentido, de Otto señala que:

“(…) en el constitucionalismo americano, donde faltan los factores condicionantes que se dan en Europa, resulta claro desde el principio que las normas contenidas en la Constitución escrita son derecho, el derecho supremo del país, al que han de sujetarse los órganos del Estado en el ejercicio de sus poderes, con la consecuencia de que es posible el control de la constitucionalidad del mismo. En palabras del Juez Marshall, que expresan con claridad esta idea, “los poderes del legislativo son definidos y limitados y para que tales límites no se confunden u olviden se ha escrito la Constitución”. La doctrina inglesa de la soberanía del Parlamento no encontró eco y fue sustituida por la clara conciencia de la supremacía jerárquica de la Constitución. Éste es también el sistema que se afianza en el continente europeo a partir del período de entreguerras”¹⁹.

Es por ello que, en Estados Unidos, se desarrolla y consolida la institución del control difuso como expresión del principio de jerarquía de las normas. Esta institución otorga a los “jueces” la facultad para, en un caso concreto y dentro de un “proceso judicial”, inaplicar

una norma que a su criterio consideran inconstitucional o infractora de una norma de jerarquía superior. Esta doctrina alcanza popularidad con el pronunciamiento que emitió el juez John Marshall en el caso *Marbury versus Madison* en los Estados Unidos, consagrando así el llamado control difuso. Al momento de resolver el caso, el juez Marshall señaló que la ley que facultaba a Marbury a solicitar directamente a la Corte la emisión de un *writ of mandamus* que obligue al gobierno a que lo nombre como juez era inconstitucional, pues dicha norma no estaba dentro de los supuestos que preveía la Constitución para que los particulares pudiesen recurrir directamente ante la Suprema Corte.

Cuando en 1803 se sentencia por la Corte Suprema Federal el célebre caso *Marbury versus Madison*, el juez Marshall sostiene que si una ley está en oposición con la Constitución, y ambas se aplican a un caso particular, el tribunal debe decidir: O a) aplicar la ley dejando de lado la Constitución, o b) aplicar la Constitución dejando la ley, es decir, tiene que determinar cuál de las dos normas en conflicto rige el caso²⁰.

El principio lógico de no contradicción dice que ante la posibilidad de que dos normas sean contradictorias entre sí, hay que afirmar que las dos no pueden ser válidas (este principio no nos indica cuál es válida y cual es inválida). Saber qué norma es válida requerirá acudir a un principio que no es lógico-jurídico, sino de ordenación política-jurídica, esto es, el principio de supremacía constitucional: será inválida la norma inferior que esté en pugna con la superior²¹. En otras palabras, cuando existen dos normas contradictorias entre sí y las dos normas se invocan para la aplicación del caso concreto se debe escoger cuál es la aplicable, siendo ésta la de mayor jerarquía. Luego, siempre las normas constitucionales son aplicables por encima de cualquier norma con rango legal. Esta fue la regla establecida en la sentencia del juez Marshall.

En ese sentido, se puede señalar que “(…) sólo hay Constitución como norma cuando el ordenamiento establece que el cumplimiento de esos preceptos es obligado y, en consecuencia, que su infracción es antijurídica. Sólo entonces cabe decir que hay Constitución y que la Constitución escrita es norma, la norma suprema”²². A ello cabe agregar que:

“(…) el constitucionalismo no puede aceptar la aprobación popular como el único, ni siquiera el

¹⁸ FROSINI, Vittorio. “Teoría de la Interpretación Jurídica”. Bogotá: Temis. 1991. p. 2.

¹⁹ DE OTTO, Ignacio. Op Cit. pp. 13-14.

²⁰ BIDART CAMPOS, Germán. “La interpretación y El Control Constitucionales en la Jurisdicción Constitucional”. Buenos Aires: Ediar Sociedad Anónima Editora, Industrial y Financiera. 1987. p.119.

²¹ Ibid. p. 79.

²² Ibid. p. 15.

principal, criterio de legitimidad de una decisión política. Para un constitucionalista, una ley aprobada unánimemente por el Congreso y firmada por el presidente no tendría legitimidad alguna en el caso de que invadiera la esfera de la autonomía individual. El constitucionalista no puede pesar la moralidad política en una escala en la que la opinión pública es omnipotente. Los verdaderos criterios son la libertad individual, la autonomía y la dignidad”²³.

Esta idea, como veremos más adelante, es sumamente importante. La soberanía popular expresada por medio del principio de legalidad no debería ser un límite para que los ciudadanos alcancemos la protección de nuestros derechos fundamentales. Si ello es así, la lógica esencial del constitucionalismo está siendo afectada. Por ello, la pregunta central es si una norma vulnera un derecho fundamental, ¿puede la autoridad administrativa dejar de aplicarla invocando la norma superior que reconoce el derecho fundamental para proteger así el derecho del administrado? Ello es importante, porque significaría que una de las ideas centrales para resolver en conflicto entre legalidad y jerarquía puede precisamente ser la tutela de los derechos fundamentales o básicos del ciudadano.

Así, si bien uno de los principales principios de nuestro ordenamiento jurídico es el principio de jerarquía, el principio de legalidad también tiene un rol que jugar dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Siendo así, la cuestión estriba en determinar cuáles serán las circunstancias específicas en las que se aplicará el principio de jerarquía y en cuáles se aplicará el principio de legalidad.

V. EL PODER EJECUTIVO, LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LAS AGENCIAS “AUTÁRQUICAS”

Todo el análisis de la aparición y evolución de los principios de jerarquía y legalidad parten de un Estado que ya no existe. La tradicional separación en tres poderes obedece a una concepción de Estado primitiva, muy lejana del Estado real que hoy existe. Las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales ya no están repartidas en órganos distintos. El cambio se puede ver en los tres poderes pero es mucho más evidente en el Poder Ejecutivo.

Cuando uno habla de “la Administración” se está refiriendo al Poder Ejecutivo, y de inmediato uno asume que el Ejecutivo administra. Pero hace bastante más que ello. El ejecutivo moderno legisla, en el sentido que da normas de aplicación general, buena parte de

ellas con jerarquía de ley, como ocurre con la legislación delegada y la legislación de urgencia. Nos podrán decir que no es propiamente legislar y en el sentido formal quizás no lo sea, pero esa es una típica distinción de formalismo constitucionalista o administrativo. En el fondo, dan normas de aplicación general que deben ser obedecidas por los individuos igual que las dadas por el Congreso.

Pero además decide casos y administra justicia, no solo en sus relaciones con los particulares, sino dentro de relaciones entre particulares. Nos pueden decir que no es jurisdicción, nuevamente con un argumento muy formal, pero hacen algo idéntico a lo que hacen los jueces, es decir, reciben pretensiones, corren traslado de ellas, reciben respuestas, actúan pruebas, escuchan alegatos y dictan resoluciones que se ven igualitas que sentencias. Decir que no es función jurisdiccional, o al menos cuasijurisdiccional, es una broma de mal gusto. Quizás la única diferencia con la jurisdicción del Poder Judicial es que esta última dice Derecho de manera definitiva, porque el acto administrativo es siempre revisable. Pero ello no cambia la esencia de lo que hace. Solo establece cuál es su valor formal. Pero que la administración declara justicia en el sentido de decir Derecho sobre determinados hechos, lo hace.

Y el asunto es aun más complejo. Dentro del propio Ejecutivo, han comenzado a aparecer entelequias u organizaciones que, sin dejar de ser parte del Ejecutivo, se levantan como entes autónomos e independientes, no sujetas a mandato jerárquico de nadie distinto a ellas mismas, y que incluso resuelven conflictos entre el Estado y los particulares. Se les reclama autonomía e independencia, se les pide tecnicismo y se les pretende aislar del control democrático en el sentido de no dejar que sucumban a las presiones populistas típicas de todo Estado, exactamente como se busca que ocurra con el Poder Judicial. Cuando un ente regulador tiene que decidir una fijación tarifaria, todos esperamos que las empresas prestadoras de los servicios no influyan en su decisión. Pero tampoco queremos que los consumidores lo hagan y menos que los congresistas o el Presidente le den órdenes sobre cuál es el nivel de tarifa aplicable para satisfacer a sus votantes. Queremos que actúen autárquicamente, separados del Ejecutivo, con independencia y sujetándose a un tecnicismo real.

Cuando el INDECOPI resuelve un caso concursal, asumimos que lo hará en función a los derechos de los acreedores y deudores involucrados y no canalizando

²³ MURPHY, Walter F. “El Tribunal Supremo”. En: SIGMUND, Paul E. y Javier ROIZ (compiladores). “Poder, Sociedad y Estado en USA”. Barcelona: Teide. 1985. p. 128.

una presión de un Ministro que pueda reflejar una agenda política. Y lo mismo esperamos de las demás áreas de decisión. Regresemos si no al caso que citamos líneas arriba de la Empresa Radiodifusora 1160. Imaginemos que el Presidente de la República hubiera llamado al Presidente del Tribunal de INDECOPI a ordenarle que levante la insolvencia. El Presidente del Tribunal de INDECOPI debería negarse a ceder a su presión, porque debe resolver según las normas generales aplicables. Si el Presidente da un Decreto de Urgencia que ordena lo mismo que se hizo por teléfono, ¿debe el INDECOPI ceder a la presión solo porque está formalmente contenida en una norma que contraviene el resto del ordenamiento legal? Parece que si queremos una agencia realmente autónoma, no debe ceder ni a lo primero ni a lo segundo. Si es así, cumplir con la jerarquía de normas es una forma de preservar y proteger la autonomía de la institución.

Es más. Cuando tenemos un caso ante la Comisión de Acceso al Mercado, porque queremos que se levante una barrera burocrática, esperamos que el INDECOPI sea suficientemente independiente para fallar en contra del propio Poder Ejecutivo, incluso declarando la ilegalidad o irracionalidad de dispositivos reglamentarios dictados por un Ministerio.

Y los ejemplos sobran y cada vez son más. Parece que la división de Poderes fue insuficiente. Hemos creado numerosas agencias y entidades a las que incluso hemos entregado funciones legislativas y jurisdiccionales (en el sentido material del término) para que controlen a otros entes del Estado. Así, la división de poderes ya no se da solo entre poderes, sino al interior de los mismos. Estas entidades autónomas son resultado de procesos de descentralización del poder, procesos que justamente se dan para mejorar la tutela de los derechos de los ciudadanos, aislándolos tanto de excesivas presiones democráticas, de una parte, como de las presiones de facciones o grupos de poder, de la otra. Parece ser que los modernos monarcas, a pesar de enfrentar a los demás poderes del Estado que los controlan, son todavía demasiado grandes y acumulan demasiado poder. La respuesta ha sido dividirlos a su interior y crear autarquías que refuerzan la división del poder incluso dentro de un mismo Poder del Estado.

En este nuevo Estado no se puede esperar que los principios de jerarquía y legalidad actúen de la misma manera que en el anterior. La propia Administración ha creado sistemas de control interno, que deberían en su actuación crear garantías a los ciudadanos por medio

de una actuación independiente. Pero sin la posibilidad de controlar la jerarquía de normas pueden verse impedidas de cumplir su función satisfactoriamente.

En nuestro país, el Presidente es el jefe del gobierno y, por tanto, del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo es a su vez el órgano dentro del Estado encargado de ejecutar y llevar a cabo las leyes, así como de ejecutar el plan de gobierno por el cual ha sido elegido el Presidente. Dentro del Poder Ejecutivo se encuentra la Administración Pública que, como su nombre lo indica, debería dedicarse solo a administrar.

Tratemos de explicar con mayor detalle la diferencia entre Poder Ejecutivo, Gobierno, Administración Pública, y Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Se entiende que, normalmente, el Presidente tiene entre sus facultades la facultad de nombrar y destituir a los funcionarios que integran el Poder Ejecutivo. Su mandato popular parece facultarlo a escoger quiénes van a ejecutar el plan de gobierno por el cual fue elegido. Sin embargo, ello está matizado en los Estados modernos.

Así, por ejemplo, en Estados Unidos, las diferencias entre las agencias administrativas se han intentado construir básicamente en función a dos criterios: por un lado, cuáles son los poderes para relacionarse con los ciudadanos y, por otro, la existencia o no de límites a la libre destitución presidencial del personal directivo de la agencia. Aunque esta segunda distinción, como veremos, está relacionada con los poderes delegados a la agencia²⁴.

En un primer momento, las agencias administrativas se diferenciaron en reguladoras y no reguladoras, según se atribuyeran poderes para incidir en las situaciones jurídicas de los ciudadanos. Las agencias reguladoras son las que ejercen, por delegación del Congreso (a pesar de estar en el Poder Ejecutivo), poderes normativos y de decisión que afectan a los ciudadanos con los que se relacionan, condicionando sus derechos, libertades o actividades económicas. Así, tienen capacidad para resolver conflictos entre la propia Administración y los ciudadanos o entre los mismos ciudadanos²⁵.

En el caso de las agencias no reguladoras, éstas eran producto del Estado de Bienestar, de servicios sociales cuya actividad se reducía a reconocer beneficios y ayudas a los más desfavorecidos. La particularidad de estas agencias surgía al concebir sus acciones como

²⁴ CARBONELL, Eloisa y José Luis MUGA. "Agencias y Procedimiento Administrativo en Estados Unidos de América". Madrid: Marcial Pons. 1996. p. 48.

²⁵ *Ibidem*.

privilegios y, por ello, quedaban a la discrecionalidad de la agencia, que no estaba sometida a requisitos que limitaran su actuación. Sin embargo, los Tribunales reaccionaron contra esta interpretación, defendiendo que cuando un ciudadano obtiene, puede obtener, o se le priva de un beneficio, ese beneficio se convierte, para el Derecho, en una forma de propiedad y, por tanto, cualquier actuación administrativa al respecto está sujeta a las garantías derivadas de la cláusula constitucional del procedimiento debido²⁶.

Posteriormente, apareció un segundo criterio que diferencia las agencias en ejecutivas e independientes, en atención a la existencia de limitaciones en el poder de destitución por el Presidente del personal directivo de la agencia. En las agencias ejecutivas su personal se destituye libremente por el Presidente. Por el contrario, las agencias independientes se caracterizan porque esta destitución se condiciona por el Congreso y solo puede producirse si concurren las causas tasadas que fija su norma de creación. La constitucionalidad de esta limitación del poder del Presidente ha suscitado un amplio debate en Estados Unidos que solo puede comprenderse desde la perspectiva político-constitucional de ese país²⁷.

En efecto, para entender la existencia de cláusulas que limiten el poder de destitución del Presidente, debe recordarse que todo sistema administrativo norteamericano parte de la necesidad de una delegación de poderes a las agencias²⁸. La cesión a una agencia administrativa de poderes cuasilegislativos y cuasijudiciales se acompañaría garantizando a su personal directivo la permanencia en el cargo para que actúe según su experiencia y conocimiento, sin ceder a la presión del Presidente, que no podría libremente destituirlo. Esto explica, además, que en la práctica coincidan las agencias independientes con aquellas que ejercen amplios poderes normativos y resolutivos.

Desde este planteamiento podrían explicarse las decisiones del Tribunal Supremo ante esta cuestión, que tienen en cuenta la concreta actividad que realiza la agencia; si el Congreso pudo delegar su poder, también puede condicionar su destitución; por el contrario, en las agencias ejecutivas en sentido estricto, que carecerían de dichos poderes o los tendrían en menor extensión, no se puede limitar la libre destitución presidencial.

Así, de acuerdo a Schwartz, en un primer momento, el principio básico era que en la Administración ordinaria se seguía el principio de jerarquía ejecutiva, con el Presidente a la cabeza. No hay independencia; la responsabilidad dentro del Ejecutivo debe ser absoluta²⁹. Para que lo anterior fuera realmente efectivo, el Presidente debía tener la facultad de destituir a cualquier funcionario del Ejecutivo. Si el Jefe del Ejecutivo puede separar de los cargos a su antojo, es imposible que los que desempeñan esos cargos se resistan eficazmente a su voluntad, "porque es del todo evidente que quien desempeña un cargo solo mientras le plazca a otro, no puede esperarse que mantenga una actitud de independencia frente a la voluntad de aquél".

Lo anterior se desarrolló en el *Caso Myers*³⁰, en donde el Magistrado Taft señaló que el "artículo II [de la Constitución de los Estados Unidos] otorga al Presidente el poder ejecutivo del gobierno, es decir, el control administrativo general de los que ejecutan las leyes, incluyendo el poder para designar y destituir a los funcionarios ejecutivos, una conclusión confirmada por su obligación de cuidar que las leyes sean fielmente ejecutadas"³¹.

Sin embargo, posteriormente, la regla enunciada por el Magistrado Taft fue matizada, toda vez que existían entidades al interior del Poder Ejecutivo que para el ejercicio de sus funciones no estaban sujetos a la dirección jerárquica del Jefe del Ejecutivo. El Presidente, para ejecutar las leyes, debe ser capaz de controlar a los funcionarios realmente dedicados a las tareas ejecutivas por medio de las cuales ejerce su mandato constitucional. Pero esto no es cierto cuando el funcionario en cuestión no realiza funciones ejecutivas y, como tal, no forma parte del poder ejecutivo investido en el Presidente por la Constitución³².

La jurisprudencia norteamericana trazó en el caso *Humphrey* una clara línea divisoria entre los funcionarios que formaban parte de la institución ejecutiva, y eran por lo mismo movibles en virtud de los poderes constitucionales del Presidente, y aquellos que son miembros de un cuerpo para ejercer su juicio sin licencia ni obstáculo de otro funcionario alguno de cualquier departamento gubernamental, y respecto a los cuales solo existe el poder de destitución si es que el Congreso lo ha establecido y bajo las causales que éste haya previamente establecido.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibid. pp. 49-50.

²⁸ Lo cual no es pacíficamente admitido.

²⁹ SCHWARTZ, Bernard. "Los Poderes del Gobierno. Comentarios sobre la Constitución de los Estados Unidos". Volumen 1. Nueva York: Macmillan. 1966. p. 53.

³⁰ *MYERS versus UNITED STATES*, 272 U.S. 52 (1926).

³¹ Ibid. p. 55.

³² Ibid. p. 56.

Así, la mayoría de los organismos que no estaban sujetos, en el ejercicio de sus facultades, a la sola voluntad del Presidente, se debía a que tenían competencia para decidir sobre situaciones relativas a los derechos, intereses u obligaciones de los ciudadanos dentro de sus respectivos campos de competencia. El ejercicio de ese poder se cumple mejor en una atmósfera de independencia, que evite que se encuentre expuesto a todas las presiones que actúan sobre los poderes políticos. La independencia es imposible, sin embargo, si los funcionarios que ejercen ese poder están sujetos al control y la dirección presidenciales. El objeto de las leyes que crean tales organismos es dar al ciudadano la garantía de que su caso será decidido por ellas con independencia del Ejecutivo político. Es tan legítimo hacer efectiva esa garantía en estos organismos, como cuando se protege al juez de cualquier injerencia en sus funciones³³.

Posteriormente, en el caso *Wiener* se estableció que en el caso de una comisión o agencia dotada de considerable autoridad de juzgar, el poder de destitución solo existe si el Congreso lo ha conferido específicamente. Lo importante se encuentra en determinar si los miembros del organismo se encuentran investidos de funciones cuasi-judiciales pues si es así solo pueden ser separados de sus cargos por el Presidente por una causa concreta, independientemente de si el Congreso lo ha especificado o no³⁴.

En ese sentido, en el caso de agencias independientes o que ejercen funciones cuasi-jurisdiccionales, en las que sus pronunciamientos afectarán los derechos subjetivos de los ciudadanos, se aplica la doctrina Humprey-Wiener. Si ese organismo solo realiza funciones ejecutivas, sin tareas cuasijudiciales importantes, sus miembros entran dentro de lo sostenido por Myers, independientemente de la forma del organismo o del hecho de que el Congreso haya preferido no situarlo dentro de uno de los departamentos ordinarios³⁵.

El desarrollo fenomenológico del sistema norteamericano no difiere en la esencia del de otros Estados, incluyendo el peruano. Las autarquías existen o al menos están en proceso de consolidación. Y no parece lógico que los conflictos entre jerarquía y legalidad se resuelvan de la misma manera como se resuelven dentro del resto de la Administración Pública.

Sin duda, lo anterior está ligado al nivel de protección que el marco legal dé a los funcionarios que deciden.

Cuanto más blindados estén los funcionarios de la agencia contra la destitución y la presión política, menos debería preocuparnos un relajamiento del principio de legalidad a favor del principio de jerarquía de normas. Esa es una de las razones que justifica la entrega del control difuso al Poder Judicial y en tanto condiciones similares se presenten dentro de ciertas agencias administrativas, la razón para conceder el control difuso será la misma.

Sobre la independencia de la Administración, Dromi manifiesta que: “el órgano administrativo a veces es juzgador parcial, por ser parte interesada, pero **siempre está sujeto a órdenes e instrucciones**. La Administración carece del presupuesto político-jurídico, que da razón de esencia y justificación al Poder Judicial: La independencia”³⁶. Desde nuestro punto de vista, esta concepción no es aplicable a los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas. Estos organismos al momento de resolver un caso particular no tienen autoridad jerárquica por encima que les ordene cómo resolver sino que, por el contrario, su decisión debe ceñirse a lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Ninguna autoridad puede ordenarle cómo decidir en los casos que son de su conocimiento. Así, de la misma manera como un juez no está sujeto a un mandato jerárquico, ni siquiera por un Tribunal superior, al momento de resolver, un Tribunal administrativo no está sujeto a ningún mandato superior al momento de resolver un caso sometido a su competencia, sin perjuicio que su decisión sea revisable por otro órgano administrativo o por el órgano judicial.

Como bien dicen García de Enterría y Fernández,

“(…) el Juez es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculado al Derecho, sin insertarse jerárquicamente para el ejercicio de su función en organización alguna, sin perjuicio de que exista un aparato administrativo que contribuya al adecuado ejercicio de sus funciones”³⁷.

Esta misma caracterización del juez podemos manifestar sobre la función que cumplen los Tribunales Administrativos o agencias autárquicas cuando administran justicia administrativa.

Aquellos organismos que en el ejercicio de sus funciones van a afectar directamente las situaciones jurídicas de los ciudadanos tienen que tener, como ya se dijo, ciertas garantías para que ejerzan sus funciones

³³ Ibid. p. 57.

³⁴ Ibid. p. 59.

³⁵ Ibid. p. 60.

³⁶ DROMI, José Roberto. “Introducción al Derecho Administrativo”. Madrid: Grouz. 1986. p. 163.

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho Administrativo”. Tomo I. Madrid: Civitas. 1999. p. 30.

de la manera más independiente, neutral e imparcial que puedan frente a los ciudadanos. En estos casos, estos organismos deberán ejercer sus funciones teniendo en consideración además lo dispuesto en la Constitución y las leyes, no debiendo encontrarse sujetos, al menos al momento de decidir, a mandato imperativo ni al Poder Ejecutivo ni al Congreso. El control de lo que hagan estará en manos del Poder Judicial, entidad que deberá justamente revisar si la aplicación de las normas fue correcta, incluido el control difuso que hubieran podido efectuar en defensa del principio de jerarquía. Así, es lógico esperar que en entes que tienen estas garantías de independencia y autonomía, el principio de legalidad ceda frente al de jerarquía.

Ello es diferente en los entes u organismos no autárquicos, en los que es más lógico que la legalidad prime sobre la jerarquía. La organización del Estado exige que "donde manda capitán no mande marinero". Si el Viceministro puede declarar la inconstitucionalidad de los actos del Ministro, lo que se pone de cabeza no es la pirámide de Kelsen, sino la propia organización del Estado.

A ello se añade la necesidad de un principio básico de simetría en los criterios de decisión. Si un ente autárquico de la Administración Pública va a resolver con facultades cuasijurisdiccionales y va a decir Derecho de las relaciones jurídicas entre individuos, es lógico que su decisión quede sujeta a revisión judicial. Pero ello significa que al decir Derecho este ente se encuentre en la posibilidad de ajustar su decisión a todos los principios y reglas sobre la base de que su decisión va a ser revisada. Si el Poder Judicial está en capacidad de hacer control difuso, al menos el órgano administrativo autárquico debería estar en la misma posibilidad para "vacunar" su decisión contra la revisión judicial, dejando además a los administrados en la posibilidad de no verse forzados de llegar al Poder Judicial para ver concretarse su derecho.

VI. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS CIUDADANOS

Ya vimos que cuanto más autárquica sea la institución a cargo de la decisión, más razones habrá para que el principio de jerarquía sea preferido sobre el de legalidad, y por tanto menos peligroso que se le entregue la facultad de hacer control difuso. Un segundo factor será el sentido o razón por la que el control difuso pueda ser utilizado.

Como todo en la vida, el control difuso puede ser usado en dos sentidos. A través de aplicación del principio de jerarquía de la Constitución sobre las leyes y de estas sobre los reglamentos se puede restringir derechos de

los ciudadanos, o se puede extender o proteger mejor esos derechos.

El principio de legalidad nació, como hemos visto, con el propósito de garantizar mejor los derechos ciudadanos de los excesos del monarca. Por ello, es legítima la preocupación cuando el control difuso pueda ser usado por la Administración para liberarse de esos límites y así poder actuar en contra de los derechos ciudadanos, sosteniendo que los límites que le impone la ley o los reglamentos son inconstitucionales o ilegales. Sin embargo, si su uso en lugar de facilitar que la Administración se escape de los límites, refuerza los derechos subjetivos, parece que la preocupación deja de ser tal.

Imaginemos el caso de un impuesto que atenta contra el principio de no discriminación porque trata a dos grupos de ciudadanos (el A y el B), que se encuentran en una situación idéntica de manera diferente. El funcionario a cargo de la aplicación de la norma llega a la conclusión que la discriminación es inconstitucional y por tanto decide que no puede cobrarles distinto. Pero si A está menos gravado que B la discriminación puede eliminarse subiendo los impuestos a A o bajando los de B. Si se aplica control difuso, la decisión no debería resultar en impuestos más gravosos, sino en menos gravosos. Por ello se debería bajar los impuestos a B antes de subírseles a A.

La razón de que el control tenga que efectuarse a favor del ciudadano y no en su contra parte justamente de la importancia del principio de legalidad. Si el legislador en el ejercicio de sus potestades limitó la facultad tributaria, pero al hacerlo discriminó, el control de constitucionalidad es más consistente con el principio de legalidad, si se respeta la parte de la norma que impuso límites, a fin de poder justamente proteger el derecho del ciudadano.

Otro ejemplo sería el de un reglamento que, excediendo la ley, limita el derecho de propiedad de un ciudadano. La intervención de la autoridad, a través del control difuso, no debería permitir que el resultado sea una privación mayor de la propiedad, pero sí podría resultar en una afectación menor que la prevista en la norma de menor jerarquía.

Ello significa que, el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía es menor si el principio de jerarquía se usa para reforzar derechos del ciudadano y no para limitarlos. Los propios revolucionarios franceses se sentirían cómodos si les comentaran que su invención (principio de legalidad) puede relajarse si su aplicación afecta los derechos fundamentales. Si de reforzar derechos individuales se trata, los principios de jerarquía y legalidad no solo no entran en

contradicción, sino que se complementan.

Por supuesto que ello no está libre de objeciones y problemas. No siempre es sencillo saber si una decisión favorece o perjudica al ciudadano. Y ello es mucho más problemático en el caso de procedimientos bilaterales donde hay dos ciudadanos y el control difuso afecta a uno y beneficia al otro. Sin embargo, sostenemos que el principio debe mantenerse. El análisis será uno de afectación de derechos fundamentales. Si la norma cuya aplicación se busca evitar es una que afecta un derecho fundamental de una parte generando un beneficio ilegítimo en la otra, la aplicación del control difuso parece recomendable. Ello pasaba por ejemplo en el caso inicial que citáramos de la toma de la propiedad de postes de una empresa por otra. Allí se justifica el control difuso porque resolver de manera distinta implica la afectación ilegítima de un derecho constitucional por el de otro particular. La idea no es no afectar al ciudadano a secas, sino no afectar un derecho de naturaleza fundamental. En caso de duda, la autoridad debería abstenerse de hacerlo. El principio guía debería ser que la aplicación del control difuso debería restringirse al reforzamiento de los derechos fundamentales, no a su debilitamiento. De aplicarse correctamente esta idea, las preocupaciones de buena parte de los detractores del control difuso por parte de autoridades administrativas deberían desaparecer, pues el principio de legalidad no es desvirtuado, sino complementado.

Así, como puede apreciarse, si los funcionarios de una agencia administrativa independiente realizan funciones cuasijudiciales en el sentido de que sus pronunciamientos afectarán los derechos, obligaciones o intereses de los ciudadanos, estos funcionarios deberán, como ya se dijo, tener ciertas garantías para que puedan ejercer efectivamente sus funciones y resolver en consistencia con el sistema legal en su conjunto.

Si bien las facultades de las agencias independiente nacen de las leyes, estas muchas veces ejercen facultades para resolver conflictos intersubjetivos, motivo por el cual se debe interpretar las leyes en concordancia con la Constitución. Así, si bien una ley crea y otorga facultades a las agencias, lo que no puede hacer una ley es negarles la posibilidad de poner en vigencia los derechos que la propia Constitución reconoce.

En ese sentido, las agencias respectivas deben tener las facultades legales, en concordancia con la Constitución, que sean necesarias para lograr que esos principios se optimicen y puedan ser puestos en práctica. Si una ley vulnera el sistema económico o los derechos fundamentales de la persona humana, ésta

sería inconstitucional y, por tanto, inaplicable. Una ley no debería establecer que los Tribunales Administrativos no pueden hacer control difuso, pues ello estaría vulnerando la lógica misma de la resolución de conflictos intersubjetivos, en los que los ciudadanos tienen derecho a la aplicación del sistema legal en su conjunto, incluida la Constitución y la ley.

En los procedimientos administrativos bilaterales, la posición de los administrados frente a la Administración no es más una situación total de desventaja sino que, más bien, la actuación del Tribunal Administrativo debe ser neutral, imparcial e independiente, sometida únicamente al Derecho y, en concreto, al ordenamiento jurídico. Las agencias autárquicas administran justicia, y por tanto deben decidir casos entre particulares sujetándose a los derechos y obligaciones que la ley impone a estos particulares. Esto no implica que se desarrolle función jurisdiccional en lo formal, la que está limitada al Poder Judicial por el artículo 139, inciso primero, de la Constitución. Función jurisdiccional quiere decir que el órgano que la ejerce es el que está en capacidad de decir Derecho de manera definitiva, lo cual no es aplicable a los órganos administrativos, cuyas decisiones siempre pueden ser revisadas por el Poder Judicial. Pero sí desarrollan función jurisdiccional material, es decir, de aplicar el Derecho a un conflicto intersubjetivo, dándole solución.

Así, son cuasijurisdiccionales porque, a pesar de impartir justicia, no pueden emitir pronunciamientos definitivos e irrevisables, potestad que es exclusiva del Poder Judicial. En ese sentido, materias que antes eran de competencia privativa del Poder Judicial como los procesos concursales, de protección al consumidor, entre otros, ahora son de conocimiento previo por parte de organismos administrativos especializados en dichas materias, teniendo la Administración una competencia primaria, esto es, casos que podrían ser conocidos o lo fueron de manera directa por el Poder Judicial, son por razones técnicas o de diverso orden derivadas de manera previa a la Administración. Al resolver estos casos, los Tribunales Administrativos hacen y dicen justicia sin perjuicio que corresponda a las Cortes determinar de manera definitiva si hicieron y dijeron justicia de manera correcta.

Como hemos visto, la labor de los Tribunales Administrativos se asemeja a la realizada por los jueces, toda vez que son entes que deben actuar de manera neutral, imparcial e independiente, siendo sus decisiones producto del análisis del ordenamiento jurídico al caso particular y para el cumplimiento de su función resolutoria, los Tribunales Administrativos no están sometidos a autoridad alguna. Asimismo, deben aplicarse las garantías del debido proceso a los

procedimientos administrativos que se tramitan ante ellos³⁸. Esto implica que los administrados tienen el derecho que los conflictos entre particulares sujetos a la decisión administrativa sean resueltos resguardando sus derechos fundamentales. Y es un derecho fundamental de todo administrado que la Constitución tenga plena y total vigencia en el procedimiento, y dicha vigencia no puede estar limitada al proceso judicial, debe incluir al procedimiento administrativo. Por ello, el Tribunal Administrativo deberá velar por que la Constitución se aplique y no podrá inaplicarla en el caso concreto que tiene que resolverse.

Por otro lado, debemos recordar lo que enseñaba Kelsen sobre la regularidad de la producción de las normas, ya sean éstas generales o particulares: legislación y ejecución (supuestamente, los actos que emiten los jueces y, en especial, la Administración) son dos etapas jerarquizadas de "creación del Derecho", y dos etapas intermedias. La Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estados típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno³⁹. Las garantías de la legalidad de los reglamentos y las de la constitucionalidad de las leyes son, entonces, tan concebibles como las garantías de la regularidad de los actos jurídicos individuales. En otras palabras, las normas de inferior jerarquía, ya sean generales o particulares, deben respetar las normas de mayor jerarquía⁴⁰. El control difuso es uno de los mecanismos por el cual se busca garantizar la regularidad de la producción de las normas.

Al momento de emitir nuestros actos, puede darse el caso que la ley aplicable sea inconstitucional. Bajo el principio de legalidad, debemos emitir el acto administrativo cumpliendo la ley, a sabiendas que el acto emitido es legal pero, paradójicamente, por respeto a los principios clásicos del Derecho, inconstitucional. Al momento de decidir un caso concreto, debemos preguntarnos: ¿qué debemos preferir? ¿emitir actos administrativos legales pero inconstitucionales o constitucionales pero legales?. Asimismo, ¿podríamos decir que el acto administrativo emitido es un acto fundado en Derecho si viola la Constitución?

Es importante recordar que al momento en que el juez John Marshall emitió el pronunciamiento que facultaba a realizar control difuso a los jueces, no existía norma

expresa alguna en la Constitución que lo facultase a inaplicar una ley para un caso particular⁴¹. La jurisprudencia entendió que implícitamente estaba dentro de sus competencias la facultad de inaplicar una norma que vulnerase la Constitución para el caso particular. Debía preferirse la Constitución por sobre cualquier otra norma.

Este pronunciamiento fue una decisión bastante polémica en su momento y no del total agrado de los políticos. Sin embargo, a la luz de los años esta decisión ha sido una de las decisiones judiciales más acertadas que ha emitido la jurisprudencia en la historia jurídica moderna. El control difuso se ha convertido en uno de los mecanismos más eficientes de defensa de la Constitución y de los derechos fundamentales que actualmente existe.

No existe pues razón para pensar por qué la pirámide de Kelsen, que establece la primacía de la Constitución sobre otras normas de inferior jerarquía, debe invertirse cuando quien debe decir Derecho es un Tribunal Administrativo o una agencia autárctica. Ello, además desvirtuaría por completo el control que la Administración debe hacer sobre sus propios actos precisamente para preservar la legalidad de los mismos.

Es un derecho de los particulares que al decirse Derecho se apliquen las normas pertinentes y es una facultad de la Administración poder enmendar cualquier defecto cuya corrección pueda ser llevada a cabo por el Poder Judicial.

La finalidad de un procedimiento administrativo no puede ser otra que la vigencia absoluta de la ley (entendiendo por ley, toda norma del ordenamiento jurídico). Lo señalado se refuerza por el hecho particular y específico en virtud del cual la Administración Pública actúa regida por el principio de legalidad. A partir de tal constatación, es lógico afirmar que quien se rige en sus actuaciones por la ley debe también tener como finalidad el irrestricto cumplimiento de la misma cuando de aplicarla a casos particulares se trata.

La finalidad de aplicar la ley a través de un procedimiento administrativo coloca a la autoridad administrativa en la necesidad de tener que definir qué ley es la aplicable al caso que conoce y definir la consecuencia querida por el legislador para determinadas conductas en un tiempo determinado.

³⁸ ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. "Apuntes sobre la exigibilidad de un debido proceso en los diferentes Procedimientos Administrativos. Reflexiones sobre las experiencias peruanas y mundiales sobre el Particular". En: Derecho & Sociedad 15. 2000. pp. 83-92.

³⁹ KELSEN, Hans. "La garantía jurisdiccional de la Constitución". En: Ius et Veritas 9. p. 18.

⁴⁰ Ibid. pp. 18-19.

⁴¹ QUIROGA LEÓN, Anibal. "Control difuso y control concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano". En: Derecho 50. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. pp. 207-233. GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. "De la Jurisdicción Constitucional al derecho procesal constitucional". Segunda edición. Lima: Grijley. 2000. p. 118.

En otras palabras, en la aplicación de la ley la autoridad administrativa no puede sustraerse a la evaluación e identificación de la ley vigente al momento de producirse los hechos cuyo juzgamiento tiene encomendado pues, precisamente, esa es la actuación que le corresponde para garantizar la plena vigencia de la misma.

Por el contrario, en los procedimientos bilaterales, más que la solución a un conflicto intersubjetivo, lo que existe es la obligación de tutela por parte de la Administración Pública de los intereses colectivos. En este caso, la doctrina entiende que la función administrativa es la actividad desarrollada por los órganos públicos en relación jerárquica (aspecto orgánico), para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales (aspecto sustancial) que se hace efectiva mediante actos⁴² y hechos jurídicos públicos (aspecto procesal)⁴³. Así, la Administración es una organización encaminada a concretar los fines del Estado, para lo cual recaudará impuestos; evaluará que los administrados cumplan con determinados requisitos para realizar determinadas actividades y luego los fiscalizará; será titular de ciertos servicios, etcétera.

Así, el principio de legalidad nació y tuvo su desarrollo dentro de la concepción de las relaciones jurídicas bilaterales Administración-Administrado pues sería en estos casos en que era importante limitar la esfera de actuación de la Administración Pública, la cual se concebía como una organización dotada de privilegios y prerrogativas frente al particular. En esta relación bilateral la Administración, originariamente, exigía o prohibía determinadas conductas a los ciudadanos porque se entendía que la gestión y el servicio que prestaba la Administración estaban en función del interés colectivo.

Sin embargo, es aconsejable, como ya se ha visto, que entre los límites que se ponga al principio esté justamente el que hemos señalado: que la aplicación del control difuso no resulte en una restricción de los derechos individuales. Así, podemos ser consistentes sin necesidad de avivar justificados temores respecto de que el control difuso sea un poder más de la Administración, poder que podría ser mal utilizado.

Bajo estas consideraciones, como ya se ha anotado, el riesgo de un conflicto entre el principio de jerarquía y el de legalidad se reduce, porque la legalidad sigue siendo guardiana de los derechos ciudadanos y los límites al poder, encontrando en el principio de jerarquía

antes que un enemigo, un aliado en el cumplimiento de su meta.

VII. QUE LA NORMA INAPLICADA SEA MANIFIESTAMENTE INCONSTITUCIONAL

Éste es el único principio que se desprende del considerando 156 de la sentencia de fecha 3 de Junio del 2005 del Tribunal Constitucional, en la que se sugiere tímidamente la posibilidad de aplicar control difuso por órganos administrativos. Lo que parece que se quiso decir es que el control difuso no se justifica en cualquier violación al ordenamiento, sino solo a aquella que sea manifiesta y evidente. Pareciera que el Tribunal ha querido evitar que los órganos administrativos tengan una suerte de control difuso "muy sofisticado". Prefieren solo conceder a la autoridad administrativa el control de lo "grosero".

Lamentablemente no existen criterios definidos, pero en términos generales parece un principio saludable. El control debe hacerse para aquello que, siendo manifiestamente inconstitucional, no puede obligar a la Administración a apañarlo.

Al igual como ocurre con los conceptos anteriores, la inconstitucionalidad manifiesta reduce el riesgo de arbitrariedades pues impone en la Administración un estándar alto.

¿Qué es manifiestamente inconstitucional? Posiblemente el Tribunal nos lo aclare en próximas sentencias. Ahora, si concordamos este aspecto con el referido a que el control solo se puede aplicar para proteger derechos fundamentales, lo que deberíamos buscar es una manifiesta violación en la norma inaplicada de un derecho fundamental de los ciudadanos.

VIII. CONCLUSIÓN

Sin duda voltear la piramidal de Kelsen en un sentido o en el otro va a generar controversia. Sería aventurarse mucho reconocer un control difuso general para toda la Administración en toda circunstancia. Pero también resultaría obtuso negarse a reconocer en ciertas circunstancias cierto nivel de control.

Este artículo plantea finalmente que el control difuso debe operar en aquellas circunstancias concretas en que el conflicto entre el principio de legalidad y el de jerarquía de las normas no sea realmente serio. De los

⁴² En donde se refleja claramente la situación de ventaja que tiene la Administración frente al administrado es en los caracteres jurídicos que rodean al acto administrativo: la presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad. Al respecto, Ver: DROMI, José Roberto. "El Acto Administrativo". Buenos Aires: Ciudad Argentina. 1997. pp. 75 y siguientes.

⁴³ DROMI, José Roberto. "Introducción al Derecho Administrativo". Madrid: Grouz. 1986. p. 74.

muchos elementos que pueden identificarse, hemos indicado tres, uno de los cuales ya ha sido reconocido, aunque de manera imprecisa, por el Tribunal Constitucional. Estos elementos hacen que el tinte garantista del principio de legalidad no se vea seriamente afectado, y que por el contrario se vea reforzado por la asistencia que el principio de jerarquía puede dar para tutelar los derechos fundamentales.

Estos elementos son:

- a. El carácter autártico del órgano o Tribunal administrativo. Cuanto más independiente y autónomo sea, y cuanto más esté vinculada su actividad a la solución de conflictos intersubjetivos, más servirá el control difuso como una herramienta de garantía de los derechos ciudadanos y de límite al ejercicio excesivo del poder.
- b. La protección de derechos ciudadanos. Si el control difuso se usa para reforzar derechos ciudadanos (y no para debilitarlos) sus fines estarán plenamente

alineados con los perseguidos por el principio de legalidad, es decir, el de poner límites al gobernante. Un control difuso que usa el principio de jerarquía para limitar al gobernante es consistente con el principio de legalidad.

- c. Carácter manifiestamente inconstitucional de la norma inaplicada. Cuanto más evidente sea la violación, más evidente será que el emisor de la norma se excedió, por tanto los riesgos de excesos por parte de la autoridad que controla y protege la jerarquía de las normas serán menores.

Sin duda, Kelsen ha contribuido mucho a la concepción del Derecho como lo conocemos. Pensar en que su pirámide se aplica sin excepciones siempre es tan utópico como pensar que la Administración Pública no debe poder aplicarla nunca. El control difuso no es otra cosa, como todo en el Derecho, que una simple herramienta para mejorar la convivencia humana. Mientras ese sea nuestro objetivo, no será necesario poner a Kelsen de cabeza.

LAS ERRATAS EN LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES*

Carlos Cárdenas Quirós**
Miembro del Comité Consultivo de THEMIS

¿Cuándo nos encontramos ante una errata? ¿Cómo debe efectuarse el procedimiento de rectificación? ¿Qué consecuencias se generan por la no corrección de aquellos errores? Tales interrogantes son solo algunas de las cuestiones que el autor absuelve al desarrollar –con claridad– un tema que, habiendo sido poco estudiado, puede traer graves consecuencias en el ordenamiento jurídico.

A través del presente artículo el autor realiza un minucioso análisis sobre las erratas, el mismo que partiendo de una aproximación general –ilustrada con gráficos y curiosos ejemplos– se centra luego en las erratas en la publicación de normas legales.

* La presente, es una versión revisada y ampliada de parte sustancial del discurso que el autor leyó en el acto de su recepción como Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho realizado el 15 de marzo de 2004.

** Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima. Académico de Número de la Academia Peruana de Derecho. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Socio Extranjero de la Academia de Iusprivatistas Europeos de Pavia (Italia). Ex Superintendente Nacional de los Registros Públicos.

I. INTRODUCCIÓN: LAS ERRATAS

El presente trabajo está dedicado a formular algunas reflexiones acerca de las erratas en la publicación de las normas legales.

Antes de entrar en la materia estrictamente jurídica, considero de interés abordar la cuestión de las erratas de una manera más general.

La expresión errata es definida en el Diccionario de Autoridades de la siguiente manera: "Es lo mismo que error; si bien el uso moderno contrae este nombre a los defectos y mentiras que se hallan en lo impreso o escrito, por negligencia de quien imprime o escribe; y así se dice: este libro está lleno de erratas (...)".

Todos aquellos que someten un texto a publicación son potenciales víctimas de los yerros en la reproducción por obra y gracia de los así llamados duendes de la imprenta.

José Esteban, quien ha dedicado un simpático libro al tema, titulado "Vituperio (y algún elogio) de la errata"¹, menciona el caso del escritor mejicano Alfonso Reyes (quien definió la errata como "especie de viciosa flora microbiana siempre tan reacia a todos los tratamientos de la desinfección"), uno de cuyos libros "apareció tan lleno de erratas que suscitó este gracioso comentario de Ventura García Calderón: "Nuestro amigo Reyes acaba de publicar un libro de erratas acompañado de algunos versos"².

Según el mismo Esteban, las fe de erratas aparecieron sólo cuarenta años después de la imprenta, siendo la primera conocida de 1478³.

Las erratas pueden perturbar ligeramente el sentido de un texto o alterarlo completamente. Como explica el autor citado⁴, refiriéndose a los principales tipos de erratas, éstas "técnicamente, pueden consistir en la sustitución de una letra o signo por otro; en la omisión de una o más palabras, y aun de todo un pasaje; en la repetición de una o varias palabras o de todo un trozo;

en la mala división de las palabras al final de línea; en el espaciado irregular; en las 'calles' ocasionadas por el encuentro fortuito de varias terminaciones de palabras en el mismo lugar de varias líneas sucesivas, con lo que los blancos del espaciado forman por superposición una línea blanca continua".

Muchas erratas producen efectos cómicos. A este respecto no puedo resistirme a la tentación de reproducir algunas pocas de entre aquellas que Esteban toma de la obra de Juan José Morato, "Guía práctica del compositor tipográfico"⁵.

"Al emplear el aparato de mi invención para pecar a distintas profundidades, conviene poner un termómetro en el punto de amarse." (Por pescar y amarre).

"Muchos funcionarios han sido ascendidos para premiar sus vicios especiales." (Por servicios).

"En el quinto toro de esta tarde le dieron la oveja al diestro encargado de estoquearle, y el público le obsequió con palomas, boinas rotas y cigarros." (Por oreja, palmas y botas, respectivamente)

(Crónica de toreo) "El público ha tributado una gran oración al diestro." (Por ovación).

"El joven crudito (....)" (Por erudito).

"Se ensaya en el Teatro Español un drama histórico titulado La expulsión de los mariscos." (Por moriscos).

"La corte hacía alarde en sus ceremonias de un hijo asiático." (Por lujo).

Joaquín Edwards Bello, distinguido escritor chileno, Premio Nacional de Literatura en 1943 y Premio Nacional de Periodismo en 1959, protagonista de la magnífica novela de Jorge Edwards de reciente aparición que lleva por título "El inútil de la familia", se refirió también a esta materia en las crónicas que publicaba en el diario "La Nación" de Santiago de

¹ ESTEBAN, José. "Vituperio (y algún elogio) de la errata". Segunda edición. Madrid: Renacimiento. 2003.

² EDWARDS BELLO, Joaquín. "En torno al periodismo y otros asuntos". Santiago de Chile: Andrés Bello. 1969. p. 11. EDWARDS BELLO, Joaquín relata este mismo episodio así: "Cuentan del maestro de escritores mexicanos Alfonso Reyes, lo siguiente: apareció uno de sus libros convertido en mazamorra de erratas; el crítico Diez Canedo interpretó el caso con humorismo: *un libro de erratas con algunos versos*. Alfonso Reyes guardó cama una semana".

³ Ibid. p. 12. Es interesante referir que, en el largo procedimiento al que estaba sometida en España la publicación de un libro en el siglo XVII, existía la necesidad de contar con el denominado "testimonio de las erratas", que suponía "la verificación de que lo imprimido se correspondía con lo aprobado" (ver: "El 'Quijote' de 1604", nota aparecida en el suplemento "Babelia" de El País en su edición de 6 de noviembre de 2004). En efecto, basta mencionar como ejemplo que la edición del Quijote de 1605 incluye el "Testimonio de las erratas" firmado por "El Licenciado Francisco Murcia de la Llana" en los siguientes términos: "Este libro no tiene cosa digna de notar que no corresponda a su original: en testimonio de lo haber correcto di esta fe. En el Colegio de la Madre de Dios de los Teólogos de la Universidad de Alcalá, en primero de diciembre de 1604 años".

⁴ Ibid. p. 104.

⁵ MORATO, Juan José. "Guía práctica del compositor tipográfico" Madrid: Hernando. 1900. pp. 13-19.

Chile, las que daban lugar a interesantes diálogos con sus lectores. Uno de éstos, de nombre Hipólito Buenavista, le escribió en cierta ocasión diciéndole lo siguiente:

"Así como otros coleccionan sellos, antigüedades artísticas o dinero, a mí me ha dado por entretenerme juntando errores de imprenta, o 'patos' graciosos, en los diarios y en libros de actualidad. Como el famoso Ripley, yo podría probar la autenticidad de mis 'perlas'"⁶.

Y a continuación hace una enumeración de ejemplos de erratas especialmente divertidas, algunas de las cuales reproduzco seguidamente:

"Donde dice: 'El obispo padecía una encefalitis litúrgica', debió decir: 'el obispo padecía una encefalitis letárgica'.

Donde dice: 'El Ministro es un brujo para el país', léase 'el Ministro es un lujo para el país'.

Donde dice: 'Yo mamo con fruición a mi patria', debió decir: 'yo amo con fruición'.

Donde dice: 'los diarios publicaban el retrato de Franco en forma destaca', debió decir: 'en forma destacada'.

Donde dice: 'Chile adhirió al Pacto, en principio, con salvavidas', debió decir 'con salvedades'.

Donde dice: 'la señora Fulana de Tal amenazó la ceremonia cantando', debió decir, 'la señora amenizó'.

Donde dice, 'Zabaleta es el primer aprista del mundo', debió decir 'Zabaleta es el primer arpista'.

Donde dice: 'Los conquistadores trajeron de España un cerdo católico', léase 'un credo católico'.

Donde dice: 'El coronel Perón fue arrestado cuando salía de la piscina con levita', debió decir 'con la Evita'"⁷.

El mismo Joaquín Edwards Bello, quien refiere que sufrió "la afrentosa publicación clandestina de *En el viejo almendral*, con más de 160 errores de todas clases"⁸, ofrece el siguiente testimonio como víctima constante de las erratas:

"Momento de emoción para los escritores, es aquel de ver a la persona que compra uno de sus libros en su presencia, sin conocerles. Cuando me ha ocurrido eso, y veo que una persona de apariencia extranjera compra uno de mis libros, indeseables para mí, sufro bastante. Remedio radical sería comprarlos todos y hacer un auto de fe. Lo intenté, pero son como *les cheveux de Leonore, quand y en a plus y en a encore* (...). Hace poco en cierta baratura vi salir dos docenas de *Viejos almendrales* en dos días. Pensé hacer una clave para entregar a los lectores de dicho adefesio. Diría así poco más o menos: donde dice en el dintel de la puerta, lea bajo el dintel; donde dice dura, lea pura; donde dice abuelo, lea padre; donde dice frazada, lea zafada; donde dice oreja, lea ojera; donde dice Esmeralda, lea Esmaltada; donde dice galpones, lea galopes; donde dice tasaban, lea rasaban (...).

Si por mí fuera, no permitiría que publicaran libros míos hasta dentro de unos cien años (...) y depurados, corregidos, compendiados. Ver *La chica del Crillón*, en librerías, o en manos de alguien, es algo que me produce un desorden mental considerable. El indicado librito tuvo un solo mérito: el de tranquilizar a los envidiosos. Todo fracaso es una contribución a la chatura general"⁹.

Según Jardiel Poncela¹⁰, "la errata más grande y más grave que se recuerda es aquella en que en un periódico, dando cuenta de un naufragio en alta mar, apareció publicado lo siguiente:

"A pesar de los esfuerzos de la marinería y de la oficialidad del barco siniestrado, que se comportaron heroicamente en el salvamento del pasaje, perecieron ahogadas 34 personas. Descansen en pez."

⁶ EDWARDS BELLO, Joaquín. Op. Cit. p. 139.

⁷ Ibid. pp. 139-140.

En carta de 21 de junio de 2004, el ilustre académico español Juan Vallet de Goytisolo me escribió lo siguiente:

"Recuerdo entre las erratas no jurídicas, dos de un diario de Bilbao de hace ya años. Una por escaparse una 't', apareció que el Obispo 'ponderó los hermosos culos de las hijas de María'; y otro, por saltar una línea de un artículo a otro (hoy ya no sería posible al desaparecer las linotipias y haberse introducido el ordenador en las imprentas), que detrás de una línea que concluía por la 'divina Santa Teresa', decía en la otra 'pistola en mano hizo frente a la guardia civil'.

⁸ EDWARDS BELLO, Joaquín. Op. Cit. p. 128. Dice el autor en otra de sus crónicas: "Creo que entre las obras nacionales del último tiempo, ninguna le gana en errores de imprenta a la titulada *En el viejo almendral*, por la librería Séneca, publicada por una imprentilla de lance, en Buenos Aires. Será por lo mismo que he sentido un goce mezquino al notar errores en otras obras. La naturaleza humana es deleznable". Ibid. p. 134.

⁹ Ibid. p. 130. Cuenta Edwards Bello que "en la Casa Grasset, editorial de París, situada en la calle de Saints Péres, 61, el editor hacía poner en las vitrinas, para que el público las viera desde la calle, los pliegos de las pruebas corregidas, pero no definitivas, para que el público ayudara a corregirlas. A la persona capaz de indicar un error le daban en el acto dos francos. Cuenta don Antonio Romera que él iba seguido a mirar para entretenerse. Si en Chile adoptaran el sistema de Grasset, algunas editoriales quebrarían". Ibid. p. 133.

¹⁰ JARDIEL PONCELA, Enrique. "Máximas mínimas y otros aforismos." Barcelona: Edhasa. 2000. pp. 218-219.

A decir de Francisco Mendoza Díaz-Maroto¹¹, "la corrección de erratas ha constituido siempre una grave preocupación –y hasta pesadilla– de los autores escrupulosos, que no somos todos. No lo era Cervantes, y si a su escaso interés sumamos el no muy exquisito trabajo de Juan de la Cuesta y sus muchachos, el resultado es la muchedumbre de erratas que afean la edición príncipe del Quijote. El daño fue en algún caso irreversible, pues el episodio del robo del rucio, omitido en ella, aparece intercalado en la segunda edición de Cuesta, pero en lugar inadecuado, ¡por el propio autor!" .

Con aguda ironía, Jardiel Poncela¹² indica que "la imprescindible necesidad de corregir las erratas que pueden aparecer en un libro da la certeza de que algunos libros se han leído, al menos una vez y por una persona al menos" .

Pablo Neruda distingue creativamente entre las erratas y los erratones:

"Las erratas se agazapan en el bosque de consonantes y vocales, se visten de verde o de gris, son difíciles de descubrir como insectos o reptiles armados de lancetas encubiertos bajo el césped de la tipografía. Los erratones, por el contrario, no disimulan sus dientes de roedores furiosos"¹³.

Cuenta que en uno de sus libros lo atacó un erratón que califica de "bastante sanguinario" .

Indica el poeta: "Donde digo '*el agua verde del idioma*' la máquina se descompuso y apareció '*el agua verde del idiota*'. Sentí el mordisco en el alma. Porque para mí, el idioma, el idioma español, es un cauce infinitamente poblado de gotas y sílabas, es una corriente irrefrenable que baja de las cordilleras de Góngora hasta el lenguaje popular de los ciegos que cantan en las esquinas. Pero ese '*idiota*' que sustituye al '*idioma*' es como un zapato desarmado en medio de las aguas del río"¹⁴.

Admite que "la novela puede pasar por encima de los traviesos errores de composición y linotipia. Pero la poesía es sensible y tropieza en los lancinantes obstáculos. La poesía se resiente a menudo del ruido de las cucharillas de café; de los pasos de la gente que entra y sale, de la risotada a destiempo. La novela tiene

una geografía más montañosa y subterránea donde se guardan trajes prehistóricos y equivocaciones artificiales"¹⁵.

Y cuenta el caso de su "amiguísimo" Manuel Altolaguirre, "poeta gentil de España", de quien dice que "procreaba erratas y erratones, y hasta llegó a colocarlos en la portada, donde se advirtieron después de estar los libros derramados por las librerías. A él, a mi queridísimo Manuel Altolaguirre, pertenece aquella proeza en el campo de los errores que contaré. Porque se trataba de un rimbombante y melífero rimador cubano, jacarandoso como él solo, para quien y en muy pocos ejemplares imprimió mi amigo una pequeña obra maestra tipográfica.

- Errores? preguntó el poeta.

- Ninguno, por cierto – contestó Altolaguirre.

Pero al abrir el elegantísimo impreso se descubrió que allí donde el versista había escrito: 'Yo siento un fuego atroz que me devora', el impresor había colocado su erratón: 'Yo siento un fuego atrás que me devora'.

Jacarandoso autor y culpable impresor tomaron juntos una lancha y sepultaron los ejemplares en medio de las aguas de la bahía de La Habana"¹⁶.

No es de extrañarse, en consecuencia, dado el singular protagonismo alcanzado por las erratas, que sean objeto de citas célebres como ésta atribuida a Mark Twain: "Hay que tener cuidado con los libros de salud: podemos morir por culpa de una errata"; de novelas, como la de José Saramago titulada "Historia del cerco de Lisboa" (aun cuando en este caso no se trata propiamente de una errata sino de un error deliberado: un *no* introducido por el personaje del corrector de pruebas, Raimundo Silva, con lo que resulta que los cruzados *no* ayudaron a los portugueses a recuperar Lisboa de manos de los moros); de cuentos, como el del escritor cordobés Norberto Luis Romero titulado "Erratas"; y aun de sonetos dedicados a ellas. Transcribo a continuación dos. El primero pertenece al escritor y político uruguayo Emilio Frugoni y se titula "*La errata*". Su texto es el siguiente:

¹¹ MENDOZA DÍAZ-MAROTO, Francisco. "La pasión por los libros. Un acercamiento a la bibliofilia." Madrid: Espasa Calpe, S.A. 2002. p. 236.

¹² JARDIEL PONCELA, Enrique. Op. Cit. p. 217.

¹³ NERUDA, Pablo. Op. Cit. Tomo V. Barcelona: Galaxia Gutenberg. Círculo de Lectores. 2002. p. 236.

¹⁴ Ibidem. En casos como el relatado por Neruda, uno encuentra explicación para la ingeniosa frase de Jardiel Poncela cuando dice que "una errata de imprenta es siempre una invitación al crimen" (Ibid. p. 218).

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Ibid. pp. 236-237. Nota 2.

*"Es un duende maligno y solapado. Salta
en medio de las frases que el ingenio combina,
y con una terrible voluntad asesina
hunde en plena belleza el puñal de una falta.*

*La construcción magnífica del pensador asalta.
Al globo del estilo clava traidora espina.
Y en el concierto mágico del verbo desafina
emitiendo su nota perturbadora y alta.*

*El incansable artífice, a golpes de martillo
y de cincel ilustra su castillo encantado,
y él de un papirotazo desbarata el castillo.*

*En el cáliz del numen su ponzoña deslie,
y en el templo de Apolo, tras el dios colocado,
con una mueca infame, grotescamente, ríe"¹⁷*

El segundo se titula "Soneto a la errata" y es del escritor y dramaturgo español Alfonso Sastre:

*"Escritores dolientes, padecemos
esta grave epidemia de la errata.
La que no nos malhiere es que nos mata
y a veces lo que vemos no creemos.*

*Tontos del culo todos parecemos
ante el culto lector que nos maldice:
"Este escritor no sabe lo que dice",
y nos trata de gilís o de memos.*

*Los reyes de Rubén se hicieron rayos.
Subrayé, mas no vino la cursiva.
Donde pido mejores van mujeres.*

*Padecemos, leyéndonos, desmayos.
El alma queda muerta, más que viva
pues de erratas te matan o te mueres.*

*Estrambote:
Con sólo cinco erratas y un deslíz
en mi soneto, sería yo feliz".*

II. ERRORES Y ERRATAS. EL CASO DE LAS NORMAS LEGALES. ALGUNOS EJEMPLOS

Preciso es distinguir las erratas de los errores propiamente dichos. Los errores son equivocaciones que aparecen en la redacción de un escrito y que son de orden conceptual. Diferentes, por tanto, de las erratas, que son equivocaciones involuntarias de naturaleza puramente material producidas al transcribirse un texto. Como expresa Acosta Romero¹⁸, "la errata es la equivocación material cometida en un impreso o manuscrito por descuido, torpeza, confusión o lo ilegible de un original"¹⁹. Ello coincide con la definición de errata que ofrece el Diccionario de la Lengua Española: "Equivocación material cometida en lo impreso o manuscrito".

Veamos el siguiente caso citado por Luis Moisset de Espanés a propósito de las traducciones que, por cierto, son un campo especialmente fértil para que se produzcan errores con frecuencia:

"En un trabajo publicado por un profesor universitario encontré un día la siguiente frase, que reproduzco textualmente: 'En el antiguo derecho francés se le denomina renta vitalicia o viajera...'. "

¡Pobre renta! ¡Me la imagino descendiendo de un viejo coche de postas, ahogada por el polvo del camino, sosteniendo en sus manos una gran maleta de cuero, algo gastada, como corresponde al equipaje de los trotamundos!

¿De dónde había sacado este buen señor que a la renta se le llamaba 'viajera'? El error proviene de una defectuosa traducción de la palabra francesa 'viagère', que significa precisamente 'vitalicia' y ha sido traducida

¹⁷ FRUGONI, Emilio. "La errata". Citado por EDWARDS BELLO, Joaquín. Op Cit. pp. 126-127. Debo dejar constancia de que el texto de Edwards Bello que he tenido a la vista, consigna, en dos ocasiones (pp. 126 y 141), como apellido del autor del soneto *Frugone* y no Frugoni, atribuyéndole además la nacionalidad argentina. Lo primero confirma, una vez más, que Edwards Bello era un autor al que ciertamente perseguían sin descanso las erratas.

Como curiosidad, cabe mencionar que uno de los libros de poemas del poeta español José María Parreño se titula "Fe de erratas".

¹⁸ ACOSTA ROMERO, Manuel. "Segundo Curso de Derecho Administrativo". Segunda edición actualizada. México: Porrúa. 1993. p. 64.

¹⁹ En el ámbito bursátil no son infrecuentes tampoco los errores tipográficos, según da cuenta una noticia aparecida en el diario "El Comercio" de Lima el 3 de septiembre de 2004 con el título de "Un dedazo puede costar muchos millones en Wall Street". En el texto se informa del caso de un operador de Morgan Stanley que "colocó una orden para comprar una gran canasta de acciones valorada en varios miles de millones de dólares, en lugar de decenas de millones correspondiente al precio que quería pagar". También de otro en que "un error tipográfico en Lehman Brothers Holdings Inc. resultó en una exageración de US\$1.000 millones en la cantidad de apuestas bajistas o posiciones cortas, para las acciones del grupo de medios de comunicación Viacom Inc.". Se agrega que "en Wall Street, esta clase de errores se denominan comúnmente 'síndrome del dedazo' porque a menudo son causados por pulsar la tecla errónea".

"El País", en su edición de 24 de septiembre de 2005, informa del caso de una madrileña que, gracias a un error tipográfico en un folleto publicitario que recibió en su casa, ha podido adquirir un auto de lujo, cuyo precio real ascendía a 45.000 euros, por 9.000 euros. Señala la noticia que la mujer recibió un folleto publicitario en el que se ofertaban autos de lujo por 9.000 euros por lo que acudió al concesionario para adquirir uno. "Los empleados del concesionario le dijeron que debía haber un error tipográfico en la edición. Además, los trabajadores del establecimiento adherido al sistema arbitral de consumo, restaron importancia al precio que figuraba en la publicidad y respondieron a la mujer que nadie que conociera mínimamente el mercado podía dar credibilidad a semejante descuento, según un portavoz de la Dirección General de Consumo. Ante esta respuesta la mujer acudió al Instituto Regional de Arbitraje de Consumo para solicitar su mediación. En su laudo arbitral, el instituto estableció que el concesionario debía vender el coche a la mujer por el importe publicitado ya que al buzoneo de la publicidad errónea no siguió otro avisando del error ni tampoco se expuso un cartel en el comercio en el que se alertara de la errata".

por 'viajera'. 'Viagère' deriva del latín 'vi-agere', y significa que obra o actúa de por vida, es decir 'vitalicio'; en cambio el vocablo que en francés sirve para designar a una viajera es 'voyageuse'. El traductor, seducido por la similitud de los vocablos, incurrió en un error que habría obviado con sólo recurrir al diccionario"²⁰.

Como reza el proverbio italiano: "traduttore, traditore".

Las normas legales no escapan al riesgo de incurrirse en errores en su redacción, como parece evidente siendo como son obra humana²¹. Además, conforme lo recuerda don Ramón Serrano Suñer²², "como dice crudamente Carnelutti, el legislador puede ser –y lo es muchas veces– analfabeto, y el juez no puede serlo".

Por supuesto, tampoco en este ámbito, como señala Pérez Serrano²³, "vale confundir las especies: una cosa es... la errata auténtica, material, pura y sin malicia, y otra muy distinta la equivocación padecida por el autor del texto, aunque más tarde *commoditatis causa*, con un fácil endoso de culpas y responsabilidades, se quiere imputar al sufrido tipógrafo lo que fue inadvertencia del redactor. Lo cual entraña también cierta gravedad, porque mediante ese mecanismo simplista se intenta corregir como si fuera un fallo de la linotipia lo que realmente no lo es, y así se prescinde arbitrariamente del procedimiento legal adecuado para modificar un texto que se aprobó en términos indebidos, pero que fue aprobado desde luego".

Así, puede ocurrir, por ejemplo, que un mismo cuerpo legal contenga normas contradictorias entre sí, resultado de la falta de prolijidad en la regulación atribuible al legislador.

¿Cómo resolver esta situación a todas luces censurable?

Considero que en ese caso corresponde al intérprete procurar la conciliación de las normas que aparecen como incompatibles entre sí y, por tanto, determinar que es factible su coexistencia.

Pero, si ello no es posible, comparto la opinión de Messineo en el sentido de que "se debe recurrir a la que se llama interpretación abrogante (*interpretatio abrogans*), o sea, considerar como no escrita aquella de las dos normas que se presente, respecto de la otra, como desviación de los principios"²⁴.

Hay otro tipo de errores, no de erratas, que se producen cuando se emplea una expresión impropia, como ocurría, por ejemplo, con el artículo 1433 del Código Civil que señalaba:

"Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el incumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible...".

Esa era la redacción conforme al texto autógrafo del Código. Errónea, sin duda (¿incumplimiento parcialmente imposible?), pero no afectaba a fin de cuentas el sentido de la regla cuyos alcances podían establecerse sin mayor dificultad.

Cabe a este respecto relatar una anécdota. Producida la publicación del Código Civil de 1984, lo que se hizo durante varios días sucesivos en el mes de julio de ese año en separatas especiales del diario oficial "El Peruano", se detectó este error que provenía de los primeros proyectos de reforma. Alguien le propuso al Ministro de Justicia de ese entonces, que a la sazón era el doctor Max Arias Schreiber Pezet, rectificar el texto, a lo que éste se opuso rotundamente diciendo: "Ese es un error del Código, no una errata". Y el artículo en cuestión quedó tal cual, hasta que recién en mayo de 1995 se dictó la Ley 26451 que enmendó su texto²⁵.

²⁰ MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "El cazador, casado". Córdoba: Miguel Angel Libros. 1991. p. 16.

²¹ Cabe mencionar también el caso de los errores materiales producidos en las resoluciones judiciales, en el laudo y en las resoluciones administrativas. A propósito de los que pudiera contener una resolución judicial, el primer párrafo del artículo 407 del Código Procesal Civil, bajo el epígrafe "Corrección", establece: "Antes que la resolución cause ejecutoria, el juez puede, de oficio o a pedido de parte y sin trámite alguno, corregir cualquier error material evidente que contenga. Los errores numéricos y ortográficos pueden corregirse incluso durante la ejecución de la resolución".

En materia arbitral, la Ley General de Arbitraje 26572 señala en el primer párrafo de su artículo 54, bajo el epígrafe "Corrección e integración del laudo", lo siguiente: "A solicitud de parte, formulada dentro de los cinco (5) días posteriores a la notificación, o por propia iniciativa de los árbitros dentro del mismo plazo, éstos pueden corregir errores materiales, numéricos, de cálculo, tipográfico y de naturaleza similar".

Finalmente, a propósito de los actos administrativos, el artículo 201.1 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, indica: "Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión".

²² SERRANO SUÑER, Ramón. "Discurso a los abogados jóvenes". Publicaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Ciudad Real. 1963. p. 8.

²³ PÉREZ SERRANO, Nicolás. "Las erratas en las leyes." En: Escritos de Derecho Político. Tomo II. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local. 1984. pp. 849-850.

²⁴ MESSINEO, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial." Tomo I. Traducción de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1979. pp. 103-104.

²⁵ Como resultado de la modificación introducida por la Ley 26451, el artículo 1433 quedó redactado así: "Las reglas de los artículos 1431 y 1432 son aplicables cuando el cumplimiento de la prestación se hace parcialmente imposible (...)".

Un caso especialmente llamativo de error propiamente dicho se presenta con el artículo 1967 del Código Civil español referido al plazo de prescripción de determinadas acciones y cuyo texto es el siguiente:

“Por el transcurso de tres años prescriben las acciones para el cumplimiento de las obligaciones siguientes:

1ª. La de pagar a los jueces, abogados, registradores, notarios, escribanos, peritos, agentes y curiales sus honorarios y derechos y los gastos y desembolsos que hubiesen realizado en el desempeño de sus cargos u oficios en los asuntos a que las obligaciones se refieran.

2ª. La de satisfacer a los farmacéuticos las medicinas que suministraron; a los profesores y maestros sus honorarios y estipendios por la enseñanza que dieron, o por el ejercicio de su profesión, arte u oficio.

3ª. La de pagar a los menestrales, criados y jornaleros el importe de sus servicios, y el de los suministros o desembolsos que hubiesen hecho concernientes a los mismos.

4ª. La de abonar a los posaderos la comida y habitación, y a los mercaderes el precio de los géneros vendidos a otros que no lo sean, o que siéndolo se dediquen a distinto tráfico”.

Y a continuación el texto concluye señalando:

“El tiempo para la prescripción de las acciones a que se refieren los tres párrafos anteriores se contará desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios”.

¿Cuáles tres párrafos si el artículo tiene cuatro?²⁶

Díez Picazo dice que esa referencia a los tres párrafos anteriores, cuando el artículo contiene cuatro, “ha ocasionado una interminable y al parecer insoluble discusión doctrinaria”²⁷.

De Castro²⁸ menciona que el “párrafo final del artículo 1967, no sólo no se encontraba en el Proyecto de 1888, sino que el Proyecto de 1851 contiene una regla

totalmente contraria (‘corre la prescripción aunque hayan continuado los servicios, trabajos o suministros’) (art. 1974), sin más excepción que respecto a jueces, abogados, procuradores y curiales (art. 1972)”.

El mismo De Castro propone tres soluciones posibles²⁹:

1. La exclusión del primer párrafo derivada de una interpretación estrictamente literal.
2. Excluir el cuarto párrafo, estimando que el párrafo final no constituye uno independiente sino que integra el numerado como 4°. En tal caso, los tres párrafos anteriores serían el 3°, el 2° y el 1°. La solución que se propone se ve respaldada por el hecho de que el párrafo 4° no se refiere a servicios.
3. Incluir todos los párrafos. El legislador se proponía decir “los cuatro párrafos anteriores”. Menciona De Castro además que el Proyecto de 1888 contenía sólo tres párrafos, que en las ediciones primitivas y reformada del Código Civil, publicadas en la Colección legislativa, se dice “los cuatro párrafos anteriores”. Y se pregunta ¿intento de corrección “*in extremis*” de un error?³⁰

A pesar del tiempo transcurrido desde que entró en vigencia este Código (en 1889), no se ha modificado el texto del párrafo en cuestión.

Error también es el que se presenta en la Ley registral argentina 17801 y sobre el que llamaba mi atención el profesor Moisset de Espanés³¹.

En el artículo 21 se hace referencia a “la forma en que la documentación podrá ser considerada (...)”, debiendo haber dicho “consultada”.

Con ese error apareció en el Boletín Oficial. Lo curioso es que algunas editoriales decidieron por sí y ante sí, *manu militari*, “corregir” el error y transcribir el texto con el vocablo “consultada”. Inclusive algunos comentaristas de la ley han procedido sin más de ese mismo modo.

Pero como señala Moisset de Espanés³², “el error subsiste, pero no ha provocado problemas en el

²⁶ Una situación semejante se plantea en nuestro país a propósito del artículo 30 de la Ley General del Sistema Concursal 27809 que remite al segundo y tercer párrafos del artículo 32 de la misma ley, siendo que dicho artículo 32 tiene sólo dos párrafos. Al parecer, el error resulta de haberse eliminado un párrafo del artículo 32, que sí estaba considerado en los trabajos preparatorios, sin cuidar de rectificar el texto del artículo 30.

²⁷ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. “La prescripción extintiva. en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”. Madrid: Civitas. 2003. p. 237.

²⁸ DE CASTRO Y BRAVO, Federico. “Temas de Derecho Civil”. Reimpresión de la edición de 1972. Madrid: Rivadeneyra. 1976. p. 160.

²⁹ Ibid. pp. 159-160.

³⁰ DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. Op. Cit. p. 238, señala que a la última solución propuesta “pareció inclinarse finalmente De Castro, al señalar que no se ven razones intrínsecas para preferir la eliminación del párrafo primero o la del cuarto, mientras que existen razones para permitir que los jueces valoren el normal término de los servicios, porque no es usual a las buenas relaciones sociales exigir el pago antes de que terminen unos u otros”.

³¹ En comunicación de 9 de enero de 2004.

³² Ibidem.

funcionamiento de la norma, ya que por lo general las legislaciones locales, como la ley cordobesa 5771, hablan de 'consulta', que es lo correcto".

Igualmente, se presenta un caso de error en el siguiente ejemplo referido a un texto único concordado.

El artículo 155 de la Ley de Sociedades Mercantiles (posteriormente Ley General de Sociedades –vigente hasta el 31 de diciembre de 1997– pues a partir del 1 de enero de 1998 quedó sustituida por la Ley 26887) tenía la siguiente redacción original:

"El cargo de director es personal, salvo que el estatuto autorice la delegación".

El Decreto Ley 20152 de 25 de setiembre de 1973 reemplazó el texto del citado artículo en los términos siguientes:

"El cargo de director es personal, salvo que el Estatuto autorice la delegación.

Sólo podrán ser Directores, titulares, alternos o por delegación, los residentes del país".

Posteriormente, mediante Ley 23243 de 7 de abril de 1981, se derogó el Decreto Ley 20152. El artículo único de dicha ley estableció:

"Derógase el Decreto Ley 20152".

Tal derogación no restableció la vigencia del texto original del artículo 155 de la Ley de Sociedades Mercantiles, por lo que en estricto sentido ese artículo quedó sin contenido.

Ahora bien, mediante Decreto Legislativo 311 de 12 de noviembre de 1984, se modificó la Ley de Sociedades Mercantiles transformándola en Ley General de Sociedades.

El artículo 8 del citado Decreto Legislativo dispuso que el Poder Ejecutivo debía aprobar mediante Decreto Supremo el "Texto Único Concordado de la Ley General de Sociedades".

Pues bien, mediante Decreto Supremo 003-85-JUS de 14 de enero de 1985 fue aprobado el indicado Texto Único Concordado, en el que aparece como artículo 155 el texto original de dicho artículo contenido en la Ley de Sociedades Mercantiles antes de su modificación por el Decreto Ley 20152, en un caso claro de error de interpretación.

En efecto, se ha asumido equivocadamente que la derogación del Decreto Ley 20152 supuso la

reviviscencia del texto original del artículo 155.

Distinta habría sido la situación, por supuesto, si el citado Decreto Ley se hubiera limitado a agregar al artículo 155 un segundo párrafo (el referido al requisito de residencia en el país para ser director), lo que ciertamente no hizo porque reemplazó el artículo completo. Si aquél hubiera sido el caso, la derogación de tal modificación no habría afectado en absoluto el primer párrafo.

Finalmente, se presenta también un error en el Código Civil de 1984 cuando dos de sus artículos, con textos ligeramente distintos, regulan la misma materia. Me refiero al caso de los artículos 1881 y 1884 que se ocupan de los efectos que se producen para el acreedor negligente en la excusión de los bienes del deudor.

La explicación de esta situación es sencilla. El Código Civil de 1936 contenía una regla equivalente al artículo 1881 en su artículo 1781. Sin embargo, el Proyecto de la Comisión Reformadora reemplazó ese texto por el del actual artículo 1884, cuyo antecedente es el artículo 1955 del Código Civil Italiano. La Comisión Revisora asumió equivocadamente que la materia no estaba siendo regulada e incorporó el tenor del artículo 1781 citado.

Es cierto que el caso descrito no produce grandes trastornos, pero en aras de una apropiada técnica legislativa corresponde eliminar uno de los dos artículos. En una futura reforma del Código deberá suprimirse el artículo 1881, cuyos alcances son menos amplios que los del artículo 1884.

Dicho esto, pasemos a abordar la materia central propuesta.

III. LAS ERRATAS EN LA PUBLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES

Con arreglo al artículo 51 *in fine* de la Constitución Política del Perú de 1993, "la publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

Tal publicidad se cumple mediante la publicación de las normas legales correspondientes en el diario oficial "El Peruano". La publicación tiene por objeto, como es evidente, permitir que los destinatarios de la norma estén en aptitud de conocer su contenido.

La fórmula constitucional no es ciertamente la más acertada pues puede motivar que se concluya que la norma aún no publicada ya existe, pero no está vigente, entendido ello en el sentido de que todavía no despliega efectos jurídicos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que la publicación de la norma constituye una etapa del proceso para su formación que concluye precisamente con su reproducción en el diario oficial.

Sólo en ese momento la norma cobra propiamente existencia, pasa a integrarse al ordenamiento jurídico y es capaz de producir los efectos correspondientes, dependiendo, por supuesto, de si su eficacia es inmediata o diferida (esto último, por ejemplo, si media *vacatio legis*).

Tratándose particularmente de las leyes, son varias las patologías³³ que pueden presentarse:

a) En un régimen bicameral, el texto aprobado en la Cámara de origen se transmite erróneamente a la Cámara revisora o, comunicado correctamente a la revisora, ésta se equivoca y aprueba un texto diferente, él que es promulgado y publicado.

En este caso, en opinión de Moisset de Espanés³⁴, “no hay ley válida, porque no se produjo la necesaria coincidencia en los textos votados en los dos cuerpos”.

Considero por mi parte que lo que procede en este caso es dictar una nueva norma con el contenido correcto. Habría que señalar sin embargo que, si el vicio no afecta la ley en su integridad, sino sólo parcialmente, correspondería la enmienda, mediante una nueva disposición del mismo rango, sólo de la parte perjudicada por el vicio.

b) La ley es aprobada correctamente, pero se transmite erróneamente al Poder Ejecutivo cuando le es elevada para su promulgación, lo que deriva en la publicación de un texto que no es congruente con el propiamente aprobado.

En este caso debería aprobarse una nueva norma que derogue la precedente y la sustituya con el texto correcto.

Como señala Santaolalla López³⁵, “aquí no puede hablarse (...) de que la voluntad del legislador ha

sido mal reproducida por órgano distinto, pues es el documento original de la ley el que padece la errata y, consiguientemente, lo plasmado en él tiene que aceptarse como voluntad auténtica e indiscutible del Parlamento: el único órgano legitimado para ello (el Presidente de la Cámara) declara que el texto que remite es el que recoge fielmente la voluntad de las Cortes”.

Obviamente, si la norma no ha sido objeto de publicación aún, es posible enmendar lo actuado y proceder a la promulgación del texto correcto o, si es el caso, a una nueva promulgación³⁶.

c) La ley es aprobada y elevada correctamente al Poder Ejecutivo, pero éste promulga un texto diverso del que le fue enviado, el que es publicado.

En este supuesto corresponderá proceder a una nueva promulgación, dejándose sin efecto la publicación anterior.

d) La ley es promulgada conforme al texto aprobado por el Legislativo, pero su texto es comunicado erróneamente al diario oficial para su publicación.

Aquí procederá una nueva publicación sobre la base del texto auténtico, dejándose sin efecto la publicación anterior, haciéndose constar el error incurrido.

e) El texto finalmente enviado para su publicación es el correcto pero el error, la errata propiamente dicha, se produce al reproducirlo.

Esta última es, concretamente, la materia a la que interesa dedicar atención.

Conviene señalar por anticipado, que en todos los casos citados no puede descartarse que al tiempo de introducirse el remedio, la norma publicada haya desplegado algunos efectos.

Más aún, debe tomarse en consideración la presunción de legitimidad, autenticidad o regularidad de las

³³ Así las denomina Jorge Rodríguez-Zapata en su texto “Sanción, promulgación y publicación de las leyes”. Madrid: Tecnos. 1987. p. 172.

³⁴ Comunicación de 2 de enero de 2004.

³⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. “Comentarios a la Constitución Española de 1978”. Tomo VII. Madrid: Cortes Generales. Editoriales de Derecho Reunidas. 1978. p. 454.

³⁶ A este respecto es ilustrativo el siguiente caso que menciona PÉREZ SERRANO, Nicolás. Op. Cit. pp. 857-858: “Recordamos algún caso, que no es público, pero nos consta, en que se produjo una auténtica errata en la sanción de la ley. Suprimida la redención a metálico en el servicio del Ejército, subsistía en la Marina, y para corregir la anomalía se tramitó el oportuno proyecto de ley, en el que se derogaba el artículo *setenta* y siete de la Ley de 17 de agosto de 1885 y se abolía, por tanto, para el futuro (desde el día siguiente a la promulgación nada menos) la redención a metálico en el servicio de la Armada. Por desgracia, se deslizó una errata en el texto impreso llevado a la sanción de S. M., pues se derogaba el artículo *sesenta* y siete en vez de derogar el deseado. Firmados los ejemplares y cuando se iba a proceder a la promulgación por el Departamento afectado, se advirtió el error padecido y fue necesario llevar el nuevo texto, depurado ya, a la firma del rey, para que, rompiendo los ejemplares defectuosos, quedara todo en debida forma. Y, al fin, se publicó la ley, que es la de 2 de julio de 1914, aunque con la peripecia de demorarse la entrada en vigor de una disposición cuya urgencia era notoria”.

normas conforme al texto publicado de ellas. Es aceptable, por consiguiente, que los destinatarios de la norma asuman en principio –porque la presunción es sólo *iuris tantum*– que existe fidelidad en la reproducción del texto auténtico de la norma.

En consecuencia, si como resultado de una publicación posteriormente rectificadora se ha irrogado daños a alguna persona, ésta se encuentra perfectamente legitimada para accionar contra el responsable con el objeto de obtener la indemnización correspondiente³⁷.

De lo que se trata, entonces, es de analizar el caso de que la publicación de las normas en el diario oficial se realice con erratas, entendidas éstas como equivocaciones materiales de orden involuntario que alteran sustancialmente el texto genuino de la norma.

No puede descartarse, sin embargo, que, so pretexto de haberse incurrido en una errata se encuentre por la vía de la rectificación un medio de modificación ilegal de un texto legal, el que se busca corregir por haberse advertido en él algún defecto o deficiencia. Lamentablemente, esta práctica no ha sido precisamente inusual en nuestro medio³⁸.

En este caso, como bien indica Pérez Serrano³⁹, se trata

de "erratas apócrifas, impuras, y que en el fondo de la operación late un poso execrable y repugnante por la deslealtad con que se actúa: no son casos de errata sino de felonía".

El mismo autor⁴⁰ señala que la errata puede ser "trivial e intrascendente, y el 'buen sentido del lector', la salva, según la fórmula estereotipada. Pero también puede ser tan grave o fundamental (...) que el lector no caiga en la cuenta, pues en el precepto que se redactó para expresar la afirmativa se intercala una extemporánea negación que subvierte por completo el sentido, induciendo a gravísimo error al que no estuviera advertido de antemano".

A decir de Biglino Campos⁴¹, "los errores que no modifican el contenido de la ley constituyen irregularidades que carecen de relevancia (...). Por su falta de trascendencia en realidad estas erratas no requieren ni tan siquiera de corrección. En efecto, el artículo 19 del Real Decreto de Ordenación del Boletín Oficial del Estado establece la necesidad de rectificar tan sólo aquellos errores que supongan una alteración o modificación del sentido de las disposiciones publicadas, o puedan suscitar dudas al respecto"⁴².

Tres ejemplos referidos al Código Civil de 1984 pueden graficar adecuadamente lo indicado.

³⁷ Coinciden en este parecer, SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 453 y RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge. Op. Cit. p. 173.

³⁸ Tampoco, por lo demás, en otros países. Así, refiriéndose al caso de México, señala ACOSTA ROMERO, Manuel. Op. Cit. p. 64, lo siguiente: "En estricto sentido, como ha quedado asentado, en la fe de erratas deben indicarse los errores materiales, señalando la palabra cambiada, la puntuación omitida, el renglón mal ubicado, etc. Sin embargo, en nuestro país se ha llegado a hacer un mal uso de las erratas, ya que a través de ellas se ha modificado el contenido de una ley o cambiado su sentido al darse cuenta, en un momento posterior, que la ley presenta alguna disposición inconveniente.

Esto es a todas luces indebido, ya que si se ha seguido todo un procedimiento para establecer una ley, no es correcto que se cambie una disposición por la vía de la fe de erratas, ya que en ella no intervienen los órganos que constitucionalmente están facultados para determinar el derecho; pues conforme al artículo 72, inciso f), de la Constitución para la modificación de las leyes debe seguirse el mismo procedimiento que para su formación.

Conviene aclarar que, teóricamente, la errata no es una modificación de la ley, sino enmendar o corregir un error de imprenta".

El mismo autor menciona el siguiente caso de uso indebido de las fe de erratas:

"Otro ejemplo de dicho uso es la fe de erratas que modifica el decreto por el cual se redujo a casi la mitad del área de los predios que se desincorporaron del Departamento del Distrito Federal, designándolos a determinadas personas, a las cuales se les causó un perjuicio patrimonial. Pues este decreto se publicó en el *Diario Oficial* de la Federación, del 27 de abril de 1981, y la fe de erratas, el 26 de noviembre de 1986, es decir, cinco años después, mismo que transcribo enseguida:

FE de erratas al decreto por el que se desincorporaron 206 predios del dominio del Departamento del Distrito Federal, a favor de las personas e instituciones que se indican, publicado el 27 de abril de 1981.

En la página 60, de la primera sección, primera columna, párrafo cuarto, renglón cuarto dice:

ción catastral 62-144 con superficie de 392.00 m² y

Debe decir:

ción catastral 161-144 con superficie de 241.76 m².

³⁹ PÉREZ SERRANO, Nicolás. Op. Cit. p. 847.

⁴⁰ *Ibid.* p. 848.

⁴¹ BIGLINO CAMPOS, Paloma. "La publicación de la ley". Madrid: Tecnos. 1993. p. 142.

⁴² El artículo 19 del Real Decreto 1511/ 1986 de 6 de junio, de Ordenación del Boletín Oficial del Estado, establece lo siguiente:

"Si alguna disposición oficial aparece publicada con erratas que alteren o modifiquen su contenido, será reproducida inmediatamente en su totalidad o en la parte necesaria, con las debidas correcciones. Estas rectificaciones se realizarán de acuerdo con las siguientes normas:

1a. El diario oficial del Estado rectificará, por sí mismo o a instancia de los Departamentos u Organismos interesados, los errores de composición o impresión que se produzcan en la publicación de las disposiciones oficiales, siempre que supongan alteración o modificación del sentido de las mismas o puedan suscitar dudas al respecto. A tal efecto, los correspondientes servicios de la Dirección General del Boletín Oficial del Estado conservarán clasificados por días, el original de cada número, durante el plazo de seis meses, a partir de su publicación.

2a. Cuando se trate de errores padecidos en el texto remitido para publicación, su rectificación se realizará del modo siguiente:

a) Los meros errores u omisiones materiales, que no constituyan modificación o alteración del sentido de las disposiciones o se deduzcan claramente del contexto, pero cuya rectificación se juzgue conveniente para evitar posibles confusiones, se salvarán por los Organismos respectivos instando la reproducción del texto, o de la parte necesaria del mismo, con las debidas correcciones.

b) En los demás casos, y siempre que los errores u omisiones puedan suponer una real o aparente modificación del contenido o del sentido de la norma, se salvarán mediante disposición del mismo rango".

Así, el artículo 1153 fue publicado inicialmente con la siguiente redacción: "El incumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer ...", siendo que el texto autógrafa señalaba: "El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso ...". La errata no era en verdad trascendental y podía ser salvada fácilmente de la simple lectura del texto⁴³.

Tampoco tiene carácter esencial la falta de concordancia que se encuentra en el inciso 3 del artículo 2058 que dice:

"Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción. Salvo convención en contrario, **contemporáneo** o anterior a la sumisión, la elección del tribunal es exclusiva".

Grave en cambio era la errata que también apareció en la publicación inicial, en que la parte final del artículo 1256 decía así: "(...) Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente, a una deuda ilíquida o no vencida". El texto correcto, conforme a la autógrafa, es: "(...) Sin el asentimiento del acreedor, no se imputará el pago parcialmente o a una deuda ilíquida o no vencida".

El primer texto sustituyó la conjunción disyuntiva "o" por una coma lo que alteraba completamente el sentido de la norma, de acuerdo con la cual lo que no resultaba procedente sin mediar asentimiento del acreedor era imputar el pago parcialmente a una deuda ilíquida o hacerlo, también parcialmente, a una no vencida, lo que carece de sentido, cuando el propósito más bien es comprender tres situaciones: no poder imputarse el pago parcialmente, no poder hacerlo a una deuda ilíquida y, finalmente, no poder hacerlo a una no vencida sin que medie asentimiento del acreedor⁴⁴.

Lo que sorprende es que esa versión inicial errónea sigue siendo reproducida en muchas ediciones del Código Civil, incluyendo algunas calificadas como oficiales.

Pérez Serrano también se refiere a las erratas sarcásticas y vengadoras⁴⁵, a las que podría agregarse las que

correspondería calificar como malvadas o maliciosas, aunque éstas carecen del carácter involuntario con el que procede tipificar estrictamente a las auténticas erratas.

Baste mencionar un caso ocurrido en España donde en la transcripción en el Boletín Oficial del Estado de una norma, en lugar de hacerse referencia al Consejo General del Poder Judicial se mencionaba al Consejo General del Poder Judicial –¡con perdón!–.

El propósito de una rectificación, cuya necesidad se origina en la existencia de un defecto en la publicación, es reproducir el texto auténtico de la norma. Por ello, la rectificación debe guardar perfecta armonía con dicho texto. En cambio, si el propósito verdadero es modificar el texto originalmente aprobado, es indispensable que se dicte una nueva norma en tal sentido, respetándose escrupulosamente el procedimiento para ello. De lo contrario, la supuesta "fe de erratas" carecerá de todo valor legal.

En relación con este asunto, cabe mencionar lo ocurrido con la Constitución Política del Perú de 1979, después de mandarse publicar y cumplir el 28 de julio de 1980.

El diario oficial "El Peruano" la publicó en su edición de 30 de julio de 1980. Días más tarde, el 13 de agosto de 1980, apareció una rectificación, insertándose lo que aparentemente resultaba ser un texto faltante: una Declaración de la Asamblea Constituyente sobre los fondos oceánicos y subsuelo aprobada el 3 de mayo de 1979.

Sin embargo, confrontado el texto de la autógrafa, copia de la cual he tenido a la vista, dicho texto no aparece incluido en ella. Sí aparece, en cambio, otra Declaración de la misma fecha sobre la Antártida.

Al formularse el texto autógrafa se omitió sin duda insertar esa primera Declaración. Pero no estaba justificada la rectificación, que debió hacerla en dicho texto autógrafa la propia Asamblea Constituyente mientras se encontraba en funciones.

⁴³ Lo mismo ocurre en el caso del Decreto Legislativo 295 de promulgación del Código Civil de 1984 que, en su artículo 1, indica inicialmente que el Código consta de 2132 artículos, lo que es erróneo, siendo que el propio artículo *in fine*, al referirse al Título Final del Código, indica que comprende los artículos 2112 al 2122.

Lo singular es que en algunas ediciones del Código Civil, se ha "corregido" el contenido del Decreto Legislativo 295 y allí donde dice 2132, conforme aparece en su texto autógrafa, se ha colocado 2122.

⁴⁴ Y pensar que todo ello se originaba por una "simple" coma, lo que me hace recordar la siguiente anécdota que reproduzco del diario "El Comercio" de Lima, que la publicó bajo el título de "La travesía coma" en fecha que no puedo precisar:

"El maestro Domingo Faustino Sarmiento fue inspector de escuelas y después de examinar a los alumnos de un aula, le dijo al profesor:
- Sus alumnos están muy bien en historia, geografía y matemáticas, lo felicito. En cambio, están mal en el uso de los signos de puntuación.
- Sí, señor inspector, trataré de corregir esa falla, aunque me permito decirle que no me parece muy importante.
- ¿Que no es importante la buena puntuación? Se lo voy a demostrar. Se acercó al pizarrón y escribió: 'El maestro dice, el inspector es un ignorante'.

⁴⁵ PÉREZ SERRANO, Nicolás. Op. Cit. p. 849.

De hecho, la edición oficial del texto constitucional publicada en cumplimiento de la Resolución Ministerial 020-81-JUS de 2 de febrero de 1981, dictada siendo Ministro de Justicia el doctor Felipe Osterling Parodi, justificadamente no la incluyó. Sí lo hizo en cambio una edición del diario oficial "El Peruano".

En opinión de Lacruz Berdejo⁴⁶, "en cualquier caso, emplear el sistema de las correcciones para cambiar el sentido de una ley (como si, por ejemplo, se corrige la edad de sesenta años para la jubilación y se pone la de setenta), sería proceder evidentemente ilegal y la rectificación así publicada es nula".

En el mismo sentido se pronuncia Andrés Aramburú Menchaca⁴⁷ al decir que "una fe de erratas sólo puede referirse a una equivocación material de lo impreso o manuscrito, según el Diccionario de la Academia de la Lengua. Si lo que publicó 'El Peruano' no coincide con la autógrafa del decreto legislativo, lo cual es fácil establecer comparando ambos textos, la responsabilidad correspondía al diario oficial y la rectificación –más que fe de erratas– era procedente. Equivocaciones de esta índole pueden ocurrir en cualquier diario. Pero si no es así, si el error proviene de haberse puesto en la autógrafa lo que no se quiso poner, la fe de erratas no es tal sino que deviene un procedimiento irregular para cambiar lo legislado y esto es inadmisibles". Y más adelante agrega: "Por una simple fe de erratas no se puede variar el fondo de las normas legales, ni los plazos que contempla, ni las autoridades señaladas para su cumplimiento".

Pérez Serrano menciona un caso que merece la pena citarse⁴⁸. Dice que "en comprobación de lo expuesto al afirmar que a veces se procede a 'corregir' como si fueran erratas de imprenta lo que en realidad eran 'errores de redacción', evoquemos un peregrino episodio: la Ley de 28 de junio de 1940 (Boletín Oficial del Estado de 10 de julio siguiente) dispuso en su artículo 3°, que disfrutarán de las pensiones correspondientes según el Estatuto de Clases Pasivas '... las viudas, huérfanos y madres viudas' de funcionarios que se hallaban en prisión. No cabe dudar del generoso espíritu que animaba al legislador; mas como quiera que resultaba evidentemente un tanto extraño que existieran viudas y huérfanos cuando vivía el marido y padre de los interesados, pronto vino la rectificación, y el periódico oficial, con fecha 17 de julio,

volvió a publicar el texto, pero hablando ya de 'esposas, hijos y madres viudas' (aparte de alguna otra variante)".

Biglino Campos⁴⁹ opina en términos similares al indicar que "servirse de la corrección de errores para objetivos distintos puede provocar consecuencias sobre la validez de la norma. Esto ocurriría, por ejemplo, si se utilizase para alterar un texto que en realidad era auténtico, introduciéndole modificaciones que no han sido aprobadas por el Parlamento. En este caso la corrección de errores no intentaría reparar un defecto, ya que éste no ha existido, sino que constituiría un acto gravemente viciado, por ser una actuación puramente material contraria al ordenamiento jurídico. El resultado debería ser la invalidez de la rectificación".

Luis María Díez Picazo⁵⁰ se refiere, en el caso de utilizarse la corrección de erratas como un mecanismo derogatorio, a las derogaciones *extra ordinem*. Dice que "la errata verdadera (cometida por quien copia el texto normativo para el diario oficial), (...) puede ser corregida por quien la ha cometido y, por tanto, por el encargado del diario oficial. El problema surge, en cambio, cuando lo que se corrige, por leve e intrascendente que sea, no es un error material del transcriptor, sino que se modifica el texto aprobado por el legislador. En este último supuesto, hay siempre derogación *extra ordinem*".

Agrega que ello, "además de suponer, en su caso, la comisión del delito de usurpación de funciones por parte del funcionario correspondiente, implica la invalidez de la nueva disposición que ha aparecido en el diario oficial".

En este caso, procederá la interposición de una acción de inconstitucionalidad o una acción popular, dependiendo del tipo de norma afectada por el vicio, a partir de la publicación de la fe de erratas.

También conviene mencionar a este respecto un caso ocurrido hace algunos años en nuestro país.

Con fecha 7 de abril de 1988 se dictó el Decreto Legislativo 469 de las "operaciones bancarias para asegurar su eficaz gestión, descentralización y democratización".

El 10 de abril de 1988 se publicó una primera versión del indicado decreto legislativo en la separata de

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, José Luis. "Elementos de Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil". Volumen I: Intruducción. Tomo I. Barcelona: Bosch. 1982. p. 160.

⁴⁷ ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés. "Erratas". El Comercio, Lima, 8 de enero de 1982. p. 2. Incluido posteriormente en "Notas al margen de la Constitución". Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva. 1990. pp. 207-208.

⁴⁸ PEREZ SERRANO, Nicolás. Op. Cit. pp. 850-851.

⁴⁹ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. pp. 147-148.

⁵⁰ DÍEZ PICAZO, Luis María. "La derogación de las leyes". Madrid: Civitas. 1990. p. 158.

normas legales del diario oficial "El Peruano". Luego, el 26 de abril de 1988 fue publicada una nueva versión que contenía modificaciones sustanciales al texto publicado inicialmente.

Días más tarde, el 4 de mayo de 1988, apareció publicado en el diario oficial "El Peruano" el siguiente Comunicado Oficial con el título: "Decreto Legislativo 469 publicado el 10 de abril tiene validez legal":

COMUNICADO OFICIAL

1. El día domingo 10 de abril de 1988 se publicó en el diario oficial "El Peruano", el texto aprobado por el Consejo de Ministros del Decreto Legislativo 469.
2. El día martes 26 de abril de 1988, a solicitud de la Secretaría General del Ministerio de Economía y Finanzas, se hizo una nueva publicación de dicho Decreto Legislativo en el diario oficial "El Peruano", sin autorización ni conocimiento del Ministro de Economía y Finanzas.
3. La Secretaría General del Ministerio de Economía y Finanzas luego de reconocer este error presentó renuncia al cargo, la misma que ha sido inmediatamente aceptada.
4. Por lo expuesto en el presente comunicado, resulta que la única versión del Decreto Legislativo 469 se ha publicado el día domingo 10 de abril de 1988 en el diario oficial "El Peruano". Las erratas formales de este Decreto Legislativo serán publicadas próximamente.

OFICINA DE COMUNICACIONES

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

Lima, 3 de mayo de 1988.

IV. LA RECTIFICACIÓN.

Teniendo en cuenta los casos planteados, ¿cómo debe procederse entonces para efectuar una rectificación?

Siempre que se trate de la corrección de un error involuntario incurrido al publicar el texto, será suficiente dejar sin efecto, en todo o en parte, el que se publicó con fallas e insertar la versión correcta.

La publicación deberá ser dispuesta a iniciativa de la misma autoridad que ordenó o verificó la anterior.

En España, según el artículo 19, 1a. del Real Decreto 1511/1986 de 6 de junio, la rectificación debe realizarla el Boletín Oficial del Estado por sí mismo o a instancia de los Departamentos u Organismos interesados.

Pérez Serrano⁵¹ se pronuncia en este sentido y señala que "lo correcto, pues, consiste en recordar el consabido principio tantas veces invocado en Derecho con arreglo al cual *illius est tollere cujus est condere*. No es que deba exigirse siempre una nueva votación parlamentaria, por ejemplo, del texto legal adulterado. Pero si en el decreto de promulgación se produjo el yerro, parece natural que la misma autoridad (y en rigor con idénticas formalidades) deje sin efecto la versión equivocada y dé a conocer la válida y vinculante. (...). Desgraciadamente, no suele hacerse así. Lo corriente es que con la rúbrica inexpressiva de 'Rectificación' se nos diga simplemente que 'habiéndose padecido error en la inserción ...' etcétera, se 'figura a continuación' la forma en que ha de quedar la norma respectiva. Y esto se hace (...) por una simple gacetilla, sin consignar más que una fecha a lo sumo, y, por supuesto, sin que nadie firme ni autorice la susodicha rectificación. ¿Qué opinar de tan expeditivo procedimiento?"

Es de mencionarse que en nuestro país la publicación de una fe de erratas se efectúa cumpliéndose con indicar el funcionario que la ha solicitado. Ello deriva de lo establecido en el artículo 6 de la Ley Marco para la producción y sistematización legislativa 26889 de 9 de diciembre de 1997 y que lleva por título "Fe de erratas"⁵².

El artículo 6 señala lo siguiente:

"6.1. Las leyes y normas de menor jerarquía publicadas en el Diario Oficial que contengan errores

⁵¹ PÉREZ SERRANO, Nicolás. Op. Cit. p. 863.

⁵² Un caso excepcional, anterior a la vigencia de la Ley 26889, se produjo respecto de la Ley 24971, publicada el 23 de diciembre de 1988 en el diario oficial "El Peruano". El 31 de diciembre de 1988 apareció en la separata de normas legales del mismo diario oficial (p. 71243), con el título "Fe de erratas de la Ley 24971", el siguiente texto:

"En mi calidad de Presidente de la Comisión de Economía, Finanzas y Banca, de la Cámara de Senadores para solicitarle que disponga la corrección de la errata que aparece en 'El Peruano' de su digna dirección, Sección Normas Legales, página 70977, del día viernes 23 de diciembre, en donde se transcribe equivocadamente el artículo 40 de la Ley 24971 o del Equilibrio Financiero del presupuesto del Gobierno Central para 1989.

Dice el artículo errado: 'Art. 40. Ampliase hasta el 31 de diciembre de 1980...', debe decir según consta en el texto de la Ley aprobada por ambas Cámaras cuya versión remitida al Poder Ejecutivo obra en mi poder y es comprobable en la Oficialía Mayor del Senado: 'Ampliase hasta el 31 de diciembre de 1989...'

Carlos Enrique Melgar López, Senador, Presidente de la Comisión de Economía, Finanzas y Banca del Senado".

materiales deben ser objeto de rectificación mediante fe de erratas. Las erratas en que incurra el Diario Oficial son corregidas por éste, bajo responsabilidad, dentro de los diez días útiles siguientes.

2. La rectificación debe ser solicitada, bajo responsabilidad, por el funcionario autorizado del órgano que expidió la norma, mediante un escrito en que exprese con claridad el error cometido y el texto rectificatorio. La solicitud debe ser entregada al Diario Oficial dentro de los ocho días útiles siguientes a la publicación original, a fin de que se publique en un plazo perentorio no mayor de los dos días útiles siguientes, bajo responsabilidad del Director del Diario Oficial. De no publicarse la fe de erratas en el plazo señalado, la rectificación sólo procede mediante la expedición de otra norma de rango equivalente o superior⁵³.

Como puede apreciarse, la norma distingue los errores materiales que contengan las leyes y normas de menor jerarquía publicadas en el diario oficial, que deben ser objeto de rectificación mediante fe de erratas, de las erratas en que incurra el mismo diario oficial y que deben ser corregidas por éste. Parece evidente que en este último caso se está aludiendo a errores de impresión o composición que son precisamente errores materiales, involuntarios, que pueden ser detectados fácilmente comparando el texto publicado con la autógrafa de la norma, y que son los únicos que pueden dar lugar con propiedad a una fe de erratas.

Sin embargo, ¿a qué errores materiales susceptibles de rectificación se refiere entonces la norma?

Es incomprensible que si la denominada rectificación de los errores materiales no se produce dentro del plazo que indica la norma, resulte necesario acudir a la expedición de otra de rango equivalente o superior para efectuar la corrección. Esto no puede significar otra cosa que el hecho de que los llamados "errores materiales" constituyen más bien defectos formales o conceptuales, resultando inadmisibles en consecuencia y desde un principio su rectificación por la vía de la fe de erratas.

Se hace necesaria, pues, una modificación del artículo 6 de la Ley 26889 con el objeto de corregir su texto que incurre en un exceso manifiesto.

Sin perjuicio de ello, debe relevarse la circunstancia de que la norma establezca un plazo breve para proceder a la corrección.

En opinión de Santaolalla López⁵⁴, "la rectificación de erratas no debiera ser más que el remedio quirúrgico al que hay que recurrir en situaciones extremas y, de darse, darse cuanto antes, o sea, publicarlas con la mayor inmediatez posible a la publicación defectuosa".

Biglino Campos⁵⁵, refiriéndose al ordenamiento español menciona que éste "no establece ningún tipo de límite temporal dentro del cual cabe realizar la corrección de errores. Únicamente, el Real Decreto de Ordenación del Boletín Oficial del Estado establece, a estos efectos, la obligación de dicho organismo de conservar durante el plazo de seis meses el original de cada número del periódico oficial (art. 19, 1a.). Ello no significa, sin embargo, que sea correcto retrasar la corrección hasta el límite. Para poder llegar a alguna conclusión acerca de este tema es preciso recurrir a las reglas generales acerca de la publicación, ya que la rectificación del error, constituye, en definitiva, la primera publicación del texto auténtico de la ley. Por ello, resulta de aplicación para la misma el mandato constitucional contenido en el artículo 91⁵⁶, que establece que la publicación se realice de forma inmediata".

No obstante, en España se han presentado situaciones como la de la Orden de 29 de noviembre de 1995 que se corrigió sólo el 7 de mayo de 1999, transcurridos más de tres años y cinco meses de su dación.

V. EFECTOS DE LA RECTIFICACIÓN

¿Desde cuándo produce efectos la rectificación?

Es necesario advertir que el texto auténtico de la norma, en todo o en parte, según los casos, cobra existencia sólo a partir de la publicación de la rectificación de la errata. En consecuencia, corresponde que la nueva publicación produzca efectos *ex nunc* y no de orden retroactivo.

⁵³ Antes de la vigencia de la Ley 26889 regía el artículo 4 del Decreto Supremo 018-97-PCM de 18 de abril de 1997 que establecía lo siguiente: "El ente emisor de la norma cuenta con un plazo de 30 días naturales para presentar a las oficinas del Diario Oficial El Peruano, un único documento conteniendo la fe de erratas de la norma. El plazo se computará a partir de la fecha de publicación del dispositivo legal correspondiente.

Luego de la presentación oportuna del documento referido, el ente emisor no podrá volver a presentar una nueva fe de erratas. En caso haya transcurrido el plazo sin la presentación del documento mencionado en el primer párrafo, el texto publicado solamente se modificará mediante la emisión de una norma modificatoria".

⁵⁴ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Op. Cit. pp. 452-453.

⁵⁵ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. pp. 149-150.

⁵⁶ El artículo 91 de la Constitución Española señala lo siguiente: "El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales, y las promulgará y ordenará su inmediata publicación".

Como señala Biglino Campos⁵⁷, " sólo a partir de la corrección de errores puede considerarse que el nuevo texto está presente a todos los efectos en el mundo del Derecho, entre otras razones porque antes no era posible su conocimiento" .

Y más adelante agrega que " en el caso del error, la rectificación no esclarece lo oscuro, sino que modifica lo claro" .

Esto tiene especial significado cuando la corrección supone una rectificación de un defecto material en la publicación, que no es simplemente ortográfico, caso en el cual carece, por lo demás, de significado, sino que altera sustancialmente el contenido de la norma.

Interesa plantear el supuesto mencionado por Manuel Batlle Vásquez⁵⁸, esto es, " que la ley se publique con erratas en el Boletín Oficial y posteriormente y en el propio Boletín se rectifiquen aquéllas. ¿Qué fecha sirve de arranque para el cómputo de la *vacatio*?"

El autor citado se refiere al caso en que para entrar en vigencia la norma debe mediar un determinado lapso (*vacatio legis*) y no que ella opere el mismo día de la publicación o el siguiente, y dentro del lapso se produzca la publicación de la fe de erratas.

Batlle Vásquez, para resolver la cuestión, distingue los supuestos⁵⁹: " si las erratas son meramente de imprenta y no alteran la comprensión y sentido de la ley el problema es irrelevante, pero si la alteran debe considerarse la fecha de la rectificación, aunque no parece que haya inconveniente en atender a la fecha de la primera publicación en cuanto a aquellos extremos de la ley que no guarden relación con lo rectificado" .

Las mismas soluciones deben aplicarse si no media *vacatio legis*. En efecto, si se trata de errores que no afectan el sentido de la norma, la corrección será en verdad irrelevante. No así si afecta los alcances originales de la norma –el defecto de la publicación fue sustancial–, en cuyo caso la norma corregida empezará a regir considerando la oportunidad de la rectificación.

Conviene mencionar acerca de este asunto el artículo 141 de la Constitución de la República de El Salvador de 15 de diciembre de 1983, de acuerdo con el cual: " En caso de evidente error en la impresión del texto de la ley, se volverá a publicar, a más tardar dentro de

diez días. Se tendrá la última publicación como su texto auténtico; y de la fecha de la nueva publicación se contará el término para su vigencia" .

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 44 de las Bases para un cambio constitucional⁶⁰: " En caso de producirse error en la impresión o composición al publicarse las disposiciones legales, éstas deberán volverse a publicar en su totalidad, con las debidas correcciones, ciñéndose al texto autógrafa aprobado. Se tendrá la última publicación como texto auténtico de las disposiciones legales y su vigencia se contará a partir de la nueva publicación.

En caso de errores sustanciales o formales en las disposiciones legales, será necesaria su modificación o derogación de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente" .

Por su parte, el artículo 3 del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas del Profesor Haroldo Valladao, señala lo siguiente: " La reedición de la ley con objeto de proceder a su corrección es permitida sólo a fin de zanjar divergencias del texto publicado con el original firmado" (parágrafo 4). " Hecha la reedición, la vigencia del texto será considerada a partir de la nueva publicación" (parágrafo 5).

¿Cómo evitar en lo posible los errores en la publicación de las normas legales?

En el primer borrador del Anteproyecto de ley de democratización de las decisiones de gobierno preparado por el Instituto Libertad y Democracia (ILD) y publicado en una separata especial del diario oficial " El Peruano" de 28 de febrero de 1990, se establece lo siguiente:

" Las normas a que se refieren los incisos a) al h), n) y o) del artículo anterior serán publicadas a través de medios de reproducción fotomecánica y reducida de la versión autógrafa ..." .

De este modo se buscaba excluir la necesidad de las fe de erratas –cuya utilización indebida constituía una costumbre inveterada–, disponiéndose la publicación del texto autógrafa de la norma.

Así se procedió, por ejemplo, con la primera edición oficial del Código Civil que hizo el diario oficial " El

⁵⁷ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. pp. 152-153.

⁵⁸ BATLLE VÁSQUEZ, Manuel. " Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales" . Tomo I. Madrid: EDESA. 1978. p. 72.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Instituto de Economía de Libre Mercado. Lima. 1993.

Peruano" en 1984, que es el único texto fidedigno existente de la versión original promulgada.

Los avances de la informática debieran ofrecernos medios adecuados para evitar que se presenten errores en la publicación de las normas.

No obstante, como bien dice Santaolalla⁶¹, "la práctica demuestra que el mal no ha desaparecido del todo y que incluso las ventajas que se obtienen por un lado a veces se compensan negativamente por otro". Y agrega: "Me refiero al exceso de confianza que puede brindar el soporte informático, que al rebajar la atención del corrector de los textos favorece el arrastre de errores y erratas".

Aun con los adelantos de la técnica y los extremos cuidados que puede ponerse en la revisión de las pruebas, no puede asegurarse totalmente que una publicación esté libre de erratas.

Recuerda Esteban⁶²: "Conocido y hasta bochornoso es el caso de aquel libro en cuya última página se insertó esta orgullosa declaración: 'Este libro no tiene erratas', y la fatalidad hizo que se imprimiera, 'eratas'".

VI. CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CORRECCIÓN DE ERRORES

Corresponde analizar ahora las consecuencias que se producen, entre otros casos, como resultado del hecho de haberse publicado una norma con errores sin haberse procedido a su corrección.

Previamente es importante hacer notar, como lo hace Biglino Campos⁶³ que "sólo cuando el error en la publicación ha supuesto una alteración que ha transformado el contenido de la ley aprobada por el Parlamento, puede tener consecuencias sobre la validez de la ley. En efecto, en este caso se ha producido una infracción del texto constitucional.

Es evidente que el mandato de publicación contenido en el artículo 91 de la Constitución (española)⁶⁴ se refiere a la ley con el contenido que ha recibido durante las anteriores fases procedimentales. En caso de que la publicación altere dicho texto de forma significativa, se produce un doble fenómeno. (...) De una parte, el texto auténtico de la ley, que por la deformidad de la publicación no ha llegado a publicarse, carece de existencia porque su procedimiento de elaboración no

se ha completado. Pero por otra parte, se publica y adquiere eficacia una norma cuyo contenido no ha sido objeto de ninguna de las fases que componen el procedimiento".

Precisamente para enmendar esa publicación infiel se hace necesaria la correspondiente corrección de erratas.

Pero tal corrección de erratas puede no efectuarse o realizarse sólo de modo parcial y, por tanto, incompleto, o puede ocurrir que se haga, pero alterando, además, el texto auténtico de la norma.

En los dos primeros supuestos, la norma publicada equivocadamente no habrá revertido en tal caso su condición de inconstitucional o ilegal, lo que determinará que pueda interponerse contra ella la correspondiente acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional o la acción popular.

Igual posibilidad está abierta en el caso de que se haya utilizado la corrección de erratas para modificar el contenido auténtico de una norma.

La acción de inconstitucionalidad resultará procedente tratándose de leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados internacionales que hayan o no requerido de aprobación del Congreso, Reglamento del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 200, inciso 4, de la Constitución Política del Perú de 1993 y 77 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).

Tratándose de reglamentos y normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, procede la interposición de la acción popular, conforme a lo establecido en los artículos 200, inciso 5, de la Constitución Política del Perú de 1993 y 76 del Código Procesal Constitucional (Ley 28237).

El artículo 76 mencionado señala que la demanda de acción popular procede siempre que las normas citadas infrinjan la Constitución o la ley o cuando no hayan sido expedidas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución o la ley, según el caso.

Debe anotarse que, de resolverse favorablemente acerca de la inconstitucionalidad o ilegalidad de la norma publicada con errores sustanciales no corregidos, así como en los otros casos mencionados, ello

⁶¹ SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando. Op. Cit. p. 450.

⁶² ESTEBAN, José. Op. Cit. p. 69.

⁶³ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. pp. 142-143.

⁶⁴ Ver nota 56, *supra*.

determinará que la norma cuestionada quede sin efecto en todo o en parte.

Sin embargo, hará falta la publicación del texto auténtico sin vicios en su transcripción para que cobre existencia.

Al respecto, comparto la opinión de Biglino Campos⁶⁵ en el sentido de que a fin de “evitar el vacío jurídico en el lugar ocupado por la norma invalidada, a la espera de que se procediese a la publicación del texto de la ley omitido”, correspondería que el propio Tribunal Constitucional en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad o el Poder Judicial tratándose de la acción popular, declare en su sentencia el contenido auténtico de la norma, el que adquiriría plena eficacia desde el día siguiente de la publicación de dicha sentencia.

Admitir tal posibilidad, en palabras de la autora citada⁶⁶, “conlleva dos consecuencias que son armónicas con los principios de nuestro ordenamiento. En primer lugar, consiente que se transforme en ley el contenido de la voluntad del Parlamento, con lo que no sólo se respeta la libertad del legislador, sino que además se protegen sus decisiones. En segundo lugar, se independizan la eficacia y entrada en vigor de la ley de la actuación del Ejecutivo, responsable no sólo de haber publicado erróneamente la ley, sino también de no haber procedido a su corrección en el momento oportuno”.

Sin perjuicio de lo anterior, debe considerarse además que, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, los jueces podrán apreciar la constitucionalidad o legalidad de una norma y preferir la de mayor rango.

A propósito de la materia que se analiza, obviamente tal preferencia podrá justificarse sólo en la medida en que la errata contenida en la publicación suponga una alteración sustancial del texto auténtico y no pueda salvarse el error con facilidad, como ocurriría, por ejemplo, tratándose de un simple error ortográfico.

En opinión de Zanobini⁶⁷, “cuando el error es tal que, de la simple lectura del texto, sin necesidad de consultar el original o los trabajos preparatorios, una persona de mediana inteligencia pueda advertirlo y entender, en el lugar de la palabra errada, la palabra correcta, carece de carácter relevante”.

VII. NECESIDAD DEL ESTABLECIMIENTO DE UN REGISTRO OFICIAL DE NORMAS LEGALES

Sin embargo, surge un problema fundamental en todos estos casos: el referido a los medios de prueba para sustentar la existencia de una errata en la publicación no rectificadas o para establecer que la rectificación ha sido sólo parcial o que se ha hecho pero alterando, además, el texto auténtico de la norma.

En el caso del Perú no se cuenta con un Registro Oficial de Normas Legales, lo que constituye una carencia muy importante.

En efecto, ¿cómo asegurar entonces la veracidad absoluta de los textos publicados?

¿A quién acudir para obtener una copia auténtica de la autógrafa de una ley por ejemplo?

No se presenta un problema serio tratándose de normas como los decretos legislativos o decretos de urgencia u otras normas de inferior jerarquía, las que normalmente son conservadas en los archivos de la repartición pública que originó su dación.

No obstante, ello no garantiza la incolumidad de las versiones originales de las normas legales que fácilmente pueden ser objeto de alteraciones interesadas, alegándose posteriormente la presencia de erratas no advertidas oportunamente.

La existencia de un Registro Oficial de Normas Legales aseguraría la conservación de las autógrafas de las normas a las cuales cabría acudir con carácter exclusivo y excluyente para contrastar las publicaciones efectuadas y confirmar o descartar, en su caso, que se incurrió en errores al reproducirlas en el diario oficial.

Sería, además, la única institución autorizada para expedir copias auténticas de las normas legales.

Es interesante lo que señala Biglino Campos acerca de esta materia⁶⁸. Refiere que en los países anglosajones “el único texto que es realmente indiscutible para los tribunales de justicia es el texto auténtico de la ley. El texto publicado de la ley da fe ante los tribunales de justicia, pero no se excluye la posibilidad de ponerlo en cuestión comparándolo con el original que debe prevalecer en caso de conflicto”.

⁶⁵ BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. p. 172.

⁶⁶ Ibid. p. 173.

⁶⁷ Citado por BIGLINO CAMPOS, Paloma. Op. Cit. p. 158.

⁶⁸ Ibid. pp. 164-165.

Agrega que “ en Gran Bretaña, desde el Acta de 1911, enmendada en 1949, el certificado del Speaker es determinante a todos los efectos y no puede ser cuestionado por ningún Tribunal (sección 3). Por otra parte, desde 1849 la Imprenta Real elabora dos copias impresas autenticadas por el Clerk, una de las cuales es conservada en el Public Record Office. El texto publicado de la ley da fe sin que sea necesario probar su existencia, aunque es posible confirmar la exactitud del ejemplar publicado mediante su comparación con los registros del Parlamento (...). Algo similar ocurre en Estados Unidos. Únicamente la impresión de la ley como ‘enrolled bill’, certificada por los oficiales de la Cámara y conservada en los archivos del Gobierno por el Secretario de Estado, constituye la copia auténtica de las leyes (...). Desde la Printing and Binding Act de 12 de enero de 1895 (sección 73), la Secretaría de Estado

publica los Statutes at Large que entre otras cuestiones contienen las leyes elaboradas por el Congreso. Expresamente, el Acta declara que los Statutes constituyen la evidencia legal de las leyes en ellos contenidas para todas las Cortes de Justicia (...). En caso de conflicto, el texto auténtico de la ley prevalece sobre el texto publicado (...). En un sentido similar, la Constitución irlandesa, en su artículo 25.5, dispone que, tras la firma y promulgación por el Presidente de la República, las leyes se registran en el Tribunal Supremo y constituyen prueba concluyente de los preceptos de la ley en cuestión” .

A la vista de lo expuesto, resultaría altamente recomendable que en nuestro país se estableciera un Registro Oficial de Normas Legales con los propósitos indicados.

LA NATURALEZA DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA*

Rodrigo Valenzuela**

¿Para qué argumentamos los abogados? ¿Qué esperamos lograr con nuestros escritos? ¿Cómo convencer a un auditorio? En definitiva, ¿en qué consiste la labor de los abogados?

En el presente artículo el autor realiza un estudio acerca de la argumentación jurídica, pero desde una perspectiva práctica, "saliendo a la calle", como él mismo dice, lo que sin duda hace que este artículo sea de mucha utilidad para los operadores del derecho, ya que expone de manera explícita muchas de las motivaciones implícitas en el ejercicio de la profesión.

* Presentación realizada por el autor en el seminario "La justificación de las decisiones judiciales" organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el 23 de marzo de 2005. Agradecemos a Rodrigo Valenzuela por la sesión de este trabajo para nuestra publicación.

** Director jurídico tributario para América Latina, Ernst & Young.

Nos hemos reunido a conversar acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Los invito a que, en esta oportunidad, dejemos de lado la abstracción regalona que cada uno de nosotros seguramente tiene acerca de lo que es o debiera ser la argumentación jurídica canónica, y hagamos algo intelectualmente más modesto y prudente: salgamos al mundo a mirar. Salgamos a mirar *para qué* argumenta jurídicamente el abogado, sea como asesor, como litigante o como juez.

Miremos *para qué* argumenta, porque el abogado no argumenta por argumentar. Argumenta *para* lograr algo. Dicho de otro modo, la argumentación es *una herramienta*.

Y sucede que, para comprender la naturaleza de una herramienta, es indispensable saber primero para qué se usa esa herramienta. Si un marciano que ha llegado a investigar la Tierra encuentra en el suelo esa herramienta de metal que nosotros llamamos "cuchara", poco podrá comprender de ella si no sabe cosas tales como que los terrícolas tenemos brazos, manos y boca de un cierto tamaño, que tomamos líquido y que usamos esa herramienta para hacerlo sin mojarnos. Pero una vez que tenga ese conocimiento sobre *para qué* usamos las cucharas, ahí entonces podrá comprender, por ejemplo, el hecho que este extraño instrumento tenga un receptáculo cóncavo, que no esté hecho de esponja, que el mango no tenga dos metros de largo e incluso estará en condiciones de hacer una evaluación crítica del ejemplar de cuchara que tiene delante señalando cómo podría ser aún más efectivo para lograr la finalidad que él ahora conoce.

Si queremos comprender y evaluar la *herramienta* que es la argumentación jurídica, entonces miremos primero *para qué* argumenta el abogado.

Miremos a nuestro derredor. ¿Para qué argumenta el abogado? Quiero destacar tres cosas que se ven allá afuera.

Lo primero que vemos es que el abogado no argumenta para teorizar acerca de lo que es inferible en un sistema, sino que argumenta para dar determinada solución aquí y ahora a un problema. Sea que como asesor aconseje, que como litigante defienda o que como juez falle, en el centro de sus preocupaciones está el problema concreto de alguien a ser resuelto. Así como del médico no se espera una lección de anatomía sino que se pase el dolor por el

cual lo visitamos y del ingeniero no se espera una charla sobre mecánica de suelos sino el puente que resolverá el problema de circulación, del abogado no se espera una clase de teoría de las obligaciones sino el lanzamiento del arrendatario que estaba destruyendo la propiedad. El abogado no argumenta para satisfacer tales o cuales exigencias teóricas de la academia, sino para ayudar a quien le ha pedido consejo, defensa o justicia ante un problema.

Lo segundo que quiero destacar en este breve recorrido por la ciudad es que, cualquiera sea la solución que el abogado dé al problema que enfrenta, esa solución siempre *consiste* en que determinados terceros actúen de cierta manera. El asesor no fue exitoso en ayudar a quien le pidió consejo si le entregó informes con un sesudo análisis de la legislación aplicable pero después en ventanilla al cliente le dijeron que no se puede hacer lo que él pretende. No fue exitoso porque su argumentación no logró de los terceros con quien necesitaba interactuar su cliente la acción que constituía la solución que él quiso dar al problema. El litigante no fue exitoso en ayudar a quien le pidió defensa si presentó en juicio alegaciones del rigor digno de un texto de lógica deóntica, pero el defendido terminó en la horca. No fue exitoso porque su argumentación no logró del juez, ministros de corte y otros terceros pertinentes la acción que constituía la solución que quiso dar al problema. El juez no fue exitoso en ayudar a quien le pidió justicia si en los considerandos de su sentencia vertió su visión y más profunda convicción de lo que era justo para este caso, pero un tribunal superior revirtió la decisión o bien las partes o la comunidad no vieron que la decisión encarnara principios y valores que compartimos sino capricho y arbitrariedad con el consiguiente descrédito de la institución o daño para la paz social¹. No fue exitoso porque su argumentación no logró del tribunal superior, de las partes o de la comunidad pertinente acuerdo sobre la razonabilidad de la solución que quiso dar al problema.

El abogado, entonces, argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuya acción constituye la solución que él busca dar al problema concreto para el cual se la ha pedido ayuda.

Lo tercero que quisiera destacar en nuestro ejercicio de reconocimiento de los alrededores es que aquellos terceros cuyo acuerdo busca el abogado con su argumentación, son personas a quienes –al igual que al lector y al que escribe– les importan las

¹ Un hecho reciente que destaca lo importante y operante que puede ser que los tribunales superiores logren para sus decisiones la aceptación de la comunidad es que, al hacerse público en diciembre recién pasado el informe de la Comisión sobre Tortura y Prisión Política, la Corte Suprema haya estimado necesario formular en tribunal pleno una declaración pública para explicar a la ciudadanía sus decisiones de hace más de treinta años. Es probable (y deseable) que el asunto no haya terminado ahí.

consecuencias morales y políticas de sus decisiones. Almorcé la semana pasada con un juez tributario quien me decía que uno de los desafíos que enfrentaba con frecuencia era cómo evitar aplicar a pequeños contribuyentes ciertas sanciones legales que procedían conforme a la letra de la ley pero que, por su magnitud, dejarían sin capital de trabajo y por tanto sin medios de subsistencia al modesto afectado. En la misma línea de anécdotas de esa semana, notemos como en los alegatos ante la Corte Suprema en la apelación del desafuero de Pinochet por el caso de la muerte del general Prats, los abogados de ambas partes estimaron pertinente hacerse cargo de la noticia aparecida en prensa el día anterior acerca del centenar de cuentas bancarias que alguna vez tuvo en el exterior la familia Pinochet. ¡Recordemos que para este paseo les he pedido dejar guardadas en la universidad sus abstracciones favoritas como, por ejemplo, aquellas sobre la separación entre moral, política y derecho! Les he pedido dejarlas atrás para que no nos impidan ver lo que allá afuera hay que ver ya que es para ese mundo que estamos viendo y no para las aulas de la academia que ha sido desarrollada la herramienta argumentativa del abogado.

Demás está decir que si el abogado argumenta para lograr el acuerdo de determinados terceros cuyo acuerdo está condicionado por percepciones morales y políticas sobre el caso, el abogado no puede sino hacerse cargo de dichas percepciones morales y políticas en su argumentación, de manera explícita o implícita según sean las circunstancias y su particular estrategia.

Veamos dónde estamos. El abogado no argumenta por argumentar sino para lograr otra cosa, lo que equivale a decir que la argumentación jurídica es una herramienta y, por tanto, comprenderla y criticarla requiere primero saber para qué se la quiere. Como estamos hablando de una práctica social milenaria y extendida, y no de un artefacto que las personas en esta sala de conferencias pudiéramos diseñar a nuestro capricho con pretensión de operatividad en el mundo, los he invitado a que dejemos atrás por un rato nuestras particulares predilecciones y salgamos a mirar para qué se quiere esta herramienta allá afuera. Lo que hemos visto en nuestro breve recorrido se puede sintetizar como sigue. En términos amplios el abogado, sea en su rol de asesor, de litigante o de juez, *argumenta para* cumplir con su compromiso profesional de ayudar a quien pide consejo, defensa o justicia ante un problema concreto. Lo anterior se traduce en que el abogado *argumenta para* dar determinada solución a un problema concreto de alguien; *argumenta para* lograr el acuerdo de determinadas terceras personas cuya acción constituye dicha solución al problema; *argumenta para* hacerse cargo, entre otras cosas, de

las inquietudes morales o políticas a las que dichas terceras personas condicionan su acuerdo.

Bien. *Ahora* estamos en condiciones de responder preguntas acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica. Volvamos entonces a nuestras aulas y esbozaré respuestas a tres preguntas tradicionales, más que nada con el propósito de ilustrar el efecto de haber salido al mundo antes de abocarnos al tema.

1. ¿QUÉ SENTIDO TIENE LA PREGUNTA POR LA RESPUESTA CORRECTA?

Si el abogado argumenta para que se de determinada solución a un problema concreto, entonces la pregunta que importa respecto de las bondades de su discurso es la pregunta *por sus consecuencias* ante ese problema concreto, no por su derivabilidad desde tal o cual sistema. Si el juez elabora un discurso *para que se haga efectiva su visión de lo justo para el caso*, esto es, si el juez elabora una herramienta con esa finalidad o, por usar una imagen, si el juez elabora un martillo para clavar ciertos clavos, la pregunta que importa no es si el martillo fue elaborado conforme a tales o cuales especificaciones teóricas sino si sirvió o no para clavar los clavos para lo cual fue elaborado. Dicho de otro modo, si alguien se acerca a un abogado en busca de consejo, defensa o justicia, lo que está en juego es demasiado importante para que el abogado se dedique a jugar un juego donde lo que importe sea la pulcritud lógica con que se jugó.

Contrario a lo que a veces piensan quienes malentienden lo que es el acercamiento pragmático a un problema, la pregunta por las consecuencias es una pregunta *por todas* las consecuencias. Es así como el lector seguramente conoce sentencias en que, por ejemplo, la decisión ha sido motivada, entre otras cosas, por las consecuencias que el tribunal ha visualizado para la economía nacional o para la estabilidad institucional. Pues bien, entre las consecuencias que siempre importan al auditorio cuyo acuerdo el abogado corteja, se incluye que el argumento no se perciba como caprichosamente alejado de la ley. Por eso nunca veremos a un abogado invitar a su auditorio *a prescindir* de los textos legales pertinentes para resolver un problema, sino que lo veremos previamente invitar a su auditorio *a entender de cierta nueva manera* los hechos y los textos legales pertinentes para resolver el problema. De este modo, dado ese nuevo entendimiento de los hechos y los textos, la argumentación no se percibe ya como caprichosamente alejada de la ley.

Esta invitación a entender de nueva manera los textos y los hechos tiene, en cada caso, límites. Pero entonces, podría rebatírseme lo que he planteado

anteriormente aduciéndose que, a todas luces, el abogado no argumenta solamente para lograr el acuerdo de determinado auditorio cuya acción podría constituir la solución buscada para el problema, sino que argumenta además de manera de mantenerse dentro de ciertos cauces inferenciales pre-establecidos. Pero no es así. Es *ese determinado auditorio* –y no los dioses- quien debe aceptar que no ha habido un alejamiento caprichoso de los textos legales. Dicho de otro modo, sigue siendo el caso que el abogado argumenta *para lograr el acuerdo de un determinado auditorio* y que, a ese efecto, obviamente debe hacerse cargo de *todo* aquello a lo cual dicho auditorio pudiera condicionar su acuerdo. Y sucede que, entre aquellas consideraciones que condicionan el acuerdo de cada auditorio se encuentran no solo sus percepciones morales y políticas, como antes habíamos señalado, sino, además, *su* entendimiento de lo que constituye o no constituye un alejamiento inaceptable de la ley. El abogado argumenta para modificar ese entendimiento.

De este modo, el sentido tradicional de la respuesta correcta como aquella inferible dentro de un sistema conforme a reglas anteriores a la argumentación, se transforma en entender la respuesta correcta como aquella de la cual resultan ciertas consecuencias posteriores a la argumentación y entre las cuales se encuentra la aceptación que el auditorio de para ese caso a determinado alejamiento de lo que es una lectura corriente de la ley o de los hechos.

La pregunta por la respuesta correcta, entonces, es la pregunta por las consecuencias de la argumentación.

2. ¿QUÉ PAPEL TIENEN LA MORAL Y LA POLÍTICA EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Como ya he destacado anteriormente, si el abogado argumenta para que determinados terceros contribuyan con su acción a dar cierta solución a un problema concreto, entonces necesita tomar en cuenta en su argumentación *todo aquello que puede mover a su auditorio a la acción*. Y como la observación del mundo nos muestra que el auditorio del abogado está siempre compuesto por personas para quienes ¡afortunadamente! las consecuencias morales y políticas de una decisión son importantes, el abogado no puede dejar de hacerse cargo de dichas consideraciones morales y políticas pertinentes para su auditorio. Es así como, en el caso de la argumentación del juez, tales consideraciones morales o políticas a menudo aparecen en los considerandos de los fallos, a veces implícitamente, a veces explícitamente, según sean las características del asunto específico y la consiguiente estrategia del argumentador.

3. ¿QUÉ PAPEL TIENE LA LÓGICA EN LA RECONSTRUCCIÓN O ANÁLISIS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA?

Es indiscutible que toda argumentación contiene cadenas inferenciales que pueden analizarse o reconstruirse como derivaciones lógicas a partir de cierto entendimiento de los hechos y cierto entendimiento de la ley. Pero rara vez se puede reducir la argumentación completa a una o varias cadenas de inferencia lógica y, probablemente, nunca se puede reducir así una sentencia interesante.

Esto es así porque el abogado argumenta para lograr el acuerdo de un determinado auditorio, haciéndose cargo de percepciones morales y políticas pertenecientes al terreno de los fines inconmensurables, donde las distancias entre posiciones contrapuestas no se acortan con fundamentos y puentes lógicos sino con la atracción del *sentido*. Sin necesidad de fundamento explícito ni cadenas deductivas, la argumentación del abogado logra que el auditorio reconozca que la solución propuesta para el caso encarna principios y valores que al auditorio importan, además de incorporarse coherentemente a su entendimiento global de cómo las cosas son y debieran ser. Los instrumentos discursivos con que el abogado logra así dar *sentido* (no fundamento) a la solución que propone son la narración de los hechos, el uso de la tradición (incluyendo el uso especial a dar en el caso a los textos legales) y el vocabulario, imágenes, composición y estilo de su discurso. Esto es, poética, hermenéutica y retórica.

Luego, la reconstrucción de una argumentación jurídica para fines de análisis debe incluir, sin duda, las cadenas de inferencia lógica, pero debe *identificar y destacar separadamente*, además, aquellos puntos de apoyo que aparecen sin lógica ni fundamento pero plenos de esa autoridad autosuficiente que da la narración dirigida de los hechos, el uso intencionado de la tradición y, en general, un discurso adaptado al auditorio concreto cuyo acuerdo se busca. Esos puntos del discurso, carentes de lógica o fundamento, no son debilidades de la argumentación sino que son su mayor fortaleza. Sin ellos la solución buscada no habría sido alcanzable porque el auditorio cuya acción constituye esa solución no habría sido persuadido. Esos puntos del discurso constituyen el suelo sobre el cual después construye la lógica. Y ese suelo *no está dado*, en algún sentido metafísico, sino que *es construido retóricamente* por la propia argumentación que después se apoya en él para desarrollar su lógica.

Las respuestas recién esbozadas a tres preguntas tradicionales sugieren cómo el camino que hemos seguido da cierta marca distintiva a la comprensión de la argumentación jurídica. Por una parte, este camino

nos ofrece una explicación de la realidad tal cual se la observa, como sería de esperar de una reflexión hecha con la mirada puesta sobre las prácticas sociales. En seguida, tal explicación de la práctica constituye inevitablemente un instrumento efectivo para actuar en el mundo de la argumentación, aunque con ciertos énfasis y desarrollos que no han sido materia de esta presentación. Finalmente, contrario a lo que a veces se me ha objetado (aunque nada de esto elaboraremos en esta oportunidad), el paso desde una visión dogmática a una visión pragmática de la argumentación, no significa pasar de una postura crítica a una postura acrítica ante el fenómeno, sino que significa más bien pasar de la crítica lógica de la argumentación a la crítica retórica de la misma. La diferencia es importante. La crítica lógica ocurre entre

cuatro paredes, con la mirada puesta sobre el texto, para satisfacer el rigor técnico de los especialistas. La crítica retórica ocurre en la calle, con la mirada puesta en cómo el texto interviene el mundo, para evaluar, por ejemplo, si nuestras prácticas discursivas forjan comunidad haciéndose cargo de lo que todos los afectados consideran estar en juego en cada caso; o si con la riqueza de su análisis van contribuyendo a una comprensión más fina de nuestras tradiciones; o si son oportunas en renovar dichas tradiciones como a menudo lo exigen para mejor convivencia los cambios en el entorno; o cómo ha incidido en la decisión quiénes fueron las partes, o lo que las partes representan o los debates públicos del momento. Así como la crítica lógica es filosóficamente más rigurosa, la crítica retórica es políticamente más productiva.

¿ACTORI INCUMBIT PROBATIO? PRESUNCIONES Y CARGAS DE LA PRUEBA REPENSADAS: COMMON LAW VERSUS CIVIL LAW

José Domingo Rivarola*

*¿A quién corresponde la carga de la prueba?
¿Qué función cumplen las presunciones en
materia probatoria? ¿Qué criterios debe seguir
el legislador para establecer presunciones?*

*La carga de la prueba influye de manera
significativa en el desarrollo y resultado de los
procesos. Es por ello que resulta de vital
importancia que la misma se asigne
razonablemente.*

*En el presente artículo, el autor realiza un
interesante examen de las presunciones y
cargas de la prueba, contrastando nuestro
ordenamiento con el norteamericano.*

* Master en Derecho por la Universidad de Virginia. Profesor de Derecho Civil y Destrezas Legales de la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

Agradezco especialmente a Oscar Súmar, Director de Contenido de THEMIS, quien se tomó el trabajo de leer cuidadosamente una versión preliminar de este trabajo y de alcanzarme valiosos comentarios que lo han mejorado.

Pareciera que uno de los problemas más complejos que afrontan los jueces cuando tienen que decidir un caso, es cómo completar la historia que los abogados les han presentado. En efecto, el juez conoce el Derecho aplicable, sin embargo no conoce los hechos. Incluso está prohibido de aportar su conocimiento privado de los hechos al proceso. Sin embargo, ¿qué ocurre si no hay manera de completar la historia? ¿Quién gana y quién pierde?

La respuesta del amante del latín será *actori incumbit probatio*¹, con esa belleza que caracteriza a los aforismos latinos, capaces de comunicar mucho con pocas palabras y con palabras sencillas. La respuesta del positivista será que para definir quién gana y quién pierde hay que atenernos al artículo 196 del Código Procesal Civil peruano, que establece que la carga de la prueba le corresponde a quien alega hechos que sustentan su pretensión, salvo disposición legal diferente.

Sin embargo, esta salvedad es muy importante porque cualquier ley general como el Código Civil o sectorial como la Ley de Telecomunicaciones, pueden cambiar la regla *actori incumbit probatio* y por lo tanto pueden cambiar el resultado de un caso y definir ganadores y perdedores². Así, por ejemplo, cuando el artículo 1969 del Código Civil dice que el descargo por falta de dolo o culpa corresponde al autor del daño, cambia la regla *actori incumbit probatio* por una regla diferente: se presume que las alegaciones del demandante son ciertas, que su versión de los hechos es cierta, y que el demandado actuó con culpa o hasta con dolo. Se presume entonces el dolo. Por supuesto que se admite prueba en contrario. Le corresponderá al demandado probar que actuó sin dolo. Sin embargo, ¿no nos habían enseñado que el dolo nunca se presume? ¿O que la mala fe nunca se presume? Parece que nos enseñaron mal. Los académicos interesados en la Teoría de la Prueba han abordado la carga de la prueba y las presunciones desde una perspectiva esencialmente dogmática sin necesariamente identificar las cuestiones de política que están detrás del antojo del legislador³.

En efecto, si asumimos entonces que la ley puede definir ganadores y perdedores asignando la carga de la prueba a su antojo, entonces quienes hacen las leyes

deben ir más allá del antojo y tener un conjunto uniforme de criterios para asignar la carga de la prueba y por ende definir con claridad cómo deben funcionar las presunciones legales denominadas *iuris tantum*, es decir, aquellas que admiten probar en contrario de las conclusiones presumidas. Nuestra intención es plantear cómo identificar estos criterios y demostrar que los mismos tienen una intensa relación con la finalidad que tiene o debe tener el proceso civil.

Para ello comparamos el proceso civil peruano, heredero de la tradición romano-germánica o de la tradición del *Civil Law*, como se nos suele llamar; con el proceso civil norteamericano, uno de los sistemas herederos del *Common Law*. El ejercicio será especialmente útil porque nos permitirá entender cómo funcionan las cargas de la prueba y las presunciones en un sistema procesal especialmente complejo, en el que cargas de la prueba y presunciones actúan en diferentes etapas del proceso. Ello contrasta con nuestro sistema, en el que la carga de la prueba y las presunciones son una preocupación del juez solo al momento de sentenciar.

Comenzaremos echando un vistazo al sistema procesal norteamericano para compararlo con el nuestro, identificando los criterios que pueden tenerse en cuenta para asignar presunciones y cargas. En el camino comentaremos varios ejemplos y casos extraídos de jurisprudencia relevante. Concluiremos nuestro análisis identificando algunos criterios para asignar cargas y establecer presunciones.

I. JUECES SOLOS O ACOMPAÑADOS

Cuando se toma contacto por primera vez con el sistema legal norteamericano⁴, uno queda desconcertado ante la complejidad del proceso judicial. Y cuando ese primer contacto se convierte en conocimiento, se advierte que la complejidad no es sinónimo de eficiencia. Si bien el desarrollo económico de los países del *Common Law* es evidente, no parecería que ello se deba necesariamente a su sistema procesal⁵.

La primera complejidad reside en la coexistencia del sistema de jueces con el sistema de jurados. La regla de oro es que los jueces tienen a cargo la aplicación del Derecho mientras que le corresponde al jurado

¹ La prueba le corresponde al demandante.

² Cosa distinta ocurre en los casos penales, en los que constitucionalmente la carga de la prueba de los hechos que configuran responsabilidad penal le corresponde siempre al fiscal, sin que quepa variar legalmente esta situación. En ello reside la garantía de la presunción de inocencia.

³ Micheli, Goldschmidt, Devis Echandía, entre otros.

⁴ A lo largo del artículo, el uso de la palabra Norteamérica aludirá exclusivamente a los Estados Unidos de América.

⁵ John Langbein, agudo crítico del sistema procesal americano, ha inspirado muchos de los puntos en este artículo. Ver LANGBEIN, John H. "The German Advantage in Civil Procedure". En: University of Chicago Law Review 52. 1985. pp. 823-831.

evaluar los hechos en función de las pruebas que hayan sido admitidas por el propio juez. Como veremos un poco más adelante, esta regla de oro tiene excepciones y ello agrega complejidad. En contraste, en el Perú así como en todos los demás países herederos de la tradición romano-germánica, existe únicamente el juez, quien investiga los hechos, admite las pruebas y dicta la regla de Derecho aplicable.

El jurado no es parte del escenario legal de nuestros países⁶, sin embargo tampoco es parte de nuestra cultura. En efecto, aunque en algunos países como España existen disposiciones legales para procesos con jurados, estas disposiciones rara vez se aplican, han caído en desuso o tal vez nunca se aplicaron. La explicación es sin duda la ausencia de una cultura de jurados. Algunos países europeos, sin llegar a una clara división entre jurados para los hechos y jueces para el Derecho, establecieron tribunales mixtos conformados por legos y abogados que decidían conjuntamente todas las cuestiones de hecho y de Derecho relevantes del caso⁷. Hoy en día estos países europeos son países del *Civil Law* que cuentan únicamente con un sistema de tribunales profesionales integrados por hombres de leyes. Sin embargo, en Inglaterra se mantiene el sistema de jurados aunque únicamente para los juicios penales⁸.

La segunda complejidad, que se deriva de la primera, es la curiosa estructura de presunciones y cargas probatorias del sistema procesal norteamericano. La ausencia de jurados en nuestros países hace que la estructura de presunciones y cargas sea más simple. En parte debido a esto último es que no ha habido mayor debate entre nuestros académicos sobre cómo deben ser reguladas las presunciones y cargas. Existen, sin embargo, trabajos de corte descriptivo o positivista. Por el contrario, el debate sobre presunciones y cargas entre los investigadores norteamericanos ha sido abundante⁹. Como resultado, tienen un mejor entendimiento del tema, aunque no siempre un entendimiento integral de la interacción entre las presunciones y las cargas o de las cuestiones políticas que están detrás de las presunciones.

La tercera complejidad es que la carga de la prueba en el proceso penal norteamericano es diferente a la carga

de la prueba en su propio proceso civil. En el proceso penal, se requiere convicción de la culpabilidad más allá de la duda razonable. Sin embargo, en el proceso civil, como regla general y con excepciones, se requiere que el jurado encuentre que los hechos que sustentan la pretensión, a partir de las pruebas, queden verificados con una probabilidad mayor al cincuenta por ciento (50%). En nuestro sistema, las cosas son más sencillas: el estándar de convicción que el juzgador necesita para declarar fundada una pretensión civil es el mismo que el necesario para declarar fundada una pretensión punitiva, es decir, para declarar culpable al procesado. En ambos casos se requiere que las pruebas generen mayor convicción de que la pretensión es fundada que convicción de que no es fundada.

La cuarta complejidad reside en que la regla de oro consistente en que el jurado se encarga de los hechos y los jueces del Derecho, evidentemente no es aplicable en los procesos en los que no hay jurado. Así, en el proceso penal norteamericano, por lo menos a nivel federal, el acusado está obligado a tener un proceso con jurado y solo puede renunciar a éste en circunstancias muy limitadas¹⁰. Es por ello que, la industria televisiva y cinematográfica muestra normalmente al abogado litigante ejerciendo la defensa en un proceso penal. Sin duda, los procesos penales norteamericanos se prestan al espectáculo porque hay jurados y se suele caracterizar a estos como gente común y corriente que se deja persuadir por el histrionismo de los abogados más que por las pruebas.

El panorama del proceso civil norteamericano es menos espectacular y, sin embargo, más complejo e interesante para desarrollar nuestro análisis comparativo. Debe pues notarse que, a diferencia del proceso penal, el proceso civil norteamericano tiene un sistema dual para resolver la controversia. Los procesos sin jurado y los procesos con jurado. En los procesos civiles con jurado, sistema ajeno a la realidad peruana, las cargas y las presunciones actúan sobre las pretensiones de las partes a manera de una estructura con filtros rigurosos diseñados para que a lo largo del proceso solo subsistan las pretensiones más verosímiles. La naturaleza dual del sistema procesal civil norteamericano hace que las cargas probatorias y

⁶ Entre los siglos XVI y XVIII, países como Francia, Alemania e Inglaterra tuvieron sistemas de jurado.

⁷ SCHIOPPA, Antonio Padoa (editor). "The Trial Jury in England, France, Germany, 1700-1900". Berlin: Duncker & Humblot. 1987. pp. 7, 10.

⁸ Ver THAMAN, Stephen C. "Europe's New Jury Systems: The Cases of Spain and Russia". En: VIDMAR, Neil (editor). "World Jury Systems (Oxford Socio-Legal Studies)". Oxford University Press. 2000. pp. 319-320.

⁹ Ver ALLEN, Ronald. "Burdens of Proof, Uncertainty, and Ambiguity in Modern Legal Discourse". En: Harvard Journal Law & Public Policy 17. 1994. p. 627. nota 2. Allen da cuenta de diversos estudios que representan más de 200 artículos escritos sobre presunciones y cargas. Sin embargo, Allen reconoce que estos estudios son "legales", en el sentido que solucionan la cuestión "técnica" y "formal" del problema de las presunciones y cargas.

¹⁰ En el caso *Singer v. United States*, 380 U.S. 24 (1965) se declara constitucional el artículo 23 literal a de las Normas Federales del Procedimiento Penal, el mismo que requiere el consentimiento de un tribunal antes de que el acusado renuncie válidamente a su derecho a ser procesado con jurado. Antes del consentimiento del tribunal a la renuncia, el caso no puede verse sin jurado.

las presunciones actúen de manera diferente según el proceso sea con jurados o solo con jueces. Como ello depende de la naturaleza de la controversia suscitada, las cargas probatorias y presunciones tendrán distinto efecto según cuál sea la pretensión planteada por el demandante. Por ejemplo, si la pretensión es la ejecución forzada de contrato, no hay lugar al sistema de jurados. En cambio, si es daños y perjuicios, hay lugar a un proceso con jurado¹¹.

En cualquier caso, en los procesos con jurado, el juez es el gran contralor de cómo funcionan las cargas y presunciones. En efecto, como resultado de su poder sobre el procedimiento, los jueces usan las cargas y las presunciones para controlar la calidad y la cantidad de información que las partes y sus abogados intentan hacer llegar al jurado (por ello es frecuente la pugna entre los abogados litigantes por plantear y defenderse de objeciones a la introducción de determinado material probatorio) y para controlar qué tipo de pretensiones son las que finalmente merecen llegar a la etapa decisoria del proceso y ser sentenciadas¹². El jurado está a cargo exclusivamente de determinar los hechos que sustentan aquellas pretensiones que el juez ha permitido que lleguen a la etapa decisoria. Cuando se llega a esta etapa, el jurado recibe instrucciones del juez sobre cuál es el Derecho aplicable y permite que los jurados decidan sobre los hechos.

En el proceso civil peruano existen otros controles que actúan sobre las pretensiones de las partes para lograr que solo las más sólidas arriben a la etapa decisoria del proceso. Así, por ejemplo, el rechazo liminar de la demanda o improcedencia de plano (artículo 427 del Código Procesal Civil peruano) y el saneamiento procesal o despacho saneador (artículo 465 del mismo Código), se encargan de que algunas pretensiones queden en el camino por no cumplir con determinados presupuestos. En nuestro sistema, la carga de la prueba y las presunciones no cumplen la función de filtrar pretensiones poco sólidas de tal manera que solo algunas lleguen a la etapa decisoria, porque la etapa en la que el juez determina si la pretensión debe descartarse por no haberse satisfecho la carga de la prueba, es la misma etapa decisoria. No hay etapas previas en las que se pueda cumplir con la misma función. Tenemos entonces una primera gran diferencia entre ambos sistemas: en el sistema norteamericano, las presunciones y cargas filtran pretensiones y restringen el trabajo de los juzgadores a los casos

realmente serios. En nuestro sistema, las presunciones y cargas no cumplen esta función y parecería que tampoco deberían cumplirla, porque existen otras herramientas con las que se logra la misma finalidad. Veamos entonces qué otras funciones cumplen cargas y presunciones, y qué funciones deberían cumplir.

II. PRESUNCIONES

1. Nociones básicas: entre lo sustantivo y lo procesal

Se suele distinguir entre presunciones legales y judiciales. Las primeras son las fijadas en una norma mientras que las segundas son las creadas por el juez para el caso concreto. En este último caso, creemos que es más acertado hablar de razonamiento presuntivo y no de presunción judicial, porque el juzgador (sea éste un jurado o un juez) tiene libertad de razonamiento, en el sentido que le corresponde solo al juzgador determinar si de determinados hechos probados se derivan lógicamente o probabilísticamente otros hechos desconocidos. En las verdaderas presunciones, a nuestro criterio, las presunciones legales; hay una imposición de razonamiento por parte del legislador.

Las presunciones legales se dividen en presunciones *iuris et de iure* o absolutas (que no admiten "prueba en contrario") y presunciones *iuris tantum* o relativas (que admiten "prueba en contrario"). Las realmente interesantes para este estudio son las presunciones relativas porque es en ellas que el razonamiento crítico del juzgador tiene un rol fundamental en decidir quién gana y quién pierde el caso. En efecto, la prueba en contrario permite que quien comienza el proceso perjudicado por la presunción, pueda demostrar al juez que el hecho presumido no se produjo en la realidad. En estricto, las presunciones relativas desplazan la carga de la prueba y la colocan sobre la parte que empieza el proceso con una presunción relativa en contra. Por ello, finalmente las presunciones son como las "primas hermanas de la carga de la prueba"¹³.

Incluso, dudamos de que las presunciones absolutas deban ser llamadas "presunciones" porque se trata más bien de asunciones o consecuencias legales impuestas por el legislador a partir de un supuesto de hecho, en ese sentido, no encontramos diferencia práctica entre las llamadas ficciones y las presunciones absolutas (artículos 278 y 283 del Código Procesal Civil

¹¹ Ver *Tull v. United States*, 481 U.S. 412 (1987).

¹² De acuerdo a las tablas estadísticas del Sistema Judicial Federal para los tribunales distritales de los Estados Unidos de América, durante el período de 12 meses que termina el 31 de marzo de 2002, solo 1.9 por ciento (1.9%) de los casos que los tribunales atendieron, es decir 4766, llegaron a la etapa decisoria del proceso. Ver Informe preparado por la Oficina Administrativa de los Tribunales de los Estados Unidos de América. En: <http://www.uscourts.gov/caseload2002/tables/c04mar02.pdf>

¹³ ALLEN, Ronald. Op. Cit. p. 627.

peruano). No elaboramos más del tema porque finalmente es un problema terminológico¹⁴, sin embargo, en adelante, cuando nos refiramos a las presunciones; entenderemos que son las presunciones legales relativas o presunciones *iuris tantum*.

Existe un gran debate doctrinario sobre si las presunciones son normas procesales o normas sustantivas. En el proceso civil norteamericano este debate tiene un impacto práctico porque puede darse el caso que un juez federal con sus propias normas procesales federales, deba aplicar normas sustantivas estatales para resolver el caso. Entonces, si las presunciones son procesales, las presunciones reguladas en normas estatales no se aplican. Si las presunciones son sustantivas, como creemos nosotros, entonces las normas estatales sí se aplican (por ejemplo, la presunción de negligencia en la responsabilidad extracontractual).

Éste, que es un problema típico de los sistemas federales, en nuestro sistema podría presentarse en un caso de Derecho Internacional Privado en el que el juez peruano, tramitando el caso bajo sus propias normas procesales, deba aplicar normas sustantivas de otro Estado porque, por ejemplo, las partes del contrato así lo han pactado. Si las presunciones se consideran procesales, entonces sí se aplicaría la presunción del artículo 1329 del Código Civil al incumplimiento de un contrato regido por ley colombiana. Si las presunciones se consideran sustantivas, entonces no se aplicaría la presunción del artículo 1329, y habría que mirar las presunciones establecidas por la ley colombiana.

Creemos que corresponde adoptar una visión funcional para determinar si las presunciones son procesales o sustantivas y, más allá de las definiciones, lo que debe tenerse en cuenta es que las normas procesales están relacionadas a la conducta de las personas dentro de las salas de los tribunales mientras que las normas sustantivas modelan, a través de premios y castigos, la conducta de las personas fuera de las salas de los tribunales y antes de que siquiera exista controversia¹⁵.

Si bien las normas procesales también crean incentivos para que las partes se comporten de una manera u otra dentro del proceso (por ejemplo, el principio del vencimiento en la condena a costas y costos –artículo 412 del Código Procesal Civil

peruano– o la conducta procesal como sucedáneo de los medios de prueba –artículo 282 del mismo Código), las normas llamadas sustantivas son las que definen quién gana y quién pierde el caso. Y qué duda cabe que regular una presunción de una manera o de otra, en un caso con información incompleta, es determinante de quién gana y quién pierde. En la jurisprudencia norteamericana, se considera que una presunción es determinante del resultado y por ende debe ser considerada sustantiva. En el Perú no hemos encontrado jurisprudencia que defina la cuestión. Sin embargo, lo importante es determinar qué criterios debe guiar el establecimiento de presunciones. ¿Se trata solo de generar incentivos para que las partes se comporten con eficiencia?

2. ¿Deben ser los jueces sacerdotes confesores?

La pregunta que surge es si los jueces deben simplemente resolver la controversia sobre la base de lo que las partes les presentan y tomar en cuenta la posición que les genera más convicción a pesar de que ninguna les convenza totalmente, o si deben hacer confesar a las partes qué es lo que realmente ocurrió. Esta dialéctica entre verdad formal y verdad material ha sido resuelta en el sistema norteamericano a favor de la verdad material. En nuestro sistema procesal la opción es parecida, aunque con algunas notas a favor de la preclusión en sacrificio de la verdad.

El objetivo de encontrar la verdad es dominante en el diseño de las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano. El Código Procesal Civil peruano privilegia el objetivo de solucionar la controversia con justicia, aunque no desdeña la búsqueda de la verdad como objetivo. En efecto, el artículo 194 del Código Civil concede al juez poderes para actuar pruebas de oficio y para investigar los hechos más allá de la declaración de rebeldía (artículo 461 inciso 4). Sin embargo, una muestra contundente de que el sistema procesal norteamericano nos lleva ventaja en lo que a la búsqueda de la verdad se refiere, es que si la aparición de nuevas pruebas demuestra una verdad diferente a la que se estableció en la cosa juzgada, se permite dejar sin efecto la misma¹⁶. La regulación de la cosa juzgada fraudulenta en el artículo 178 de nuestro Código Procesal Civil no permite reabrir un proceso simplemente por la aparición de nuevas pruebas.

¹⁴ Entre los autores norteamericanos, la confusión terminológica es aún más grave. Ver LILLY, Graham C. "An Introduction to the Law of Evidence". Tercera edición. West Group. 1996. sección 3.3. p. 63. El autor da cuenta de términos y clasificaciones tan distintas como: presunciones de ley, presunciones refutables, presunciones irrefutables, presunciones concluyentes, presunciones permisivas, y así sucesivamente.

¹⁵ Ver SANCHIRICO, Chris. "Character Evidence and the Object of Trial". En: University of Columbia Law Review 101. 2001. pp. 1227, 1230. (En adelante el Objetivo del Juicio).

¹⁶ Por ejemplo, supongamos el siguiente escenario: (i) un marido piensa que el niño que su mujer acaba de dar a luz es hijo de otro hombre e inicia acción cuestionando su paternidad. El padre tiene éxito; (ii) Posteriormente, como resultado del progreso de la ciencia, la prueba de ADN se hace disponible; (iii) De acuerdo con las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano, la madre puede buscar la exoneración de la sentencia final otorgada y atribuir la paternidad a su marido sobre la base de las pruebas de ADN. Ver las Normas Federales del Procedimiento Civil norteamericano (FRCP por sus siglas en inglés), Norma 60 literal b numeral 2.

Parece entonces que los jueces están llamados a actuar como sacerdotes confesores y a extraer la verdad histórica¹⁷ o por lo menos acercarse a ella. Desde esta perspectiva, las presunciones deberían fijarse con un fuerte vínculo probabilístico entre los hechos primarios o hechos de base para que opere la presunción y los hechos secundarios o hechos presumidos. Sin embargo, ¿qué implica un fuerte vínculo probabilístico? ¿Implica convertir al legislador en matemático? Posiblemente sí.

Desde hace mucho tiempo los abogados, y los que no lo son, han definido y usado el término presunción para referirse a la facultad de la mente humana de sacar conclusiones basándose en los diferentes niveles de probabilidad entre el hecho probado y el hecho supuesto. En realidad, durante el siglo doce y aún hoy en día, está de moda decir que el mundo real está lleno de incertidumbres que necesitan resolverse a través de conclusiones científicas, por ejemplo, conclusiones basadas en métodos cuantitativos como son las estadísticas y las probabilidades. La idea general es que estos métodos proporcionan una base racional para perfeccionar el proceso mental de deducción que, en ausencia de tales métodos, sería meramente intuitivo¹⁸.

Lo cierto es que las presunciones eliminan las incertidumbres solo racionalmente. Si el objetivo del proceso judicial y, por lo tanto, de las presunciones, es resolver incertidumbres de manera racional, las presunciones deberían ser creadas teniendo en cuenta que el hecho secundario será inferido del hecho principal de una manera racional. Así, el vínculo entre el hecho primario y el secundario será siempre un vínculo de probabilidades.

A pesar de este aparente concepto dominante de búsqueda de la verdad, en la exposición de motivos de las Normas de Evidencia Federales se reconoce que la búsqueda de la verdad es solo un factor con igual peso que otros factores detrás de la creación de presunciones. Así, se ha señalado lo siguiente: "Las mismas consideraciones de justicia, política y probabilidades que dictan la asignación de las cargas

de los diversos elementos de las pretensiones y defensas de demandantes y demandados, son las que fundamentan la creación de presunciones"¹⁹.

Si el propósito del proceso civil es el descubrimiento racional de la verdad, resulta sorprendente entonces que algunas veces encontremos presunciones diseñadas únicamente como un débil vínculo probabilístico entre los hechos primarios y secundarios. La razón fundamental para crear presunciones con débil vínculo probabilístico podría ser eliminar las incertidumbres a efectos de resolver finalmente y de manera preclusiva la controversia o evitar que ésta se genere, más no necesariamente encontrar la verdad de manera racional. Así, por ejemplo, se ha concluido que "(...) las presunciones legales tienen principalmente una función sustancial y extraprocesal, además de la indirectamente probatoria: darle seguridad a ciertas situaciones de orden social, político, familiar o patrimonial, como a la legitimidad de los hijos nacidos dentro del matrimonio (...)"²⁰. Nótese que para el autor citado la función sustancial o extraprocesal implica eliminar incertidumbres y la función indirectamente probatoria es la búsqueda de la verdad material.

Sin embargo, más allá de la búsqueda de la verdad racional y el objetivo de eliminar incertidumbres evitando que una controversia se promueva o solucionando la que surgió de manera final y preclusiva, el propósito del proceso también puede ser el establecimiento de incentivos. Consecuentemente, las presunciones deben ser analizadas desde una perspectiva *ex ante*, también llamada perspectiva creadora de incentivos o perspectiva externa al tribunal.

Hasta acá hemos concluido que detrás de las presunciones existen factores de búsqueda de la verdad, eliminación de incertidumbres o creación de incentivos. Asimismo, hemos expresado que las presunciones son vínculos probabilísticos, fuertes o débiles, entre dos hechos (uno conocido y otro desconocido).

Sin embargo, no siempre es fácil distinguir qué es una

¹⁷ Por hechos históricos queremos decir "lo que efectivamente sucedió en el mundo real fuera del tribunal". Debemos notar que las afirmaciones de hecho traídas por las partes al proceso y hasta ese grado pueden o no pueden ser consistentes con los hechos históricos que dieron origen a la controversia. La falta de coincidencia entre los hechos históricos y los hechos que las partes presentan puede depender de la diferente percepción de las partes sobre lo que realmente sucedió. Ver MILLER, Richard E. y Austin SARAT. "Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture". En: *Law and Society Review* 15. 1980-1981. p. 525. Asimismo, esta falta de coincidencia podría deberse a los testigos que mienten o los testigos que no son precisos porque su capacidad de percepción o memoria falla sin que ellos se den cuenta. (UVILLER, Richard H. "Credence, Character, and the Rules of Evidence: Seeing through the Liar's Tale". 1993. 42 D. UKE. LJ 776).

¹⁸ FINKELSTEIN, Michael. "Quantitative Methods in the Law". Free Press. 1978. p. 2. Aunque el autor se refiere al uso de métodos cuantitativos como un fenómeno reciente, también señala que G.W. Leibniz fue el primer abogado que analizó el Derecho desde una perspectiva matemática.

¹⁹ Traducción libre del autor. La versión original es la siguiente: "The same considerations of fairness, policy and probability which dictate the allocation of the burden of the various elements of a case as between the prima facie case of a plaintiff and affirmative defenses also underlie the creation of presumptions". Comentarios del Comité Consultivo que revisó la propuesta de Reglas Federales de Evidencia propuesta por la Corte Suprema, en particular los comentarios al artículo 301.

²⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. "Teoría General de la Prueba Judicial". Cuarta edición. Volumen 2. Bogotá: Temis. 1976. p. 695.

cuestión de hecho y qué es una cuestión de Derecho²¹. Por lo tanto, cuando se trata de presunciones que vinculan *cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho*, los criterios para regular y crear esta clase de presunciones podrían diferir de los criterios a ser utilizados en presunciones que vinculan *hechos con hechos*²².

¿Cómo analizar las presunciones que vinculan materias de hecho con materias de Derecho o viceversa y cuáles deben ser los criterios detrás de esta clase de presunciones? Sin duda, el criterio que fundamenta esta clase de presunción no puede ser la búsqueda de la verdad, porque este factor implica la existencia de un vínculo probabilístico y una cuestión de hecho no puede estar vinculada de manera probabilística a una cuestión de Derecho.

Tomemos las siguientes presunciones como ejemplos: (i) si una carta es dirigida a un destinatario y se envía por correo, se presume que el destinatario recibió la carta; (ii) si se encuentra un bote a la deriva con todos los tripulantes muertos y no hay causas externas (como por ejemplo, maretazos o huracanes), se presume que es porque el bote fue conducido de manera negligente²³. La primera presunción vincula dos hechos y el factor de búsqueda de la verdad está claramente detrás. En efecto, esta presunción puede estar basada en la verificación empírica de que el servicio postal cumple con entregar todas las cartas en un noventa y nueve por ciento (99%)²⁴.

La segunda presunción vincula el hecho con una conclusión de Derecho. Se trata pues de una presunción mixta. Ergo, hasta que no se defina el significado de negligencia y qué hechos equivalen a un caso de negligencia estándar, no podemos decir que hay un vínculo probabilístico entre un bote a la deriva y una maniobra negligente. Es así que las presunciones mixtas nos llevan a sospechar de la ausencia del criterio de la búsqueda de la verdad. Tómese nota que no estamos diciendo que tales presunciones no sean deseables. Por el contrario, nuestro argumento es que éstas no deberían ser analizadas bajo el paradigma de la búsqueda racional de la verdad sino que deberían ser analizadas a la luz del establecimiento de incentivos o la eliminación de incertidumbres.

Luego de haber identificado los criterios que pueden estar detrás de las presunciones, veamos cuál es la relación entre presunciones y cargas y si realmente se puede decir que las presunciones son las *"primas hermanas de la carga de la prueba"*.

III. PRESUNCIONES EN ACCIÓN: ASIGNACIÓN DE CARGAS

Las presunciones, cualquiera sea el criterio detrás de su regulación (generación de incentivos para conductas eficientes, reducción de incertidumbres y controversias, búsqueda de la verdad), permiten la refutación del hecho secundario o hecho presumido. Decir que la negligencia se presume equivale a decir que la carga de la prueba de la negligencia la tiene el perjudicado con la presunción, ya sea que actúe como demandante (en una pretensión declarativa para que se diga que no actuó con negligencia deberá probar la ausencia de negligencia) o como demandado (defendiéndose frente a una demanda que le imputa negligencia y probando que no hubo negligencia). En suma, las presunciones asignan la carga de la prueba. Sin embargo, la carga de la prueba no es la única carga que soporta el litigante.

1. La carga de alegación en la etapa postulatoria del proceso

Tanto el proceso civil norteamericano como el peruano, se inicia con una etapa postulatoria claramente definida. El primer paso que debe dar el demandante bajo cualquier sistema procesal, es alegar una serie de hechos que, conjuntamente con el Derecho aplicable, configuren su pretensión. Se trata entonces de cumplir con la carga de alegar.

En nuestro Código Procesal Civil, el incumplimiento de la carga de alegar trae como consecuencia la inadmisibilidad de la demanda. El incumplimiento de la carga de alegar se puede producir por omisión, es decir, cuando no se señalan los hechos relevantes que sustentan el petitorio (artículos 424 inciso 6 y 426 inciso 1) o cuando no hay adecuación, es decir, cuando los hechos que se alegan no tienen relación con el petitorio (427 inciso 5 del mismo Código). En el proceso norteamericano hay mayor flexibilidad porque no es necesario contar la historia, como veremos en el punto 2.

²¹ JAMES, Fleming; HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. "Civil Procedure". Foundation Press. 2001. sección 3.7. p. 192. Cabe destacar que el sistema con jurado genera una necesidad práctica de distinguir los asuntos que son competencia de la decisión del juez de los que competen a la decisión del jurado, distinción que está enraizada en la regla tradicional que establece que las materias de hecho competen al jurado y las materias de derecho al juez.

²² Esta complicación fue por primera vez descrita por Bohlen en 1920. Ver BOHLEN, Francis. "Mixed Questions of Law and Fact". En: University of Pennsylvania Law Review 72. 1923-1924. p. 111.

²³ La conocida doctrina *res ipsa loquitur* no es otra cosa que un razonamiento presuntivo para probar la negligencia y por ende es un razonamiento presuntivo que une cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho. Para una amplia explicación véase BULLARD, Alfredo. "Cuando las cosas hablan: el *res ipsa loquitur* y la carga de la prueba en la responsabilidad civil". En: THEMIS-Revista de Derecho 50. Lima. 2005.

²⁴ Esta cifra no corresponde a la estadística real del desempeño del servicio postal.

La carga de la alegación implica la carga de afirmar, en primer lugar, cuáles son los elementos de hecho que configuran la pretensión. Por el contrario, cuando se trata de una defensa de fondo (*affirmative defense* en el sistema norteamericano), el demandado tiene la carga de la alegación de los elementos de hecho que constituyen su contestación.

Al prepararse para un proceso, los abogados deben mirar la ley sustantiva para poder identificar los elementos de hecho de la controversia que son parte de la demanda y los que son parte de la contestación o defensa de fondo. La asignación de la carga de la alegación entre las partes (o sea, quién tiene que decir qué) es una materia reservada a la ley sustantiva. Sin embargo, hay que ser cauteloso porque la ley sustantiva puede asignar la carga de la prueba utilizando el lenguaje de la presunción – “se presume el incumplimiento de los contratos” – o el lenguaje de la carga de la prueba – “la prueba del cumplimiento (pago) le corresponde a quien alega haber cumplido”.

La doctrina tradicional dispone que el demandante debe afirmar los hechos demostrando en su demanda los siguientes componentes o elementos: (i) la existencia de una obligación del demandado frente al demandante; (ii) el incumplimiento de esa obligación; (iii) la existencia de una lesión al demandante; y, (iv) una relación de causa entre el incumplimiento de la obligación y la lesión²⁵.

Durante la etapa postulatoria, el papel de las presunciones es relevar a la parte de la carga de la prueba, con los distintos matices que correspondan según el tipo de proceso que, en ausencia de la presunción, recaería en ella. Así, por ejemplo, si bien la regla *actori incumbit probatio* prevista en el artículo 196 del Código Procesal Civil exigiría que el demandante alegue y pruebe el incumplimiento, el artículo 1229 del Código Civil establece que la carga de la prueba del cumplimiento le corresponde a quien es acusado de incumplir. En consecuencia, basta alegar que hay incumplimiento para que la carga de probarlo le corresponda al demandado.

Nótese que en el lenguaje de las presunciones, el hecho presumido o hecho “secundario” (en nuestros

ejemplos, el incumplimiento) se desencadena cuando la parte favorecida por la presunción alega y prueba el hecho “primario” (en nuestro ejemplo, la existencia del contrato del que deriva la obligación). Por lo tanto, tales presunciones vinculan dos cuestiones de hecho con cuestiones de Derecho (si el contrato existe entonces hay un incumplimiento de contrato). Como consecuencia, el objetivo consistente en la búsqueda racional de la verdad no puede estar detrás de este tipo de presunciones.

Si la búsqueda de la verdad no constituye una explicación verosímil para las normas de la asignación de cargas de la prueba explicadas, podríamos encontrar una razón reviviendo una antigua máxima acuñada por nuestros abuelos y frecuentemente citada en los tribunales. Esta máxima dice lo siguiente: la carga de la alegación recae en aquel que afirma y no en el que niega²⁶, constituyendo una prueba diabólica exigir probar lo negativo. Así, la máxima parece fácil de entender y administrar. Sin embargo, no es tan sorprendentemente ilustrativa porque cada afirmación es susceptible de enmarcarse en lo afirmativo o en lo negativo²⁷.

Por ejemplo, en un caso de responsabilidad civil extracontractual, el demandante A puede redactar su demanda de dos diferentes maneras: (i) puede afirmar que el demandado B *no cumplió* con sus deberes o, (ii) puede aseverar que el demandado B *violó* el derecho de A de no sufrir daños (deber general de no dañar). En el primer reclamo, el demandante está negando y en el segundo está afirmando. Siguiendo la antigua máxima, en la primera formulación el demandante tiene la carga de alegar mientras que en la segunda formulación no tiene la carga de alegar. Es claro que la asignación de las cargas en un mismo caso no puede depender de la redacción de la demanda. En consecuencia, esta máxima tradicional no aporta mucho para determinar la razón de ser de las presunciones y cargas en un proceso y su vinculación con el cumplimiento de la finalidad del proceso. El razonamiento implícito en estos aforismos o máximas termina siendo circular²⁸.

En una tendencia comparativamente reciente sobre cargas y presunciones, el académico Dale Nance ha

²⁵ JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. sección 3.11. p. 201. En sentido similar MICHELI, Gian Antonio. “La carga de la prueba”. Temis: Bogotá. 1989.

²⁶ *Philadelphia Co. v. Securities and Exchange Commission (SEC)*, 175 F.2d 808, 818 (C.A.D.C. 1949) (sosteniendo que la SEC violó la cláusula del debido proceso al requerir que la Philadelphia Company debía soportar la carga de probar que las acciones de la SEC no fueron lícitas. En cambio, el Tribunal sostuvo que la SEC debió probar que sus acciones fueron lícitas).

²⁷ Ver NANCE, Dale. “Civility and the Burden of Proof”. En: Harvard Journal Law & Public Policy 17. 1994. pp. 647, 663. Un artículo anterior de Cleary expresó lo mismo. Ver CLEARY, Edward. “Presuming and Pleading: An Essay on Juristic Immaturity”. En: Stanford Law Review 12. 1959. pp. 5, 11. Nota 22.

²⁸ Sin embargo, académicos como Epstein han defendido esta máxima. Ver EPSTEIN, Richard A. “Pleadings and Presumptions”. En: University of Chicago Law Review 40. 1973. pp. 556, 573.

introducido el concepto que la carga de la alegación debe permanecer del lado de la parte que alega que la otra parte ha cometido una infracción. Asimismo, argumenta que el estándar de la prueba²⁹ debe ceñirse a la severidad de la infracción alegada.

Nance argumenta que la razón detrás de esto es que el sistema legal no debe presuponer infracciones, por el contrario debe fomentar entre los ciudadanos la creencia optimista que nuestros vecinos son personas con principios, propensos a actuar siempre de buena fe y en cumplimiento de sus "obligaciones sociales serias". Nance llama a esta meta del sistema legal el principio de la civilidad³⁰ y señala que las tradicionales reglas de asignación de las cargas siguen el principio de la civilidad³¹.

El primer argumento en contra de esta tesis es que no se contextualizan los objetivos del proceso civil ni se establecen cuáles deberían ser esos objetivos. Parecería que el reclamo implícito de Nance es que el objetivo del proceso civil es promover principios morales. Estamos de acuerdo con la importancia de promover los principios morales. Sin embargo, Nance no explica por qué el proceso civil es más idóneo que otras instituciones sociales (tales como la escuela, la familia, etcétera.) para llevar a cabo esta tarea.

El siguiente punto débil es que presenta el principio de la civilidad como un principio central y dominante que absorbe cualquier otro principio subyacente en las presunciones y cargas. Posiblemente se debe a que su teoría es demasiado general y no le permite explicar por qué existen diversas desviaciones a su llamado principio de civilidad y qué justifica esas desviaciones. Una de las desviaciones que Nance obvia y que no puede ser explicada por el principio de la civilidad es la que abordaremos ahora, al explicar los incentivos para la producción de pruebas³².

2. De la carga de la alegación a la carga de producir pruebas

En el proceso civil norteamericano, la etapa postulatoria queda restringida a las funciones de enmarcar la controversia y notificar de ella a la contraparte. La primera función está relacionada con la fijación de la

competencia jurisdiccional por los tribunales³³ y la segunda al cumplimiento de los requisitos del debido proceso, es decir, el derecho del demandado a conocer la naturaleza de la demanda que se le ha interpuesto³⁴.

En el proceso civil peruano, la etapa postulatoria cumple funciones adicionales: hay que individualizar todas las fuentes de prueba en el mismo momento en el que se alega, es decir, con la demanda (artículo 425 incisos 5 y 6 del Código Procesal Civil). Ello no ocurre en el norteamericano, que permite una amplia etapa de *discovery*, mecanismo mucho más amplio y complejo que la exhibición de documentos prevista en los artículos 259, 260 y 261 del Código Procesal Civil peruano.

En el sistema norteamericano, como explicamos en el punto 1, la carga de la alegación se cumple solamente con una descripción general de los hechos e incluso de manera incierta. La razón para permitir este proceder es que, luego de la etapa postulatoria, el demandante podrá presentar pruebas que perfeccionen su pretensión. Una vez que el demandante supera la carga de la alegación estará en condiciones de presentar pruebas. En ese sentido, cumplir solamente con la carga de la alegación requiere un mínimo esfuerzo y las ventajas son muchas: el demandante tiene en su bolsillo la llave para abrir la puerta a la producción de pruebas.

En contraste, los países del *Civil Law* carecen de la etapa de presentación de pruebas o identificación de las fuentes de prueba (etapa distinta a la actuación de pruebas, sin duda) como una etapa distinta de la etapa postulatoria. Todas las pruebas de actuación inmediata deben presentarse con la demanda y contestación y las de actuación diferida deben identificarse con claridad. La función de la etapa postulatoria en nuestros países, tributarios de la tradición romano-germánica, es identificar y tamizar cuáles son los hechos en disputa y cuáles no. Un elemento importante de la postulación es la identificación de las fuentes de prueba en las cuales las partes sustentarán sus reclamos más adelante durante la audiencia ante el juez. Una vez que la etapa postulatoria ha precluido, no se permite identificar nuevas fuentes de prueba o modificar la demanda para introducir nuevos hechos que han sido conocidos después de la etapa postulatoria. En suma, en los países

²⁹ El estándar de prueba se define por la cantidad de pruebas que es necesaria para prevalecer en un proceso. En otras palabras, el estándar de prueba significa cuántas pruebas son necesarias para superar el riesgo de no persuadir.

³⁰ NANCE, Dale. Op.Cit. pp. 647-648.

³¹ Ibid. p. 660.

³² Más adelante en este mismo punto describiré cómo en *Gomez v. Toledo* no tiene sentido presuponer que un funcionario público actúa siempre de buena fe y que cumple con sus "obligaciones sociales serias". En cambio, debemos presuponer que actuó de mala fe y que la carga de refutar tal presunción debe recaer en él. Esto se basa en el acceso a los criterios de evidencia.

³³ La idea es que los tribunales saben desde el inicio de qué se trata la controversia y tienen la facultad de rechazarla inmediatamente si determinan ausencia de competencia personal o de asunto.

³⁴ Ver JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.1. pp. 179-180.

del *Civil Law* no se permiten las incertidumbres, porque el diseño de su etapa postulatoria presupone, de una manera poco realista, una absoluta certeza sobre los hechos históricos y sobre las pruebas de los mismos³⁵.

Sin embargo, lo cierto es que la existencia de asimetría en la información entre demandantes y demandados respecto a los hechos históricos³⁶ en algunas controversias³⁷, es la razón principal para que las cargas de alegar tengan que ser asignadas de tal manera que los demandantes puedan superarlas fácilmente.

Sin embargo, una vez que se supera la etapa alegación y ofrecimiento de pruebas, la asimetría en la información continúa, porque siempre una de las partes tiene información privada sobre los hechos relevantes para el desenlace del proceso que la otra parte no tiene. Cuando la parte desinformada puede verificar la información (por ejemplo, un record médico en poder de la parte informada que demuestra un daño es una información verificable; sin embargo las creencias o preferencias de la parte informada no son información verificable porque no revelan un hecho comprobable), las normas que obligan a exhibir pruebas (y por lo tanto la información que emana de ellas) bajo apercibimiento de extraer conclusiones en contra del obligado a exhibir la prueba, producen la revelación de la información privada. En el contexto del proceso judicial, no se podría llegar a tal información si no existiera tal coerción³⁸.

Si se requiriera que la demanda contenga una relación específica y exacta de los hechos históricos, se crearía una inmunidad de responsabilidad para aquellos demandados informados que, en caso la regla fuera una distinta, habrían podido ser demandados por el demandante que carece de información³⁹. En suma, si la carga de alegar fuera una carga de alegar en específico, el demandante no tendría derecho a la entrega de información que no posee ni a la producción y exhibición de pruebas que no controla. Como la carga de alegar es genérica, superarla es fácil y transitar por la etapa de producción de pruebas le permite al demandante desinformado, informarse y perfilar su caso mejor.

Así, el sistema procesal norteamericano tiene una poderosa combinación de etapa postulatoria flexible y etapa de producción de pruebas que favorece al demandante desinformado. Ello es una poderosa

herramienta, para superar la asimetría de información, que en nuestro sistema no existe.

Nótese que si el demandado es el que controla la información relevante de la controversia, éste puede presentar la esencia de esta información en la etapa postulatoria y, posteriormente, durante la etapa de actuación de pruebas, producir suficiente información como para satisfacer la carga de la prueba. En consecuencia, si el demandado tiene certeza sobre la información que pretende usar contra el demandante, revelará su intención de usar dicha información. Con ello el demandante conducirá su propia producción de pruebas y también podrá controlar la confiabilidad de las fuentes de prueba del demandado⁴⁰.

El caso *Gomez v. Toledo* es un punto de referencia ideal para ilustrar nuestro enfoque. En dicho caso, una demanda civil contra un funcionario público cuyo cargo podría darle derecho de inmunidad siempre que dicho funcionario actuara de buena fe (este concepto se refiere al estado mental del funcionario al momento de la acción). La Corte Suprema de los Estados Unidos de América sostuvo que el demandante no tenía la carga de alegar mala fe. La carga de alegar este elemento de hecho se asignó al demandado. El Tribunal sostuvo que para lograr una compensación, el demandante no necesitaba afirmar que el funcionario actuó de mala fe. Por el contrario, el Tribunal concluyó que la carga estaba del lado del demandado, quien debía alegar la actuación de buena fe a modo de defensa, caso contrario debía perder el caso⁴¹. La regla es una en la cual la mala fe del funcionario que comete el acto dañino se presume.

La razón fundamental de la afirmación del Tribunal fue precisamente que, si una persona actuó de buena o mala fe, depende de lo que esa persona cree al momento de su actuación. Dado que esta información va más allá del conocimiento del demandante, la carga se mantiene del lado del demandado, que tiene tal creencia y puede demostrar de manera persuasiva si es fundado concluir que actuó de mala fe.

Para superar la carga de la alegación, el demandado podría alegar, por ejemplo, que pensó que su actuación fue legítima. Podría, por ejemplo, sustentar su creencia en la asesoría legal que le fue dada antes de su actuación como funcionario, por un abogado interno

³⁵ Langbein inspiró la idea de hacer esta comparación. Ver LANGBEIN, Op. Cit. Sección 2. pp. 830-833.

³⁶ Lo que los economistas llamarían información asimétrica. Ver MANKIW, Gregory. "Principles of Economics". Dryden Press. 1998. p. 581. Ver BAIRD, Douglas, GERTNER, Robert, y Randal PICKER. "Game Theory and the Law". Harvard University Press. 1994. pp. 261-266.

³⁷ Los casos de responsabilidad civil extracontractual y responsabilidad por productos son aplicables en este punto.

³⁸ Ver BAIRD, Douglas, GERTNER, Robert, y Randal PICKER. Op. Cit. pp. 261-266.

³⁹ JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.1. p. 181.

⁴⁰ Este control es ejercido por el demandante quien decide asistir a la audiencia testimonial de los testigos del demandando.

⁴¹ *Gomez v. Toledo*, 446 U.S. 635 (1980).

que lo ilustró sobre la ley aplicable a sus actos de función. Mas aun, una vez alegada la actuación de buena fe como defensa, debería usar la etapa de exhibición y producción de pruebas para presentar la declaración del abogado entregando un testimonio que le permita superar la carga de producción de pruebas. Al mismo tiempo, obligar al demandado a alegar una actuación de buena fe como defensa de fondo permite al demandante conducir la exhibición centrada en este hecho e interrogar al abogado interno en la audiencia testimonial.

Resumiendo, la carga de la alegación es un instrumento para generar información que permite superar la asimetría de información entre las partes, siempre que exista esta asimetría, regulando la posibilidad que la confiabilidad de esta información sea sometida a un test durante el interrogatorio en la audiencia testimonial.

La carga de revelar información impone al demandante el deber de conducir la etapa de producción de pruebas. La etapa de producción de pruebas en el sistema norteamericano significa exhibir las pruebas que uno tiene en su poder, pedir la exhibición de las que no tiene en su poder, ofrecer testigos y solicitar examinar y refutar a los testigos que ha ofrecido la contraparte. Todo ello siempre centrándose en las pruebas relevantes de los elementos de hecho de la demanda.

Una vez que el demandante ha producido pruebas de los hechos que sustentan su demanda, debe contar con suficiente material probatorio como para persuadir al juzgador de que es el demandante el que debe ganar el caso. Consiguientemente, cumplir con la carga de presentar pruebas sobre los elementos de hecho contenidos en la demanda significa para el demandante trasladar dicha carga al demandado. Por lo tanto, si el demandante puede persuadir al tribunal de que el demandado no ha producido las suficientes pruebas como para contrarrestar las pruebas del demandante, entonces debe declararse fundada la demanda.

En cuanto a la contestación, cuando el demandado cumple con su carga de presentar pruebas suficientes, traslada la carga de la prueba al demandante, quien presentará pruebas en contra respecto de los elementos de hecho de la contestación. Si el demandante no produce pruebas que contrarresten las pruebas del demandado, entonces el demandante perderá y su demanda será desestimada. Para ilustrar este punto, vale la pena mirar la sentencia del caso *Gomez v. Toledo*

aplicando la regla de asignación de la carga de alegación de Gomez a una situación muy similar.

3. El acceso barato a las fuente de prueba

No dudamos que el objetivo de buscar la verdad material y eliminar incertidumbres y controversias es importante y está implícito en presunciones y cargas. Sin embargo existen otros criterios para diseñar presunciones. En particular, consideramos especialmente importante el criterio del " más barato productor de información" , según el cual la carga de identificar fuentes de prueba y luego actuar los medios probatorios sea asignada a la parte que puede hacerlo a menor costo. Criterios parecidos han sido denominados como " teoría de las cargas probatorias dinámicas" . Según esta teoría, la producción de medios probatorios respecto determinados hechos corresponde a quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas de producir dichos medios probatorios⁴².

Supongamos que estamos frente a un proceso de cobranza de una deuda. En ese proceso, el acreedor está exento de la carga de presentar pruebas referida al incumplimiento de pago (sin embargo no de la carga de alegar el incumplimiento de pago)⁴³. Por el contrario, el demandado lleva la carga de presentar las pruebas de pago en soporte de su defensa. Esto se debe a que el demandado está o debería estar en posición de mostrar el pago (es decir, un recibo).

Supongamos ahora que las partes acordaron que el pago se haría por transferencia bancaria y que no es costumbre emitir un recibo a la persona que realiza la transferencia. En este escenario, el acreedor (beneficiario de la transferencia) y el deudor (el que hace la transferencia) deberían compartir la carga de presentar pruebas porque ambos tienen igual acceso a la fuente de evidencia: ambos pueden solicitar al banco un informe que certifique la ocurrencia o no de la transferencia.

Además de los criterios de acceso menos costosos, la carga de la prueba podría también ser asignada para crear incentivos en las partes fuera de la Sala de la Corte. Por ejemplo, supongamos un proceso referido al embarque de mercaderías, en el que el comerciante que hizo el pedido reclama daños en la mercadería al momento de la entrega de la misma.

El hecho que la mercadería fue dañada durante el transporte y considerando que el envío se hizo

⁴² Véase ESBORRAZ, David, FRESNEDA, Mónica y Carlos HERNÁNDEZ. " El Impacto de la Doctrina de las Cargas Probatorias Dinámicas en la Teoría del Contrato" . En: Procedimiento Probatorio. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Pontificia Universidad Católica Argentina. 1998. p. 97.

⁴³ Ver JAMES, Fleming, HAZARD, Geoffrey y James LEUBSDORF. Op. Cit. Sección 3.11. p. 203.

mediante varios transportistas (suponemos un primer embarque, un intermediario y un transportista final quien entrega la mercadería al comerciante) nos podría llevar a la conclusión que uno o más transportistas causaron el daño. No obstante esto, ¿qué pasaría si asignamos al último transportista la carga de probar que no causó el daño?

Hasta donde tenemos conocimiento, no hay estadísticas que sostengan que, en más del cincuenta y uno por ciento (51%) de los casos, los daños han sido ocasionados por el transportista final. Por lo tanto, el vínculo probabilístico es débil. Sin embargo, la asignación de la carga forzaría al último transportista, a riesgo de perder el proceso, a probar que las mercaderías no estaban en buen estado cuando las recibió de manos del intermediario. En consecuencia, a través del establecimiento de incentivos, la asignación de las cargas podría obligar al transportista a seguir una conducta de guardar pruebas del estado de la mercadería al momento de su recepción. No estamos diciendo que esta conducta sea eficiente o que sus implicancias de distribución sean deseables.

Un ejemplo de asignación de cargas probatorias en función del criterio que venimos comentando es el artículo 2 de la Ley 27049. Dicha norma se aprobó con la idea de facilitar la fiscalización y sanción en sede administrativa de actos de discriminación en el consumo. La idea es que la carga de probar recaiga sobre quien puede producir a menor costo medios probatorios referidos a los hechos constitutivos de la discriminación. De esta manera, corresponde al afectado probar que ha sido tratado de manera diferenciada (esta prueba podría satisfacerse fácilmente, por ejemplo, mediante un acta notarial en la que se deja constancia de que el mismo día a una persona se le impidió el acceso a un determinado establecimiento, mientras que a otra no, siendo que las dos personas estaban en circunstancias similares).

Por el contrario, corresponde al establecimiento probar que la diferenciación se basó en una causa objetiva y justificada y no en un motivo prohibido por el artículo

2 inciso 2 de la Constitución (por ejemplo, el establecimiento podría probar fácilmente mediante una declaración de parte del presunto afectado que la diferenciación se basó en que éste portaba una bomba lacrimógena, lo que hacía presumir que el sujeto en cuestión representaba una amenaza para la tranquilidad del establecimiento).

Esta distribución de las cargas probatorias se basa en que resulta extremadamente difícil y costoso para el afectado probar positivamente que la diferenciación se basó en una cuestión de raza, por ejemplo (ello implicaría internarse en el fuero interno del discriminador). Así las cosas, se presume que toda diferenciación se basa en motivos prohibidos por el artículo 2 inciso 2 de la Constitución, salvo prueba en contrario que corresponde pues al establecimiento denunciado.

En suma, hemos tomado este ejemplo a fin de ilustrar la perspectiva de la creación de incentivos bajo los cuales se puede evaluar las cargas de la producción de pruebas. Nuestro propósito es mostrar lo lejos que puede estar la perspectiva del incentivo de la tan frecuentemente elogiada búsqueda racional de la verdad en el proceso civil.

CONCLUSIÓN

El objeto del proceso civil es múltiple y por ende las presunciones y las cargas de la prueba sirven a estas múltiples funciones. Esta constatación es válida tanto para el proceso civil peruano como para el proceso civil norteamericano. Así, las presunciones, como mecanismos en la ley sustantiva para asignar la carga de la prueba, sirven para propósitos tan variados como promover principios morales, buscar la verdad material que subyace a la controversia o eliminar incertidumbres y conflictos. Sin embargo una de las funciones más importantes de las presunciones y cargas, aunque no siempre entendidas ni utilizada al regular presunciones en las leyes, es la función de ser un dispositivo para generar información y para superar la asimetría de información entre las partes cuando ésta existe.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ESTADO DE DERECHO

Róger Yon Ruesta*
Armando Sánchez Málaga C.**

Los principios del Derecho forman parte de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, muchas veces ellos son tomados como enunciados sin aplicación efectiva en los casos que se presentan en la realidad, siendo parte únicamente de una olvidada literatura jurídica, sin cumplir por tanto el importante rol que juegan dentro de un Estado de Derecho.

En el presente artículo, los autores nos muestran, precisamente, la importancia de aplicar los principios del Derecho Penal. Así, a través del interesante análisis de una sentencia de la Primera Sala Superior Penal de Lima para procesos con reos en cárcel, detallan cómo el principio de presunción de inocencia es claramente dejado de lado.

* Abogado especializado en Derecho Penal y Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio fundador del Estudio Róger Yon & Abogados.

** Alumno de sexto ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

" El constitucionalismo de nuestro tiempo consiste en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico. Esto constituye un cambio importante respecto a las concepciones del Estado de Derecho. Durante mucho tiempo no se advirtió y tales principios fueron relegados al limbo de las proclamaciones meramente " políticas ", sin incidencia jurídica práctica" ¹.

-Gustavo Zagrebelsky

El objeto del presente trabajo es brindar una visión de cómo el principio de presunción de inocencia, consagrado en nuestro orden constitucional de 1979 y en el vigente de 1993, así como en tratados internacionales de derechos humanos, no ha sido incorporado en múltiples resoluciones de distintas instancias penales, siendo que muy pocas de las mismas lo encaran como una obligación de adoptar rigurosidad en la formulación de juicios de imputación y de atribución de responsabilidad penal para que sus resoluciones adquieran la razonabilidad que les permita arribar a una decisión justa. Inexplicablemente, un principio que es base del sistema penal guarda mucha distancia con la práctica penal, ya que no es aplicado ni desarrollado por los operadores de control social (policías, fiscales, jueces, etcétera), los que, en un número significativo y preocupante, suelen practicar, más bien, la máxima de la presunción de culpabilidad. ¿Es eso posible en un Estado social y democrático de Derecho como el que señala nuestra Carta Magna? ¿Tal realidad nos ayuda a pretender decisiones judiciales previsibles, razonables y por tanto justas?

El tema a desarrollarse se enmarca en la Teoría General del Derecho, pretendiendo brindar una visión respecto a la aplicación del principio de presunción de inocencia en la práctica jurisprudencial penal y la importancia de dicho principio como fundamento primario de atribución de responsabilidad penal de cara a la obtención de resoluciones justas. La búsqueda de un análisis jurisprudencial objetivo resultará acompañada por el entusiasmo de cambiar una realidad jurisprudencial que viene produciendo resoluciones intuitivas, prejuiciosas y especulativas; de ahí la ambición del presente trabajo en traer a debate la importancia de la aplicación de valores y principios como fundamento de una decisión justa. Y qué mejor medio de cumplir nuestro objetivo que hacerlo a través del análisis de una resolución judicial, ilustrando así la relevancia del principio de presunción de inocencia.

I. INTRODUCCIÓN

La actividad legislativa y la actuación jurisdiccional son dos variables que permiten medir el estado del Derecho Penal en el contexto peruano y fijar pautas respecto a cómo éste debe ser orientado. En el presente artículo, efectuaremos un análisis y propuesta respecto a la actuación del juez penal, esencial a la hora de pretender evaluar en el caso concreto la función motivadora del Derecho Penal en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, que prescribe una serie de garantías y principios que conforman el marco de protección de todos los ciudadanos frente a la actividad punitiva estatal, la que se concretiza finalmente en la actuación de los órganos de control social. En específico, se pretenderá hacer hincapié en el principio de presunción de inocencia como margen de atribución de responsabilidad penal. Al respecto, nuestro trabajo está orientado por lo señalado por el profesor Luigi Ferrajoli, quien menciona que " la culpa y no la inocencia debe ser demostrada; y es la prueba de la culpa –y no de la inocencia, que se presume desde el principio– la que forma el objeto del juicio" ².

Es pertinente afirmar *ab initio* que la labor del juez penal no consiste en una irreflexiva " aplicación de la ley" (habría que preguntarse primero cuál es el contenido de esa ley) y menos aún en " hacer justicia según considere conveniente" . La difícil tarea del titular de la función jurisdiccional consiste en " alcanzar una resolución justa" , llevando a cabo un razonamiento jurídico de cara al caso concreto, el cual se sustente en el respeto a las mínimas garantías que el Estado constitucional peruano otorga a sus ciudadanos y cuyo resultado vaya acorde con una realidad social como la que enfrenta. Es decir, que no basta limitarse a la " consagración" de principios en un texto constitucional, como temática enunciativa muerta, sino que estos deben integrar la actuación dinámica diaria del juez penal, con el objetivo común de construir una sociedad más justa, en la que las decisiones judiciales sean previsibles, razonadas y puedan ser contradichas.

Surge, a primera vista, una interrogante respecto a lo que se debe entender por el término justicia. ¿Es justicia acaso la aplicación de la ley? ¿Será justicia la imposición de una drástica sanción al sujeto culpable? ¿La justicia se traduce en una actuación eficaz del juez penal? Dar una respuesta afirmativa a tales interrogantes es limitarse a una concepción parcial y poco democrática de la problemática de la justicia. ¿Acaso nos hemos preguntado cuál es el contenido de la ley aplicada? ¿O cuál es la finalidad de la imposición de una drástica

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. "El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia". Madrid: Trotta. 1995. p. 93.

² FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y Razón". Madrid: Trotta. 1995. p. 549.

sanción? ¿Cuáles son los factores en los que el crimen se origina y la realidad en la que se enmarca? ¿O es que el ciudadano es mero instrumento de la justicia y debe verse sometido a un aparato estatal violento que pase por alto sus derechos en *pro* de lograr la satisfacción de la comunidad por una “sentencia justa” que satisfaga a una población con razón impaciente? Desde ya, deberá afirmarse lo señalado por el profesor Gustavo Zagrebelsky, quien plantea una idea de justicia como algo concreto, materialmente verificable y señala que “la vida colectiva, desde el punto de vista del derecho constitucional actual, no es sólo el conjunto de los derechos individuales y de los actos que constituyen su ejercicio, sino que es también un orden objetivo que corresponde a **ideas objetivas de justicia** que imponen deberes”³. Así, la justicia resulta un término complejo que implica el logro de cometidos propios de la esencia del Derecho Penal como instrumento protector de bienes jurídicos, no debiendo limitarse a un concepto meramente abstracto, sino que se verifique en hechos, conforme señala el profesor citado, quien respecto al principio de justicia refiere que su “resultado constitucional no viene dado, sino que debe ser construido. Esto podrá tener lugar, precisamente, en una situación en que se garanticen los derechos individuales”⁴.

La justicia no es sólo eficacia, va más allá. Implica el respeto de garantías mínimas propias de un Estado social y democrático de Derecho, que es fruto de siglos de lucha social y política, fenómenos que han conllevado a sociedades en las que la protección de la dignidad de la persona humana ha de ser medio y fin de toda actuación estatal. Así, toda actuación jurisdiccional debe remitirse a los principios –y el de presunción de inocencia es uno de primer orden– no sólo porque lo consagre la Constitución y la aplicación de la ley penal haya de ser conforme al orden que ésta establece, sino porque es fundamento de una Administración frente a la cual el ciudadano pueda defenderse y de la cual no sea instrumento de constatación de validez del orden social. No olvidemos que la protección de la dignidad y el bienestar de sus ciudadanos es medio y fin de toda sociedad, por lo que la justicia –y la presunción de inocencia como factor determinante de la misma– ha de ser factor preponderante de toda actuación jurisdiccional.

II. ¿CÓMO VEMOS LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?

En el presente artículo, se pretende otorgar una visión crítica de la problemática actual en materia de justicia

penal y, en concreto, respecto al papel que juega el principio constitucional de presunción de inocencia en la actuación jurisdiccional de cara a un pronunciamiento judicial motivado y razonable, frente al cual el ciudadano pueda defenderse. Ello nos hará cuestionar cuál es el real fundamento de la imposición de una sanción penal y, en específico, cuáles son los criterios mínimos para que el Estado recurra al arma más violenta de la cual dispone: el Derecho Penal.

Se procede a analizar una sentencia emitida por la Corte Superior de Lima, la que es representativa de aquella vertiente muy común de la jurisprudencia, que opta por acudir a un razonamiento de atribución de responsabilidad penal sobre la base de elementos especulativos, con los que construye una “presunción de culpabilidad” respecto al procesado. A lo largo del examen, se hará evidente, por un lado, los efectos nefastos de someter a valoración un caso construido sobre la base de especulaciones vulnerando así la presunción de inocencia y, por otro lado, lo fundamental que resulta revalorar los principios del Derecho Penal como presupuesto de decisiones justas. Afortunadamente, la condena de dicha arbitraria resolución ha sido recientemente revocada por la Corte Suprema de la República, la cual ha declarado la inocencia de la condenada en virtud a fundamentos jurídicos, cuyo principal referente es el principio de presunción de inocencia; lo que demuestra lo trascendental que resulta un Derecho Penal de cara a principios y valores que limiten el ejercicio punitivo estatal. La diferencia entre ambos pronunciamientos es simple: ¡Quince años de cárcel!

Así, el 13 de abril de 2005, la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima, en el expediente 3056-98, condenó a la señora Rosa Elvira Costa Luque como coautora del Delito contra la vida, el cuerpo y la salud –**HOMICIDIO CALIFICADO** en la modalidad de asesinato con crueldad y alevosía prevista por el artículo 108 numeral 3 del Código Penal– en agravio de Jorge Luis Azaña Soto, imponiéndole la pena de 15 años de privación de la libertad con ejecución efectiva; sobre la base de los **siguientes hechos**:

1. El Fiscal Superior formuló **acusación** contra los procesados Daniel Delgado Villarreal (reo contumaz) y Rosa Elvira Costa Luque (reo libre), al considerar probada su responsabilidad por el delito de homicidio calificado previsto por el artículo 108 inciso c del Código Penal, en virtud a lo siguiente: el 22 de octubre de 1998 en la playa Sarapampa-Pasamayito, altura del kilómetro 105 de la antigua Panamericana

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. Op. Cit. p. 95.

⁴ Ibid. p. 96.

Sur del distrito de Asia-Cañete, efectivos policiales, al recibir una llamada telefónica anónima, se dirigieron y constataron el hallazgo de un cadáver no identificado, de sexo masculino, sepultado en la arena, siendo posteriormente identificado como Jorge Luis Azaña Soto.

2. El mencionado fiscal presentó como **pruebas de cargo** lo siguiente:

a) Atestado Policial 525-IC.

b) Manifestación policial de Fresia Odilia Gonzáles Pomacaja, viuda del occiso, quien indicó lo siguiente:

- Por versión de su difunto esposo, tomó conocimiento que los acusados, entre ellos la señora Rosa Elvira Costa Luque, fueron las personas que lo interceptaron en el Cine Salamanca el 6 de septiembre de 1998, amenazándolo de muerte a él y a su familia. Además, el 7 de septiembre de 1998, la procesada Rosa Elvira Costa Luque lo llamó a su casa buscando a su esposo, concurriendo éste el 8 de septiembre de 1998 a la casa de la citada procesada, donde fue interceptado por ella atribuyéndole ser el secuestrador de sus hijos, siendo que, a la salida de la casa, fue secuestrado y subido a un auto, donde sus secuestradores le confesaron que Rosa Elvira Costa Luque los había contratado para asustarlo por lo que le sugirieron que se esconda para que ésta piense que lo tenían secuestrado.

- Ello motivó que el 9 de septiembre de 1998, su esposo concurriera a las oficinas de un abogado, donde preparó una solicitud de garantías personales para presentar en la Prefectura de Lima.

c) Declaración Testimonial de Martín Alfredo Aguayo Risco, esposo de la procesada Rosa Elvira Costa Luque, quien señaló:

- La víctima Jorge Luis Azaña Soto fue su chofer durante dos años, hacia 1993, siendo nuevamente contratado entre julio y agosto de 1998 para que hiciera un seguimiento personal contra su esposa, la procesada Rosa Costa Luque, descubriendo que ésta sostenía una relación sentimental con Daniel Delgado Villarreal. Por ello, al verse los procesados descubiertos por el difunto en sus relaciones amorosas, fueron los autores intelectuales de la muerte de Jorge Luis Azaña Soto.

- El 5 de septiembre de 1998, retiró a sus hijos de la casa donde residía Rosa Costa Luque, contando con la ayuda de Jorge Luis Azaña Soto. Luego, el 7 de septiembre de 1998 recibió una llamada del ahora occiso, donde le refirió que la acusada Rosa Costa Luque lo había estado buscando para conocer el paradero de sus hijos.

d) Registro de llamadas del teléfono celular abonado 9859388 al teléfono fijo 3234239, por el que se

aprecia que desde el teléfono celular de la procesada Rosa Costa Luque se efectuaron tres llamadas a la víctima entre el 6 y 7 de septiembre de 1998.

e) Evaluación psiquiátrica 064-966-98-MP-FN-/ML-DICEMEL, por la que se concluye que la procesada Rosa Costa Luque "(...)1.- No presenta Alteraciones Psicopatológicas de Psicosis; 2.- Personalidad de Rasgos Histriónicos; 3.- Inteligencia Clínicamente dentro de Parámetros Normales; 4.- No organicidad".

f) Pericia de grafotecnia 887/99, por la que se señala que es suficiente el número de muestras para comparar la firma en cuestión que obra en la solicitud de garantías personales a favor de Jorge Luis Azaña Soto, determinando que fue falsificada por imitación servil.

3. De acuerdo a las pesquisas científicas llevadas a cabo y el análisis efectuado, la Sala Superior llegó a determinar lo siguiente:

a) Jorge Luis Azaña Soto, antes de ser asesinado, fue amordazado con grilletes que le fueron colocados con las manos hacia la espalda, siendo torturado con violencia pues en uno de los grilletes examinados se encontró restos de sustancia blanda correspondiente a células epiteliales descamativas.

b) Se habría producido una tortura llevada a cabo aproximadamente por tres o cuatro personas, atendiendo al número de botellas que se encontraron alrededor del cuerpo del occiso.

c) El occiso fue golpeado en la mandíbula izquierda con un objeto contundente duro, presumiblemente la cachá o el tubo de una pistola, acción violenta que también se había realizado en el cráneo dada la fractura occipital que presentaba el cadáver, así como el cuello.

d) **Se presume** que para amedrentarlo habrían efectuado uno o dos disparos, razón por la que se encontró un casquillo de pistola 9 milímetros en el radio donde se ubicó el cadáver.

e) En tal sentido, puede destacarse que el agraviado fue maniatado y conducido a un lugar descampado ubicado en una playa del sur y allí fue torturado presumiblemente bajo dos móviles: "el primero: por "venganza", pues la modalidad utilizada para llevar a cabo la tortura es práctica usual en los ajustes de cuentas principalmente llevados a cabo por bandas organizadas u organizaciones delictivas contra individuos que no comulgan con sus acciones, no participan en éstas o ejercen algún tipo de acción en contra de la organización o miembros de ésta; el segundo: que la tortura se suscitara en el marco de un "interrogatorio criminal violento" para poder extraer alguna información que era requerida por los juicios y que al no poder obtenerla o luego de conseguirla con un

- ensañamiento inhumano le provocaron la muerte para evitar que reconociese a los ejecutores”⁵.
- f) Efectuando un **análisis deductivo** cuyo punto de inicio empieza en el lugar de ubicación del cadáver, para luego identificar el punto de encuentro de la evaluación con los demás hechos explicados, se tiene que se encuentra probado por la forma y circunstancias de su muerte, que el agraviado fue victimado con la participación de más de una persona, ya que debió ser conducido en un vehículo particular hasta el lugar, debiendo existir una persona que conducía el vehículo y otra que lo mantenía amenazado constantemente para que el agraviado no diese aviso de su situación de peligro al pasar por las garitas de control.
 - g) Dado que se encontraron un casquillo de bala de calibre 9 milímetros y grilletas para inmovilizar las manos del occiso, se colige, en uso del sentido común y las reglas de la experiencia forense, que en la ejecución del homicidio debieron participar uno o dos miembros retirados o en actividad de la Policía Nacional quienes habrían proporcionado dichos elementos, **sin descartar que la modalidad de la ejecución responde a una constante de las actividades criminales paralelas que llevan a cabo las organizaciones dedicadas al tráfico ilícito de drogas.**
4. La declaración de la procesada Rosa Elvira Costa Luque durante todo el proceso (en el sumario policial, la instrucción, así como en el juicio oral) es tomada con reserva por la Sala Superior, en tanto que **ésta ha demostrado tener cierta habilidad para negar determinados hechos** que por sí han sido probados.
 5. **El colegiado superior**, ante el cuestionamiento de la verosimilitud de la firma del occiso en la solicitud de garantías personales que fuera tramitada ante la Sub-Prefectura de Lima antes de ser asesinado, **señala que la pericia grafotécnica 887/99 (la cual determinó que la firma que obra en dicho documento era falsificada por imitación servil) es imperfecta** pues los peritos en el procedimiento no cumplieron con las formalidades que se requieren para llevar a cabo el cotejo comparativo.
 6. Se encuentra probado, dado los testimonios de Martín Aguayo Risco y de Fresia Odilia Gonzáles Pomacaja, que el 5 de septiembre de 1998 el occiso Jorge Luis Azaña Soto, a solicitud de Martín Aguayo Risco, participó en el secuestro de los menores hijos de éste último, que se encontraban bajo la potestad de la procesada Rosa Costa Luque.
 7. Está probado que el 6 de septiembre de 1998, la procesada Rosa Costa Luque se comunicó desde su teléfono celular abonado 9859388 al teléfono fijo del domicilio del occiso; que el 7 de septiembre de 1998, la procesada nuevamente realizó dos llamadas desde su teléfono celular al teléfono fijo del domicilio del occiso; por lo que se precisa un interés personal de ésta en comunicarse con el occiso Jorge Luis Azaña Soto.
 8. Está probado que el procesado Daniel Delgado Villarreal, antes de la desaparición del agraviado Jorge Luis Azaña Soto, mantenía una relación sentimental con su coprocesada Rosa Costa Luque, lo que se encuentra corroborado con las fotos que obran en el expediente, de las que por sentido común se desprende una relación mucho más íntima que una simple amistad. En tal sentido, dada la relación sentimental entre ambos, se encuentra probado que el procesado Daniel Delgado Villarreal asumió como propio el interés de ubicar a los hijos de su co-procesada.
 9. El móvil que impulsó a la procesada a interceptar al occiso Jorge Luis Azaña Soto no es sino la búsqueda de información en torno al paradero de sus hijos, puesto que éste era empleado de su esposo Martín Aguayo Risco, además porque había participado en el secuestro de sus hijos; **por lo que todo tipo de comportamiento sostenido contra el occiso Azaña Soto mantuvo una intencionalidad previa, incluso, que marca una vinculación entre las amenazas que se suscitaron contra éste y que motivaron la solicitud de garantías personales.**
 10. Luego de analizados los hechos del 5, 6, 7 y 8 de septiembre de 1998, extrañamente el occiso Jorge Luis Azaña Soto desaparece con fecha 23 de septiembre de 1998, sin motivo alguno y pese a no tener enemigos conocidos que hayan sido señalados en autos, existiendo estricta y solamente una única vinculación de este hecho con los procesados, que se desprende en dos momentos: **primero**, una actitud permanente de la procesada Rosa Costa Luque de acceder a Jorge Luis Azaña Soto para obtener información en torno al paradero de sus hijos y **segundo**, una amenaza contra el agraviado que se suscitó el 8 de septiembre de 1998, la que prudentemente fue denunciada e imputada contra los procesados.

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

⁵ Sentencia del 13 de abril de 2005 emitida por la Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel de Lima contenida en el expediente 3056-98.

El **razonamiento** –según señala la Sala Superior– utilizado para emitir dicha sentencia condenatoria fue sobre la base de la **prueba indiciaria**. La propia sentencia emite el siguiente razonamiento, el cual lleva a definir –sobre la base de un escenario especulativo contrario a la presunción de inocencia– la responsabilidad penal de la señora Rosa Elvira Costa Luque: “bajo la estricta evaluación llevada a cabo de la pluralidad de indicios que posibilitan inferencias razonables y concurrentes, llevan a este Tribunal a establecer de manera indubitable que existió concertación entre la procesada Rosa Costa Luque y los demás agentes, para llevar a cabo el asesinato de Jorge Luis Azaña Soto, (...) pues es evidente que la división de funciones previamente acordadas estuvo motivado bajo un **móvil execrable y se inicia con el descubrimiento de la relación sentimental** entre la acusada Rosa Costa Luque con su co-procesado Daniel Delgado Villarreal, generando la ruptura de la relación matrimonial entre Rosa Costa Luque y Martín Aguayo Risco, consecuentemente el secuestro de los menores (hijos de ambos) por este último con participación del occiso, lo que motivó se iniciaran acciones de ubicación e interceptación contra Jorge Luis Azaña Soto, asimismo de amedrentamiento al haber sido secuestrado por sujetos desconocidos minutos después de haberse reunido con la procesada Rosa Costa Luque el día 8 de setiembre de 1998, teniendo este último acto, relación con la citada procesada, en tanto que el móvil de dicha privación transitoria de la libertad ambulatoria estaba orientada a obligar al occiso a informar del paradero de los menores hijos de Rosa Costa Luque, hecho que se acredita en tanto que al día siguiente fue puesto en conocimiento de las autoridades (Sub-Prefectura) a efectos de lograr las garantías personales ante las amenazas generadas y que le eran imputadas a la procesada Rosa Costa Luque, circunstancia que indefectiblemente vislumbra el nexo ilícito entre la desaparición posterior del occiso y la participación delictual de la mencionada acusada y los demás agentes involucrados en el caso de autos. **Cabe precisar, que es notorio que existió un móvil criminal que llevó a la procesada Rosa Costa Luque a atentar contra la vida del occiso Jorge Luis Azaña Soto, (...) dirigido a extraerle información al agraviado en torno al paradero de los hijos de la citada procesada** sin importar que ello llevase a la muerte cruel de éste; así, el rol delictivo asumido por la procesada Rosa Elvira Costa Luque, fue la de iniciar el contacto con Jorge Luis Azaña Soto comunicándose con éste en varias oportunidades, incluso manteniendo dos reuniones previas (en una de ellas donde participó el procesado Daniel Delgado Villarreal), hecho que

posibilitó ponerlo al alcance de su co-procesado Daniel Delgado Villarreal y de las demás personas que cooperaban con éste (presumiblemente Juan Silva Cárdenas y Fernando Altez Ríos, quienes lograron efectuarle un seguimiento que fue denunciado por el occiso en su oportunidad para intentar obtener garantías personales a su favor, ubicándolo el 23 de setiembre de 1998 con la finalidad de secuestrarlo y trasladarlo contra su voluntad hasta la Playa Sarapampa-Pasamayito (lugar habitual de reunión del procesado Daniel Delgado Villarreal) donde lo torturan salvajemente hasta darle muerte”⁶.

III. ¿QUÉ ROL JUEGA EL ORDEN CONSTITUCIONAL EN LA ACTUACIÓN JURISPRUDENCIAL?

La Sala Superior construye una supuesta secuencia de acontecimientos para atribuir responsabilidad penal por la comisión del delito de asesinato y condenar a la señora Rosa Elvira Costa Luque a quince años de internamiento en una cárcel. La historia criminal que relatan los magistrados se compone, en primer lugar, de la constatación de que la procesada mantiene una relación sentimental extramatrimonial con su co-procesado, la cual es descubierta por Jorge Luis Azaña Soto, víctima del acto criminal.

A ello se añade que, la señora Costa Luque desea recuperar a sus hijos, de cuyo paradero supuestamente la víctima tendría información, por lo que llama al después occiso hasta en tres oportunidades y se encuentra con él en un lugar público, donde –según referencia posterior de terceras personas– lo habría amenazado de muerte, por lo que la víctima habría solicitado garantías personales. Al respecto, existe una pericia grafotécnica que señala que la solicitud de garantías es falsa, pericia que es contradicha por la Sala Superior en la medida de dudar que los peritos hayan seguido los pasos operativos para la correcta realización de una pericia de dicha naturaleza. La Sala Superior concluye su construcción especulativa apoyándose en un análisis psicológico de la señora Costa Luque, donde se establece que la misma tiene rasgos histriónicos, **insinuando los magistrados la existencia de una personalidad agresiva en la procesada**, no señalando para tal efecto que parte del examen se efectuó mientras la señora Costa Luque se encontraba detenida en la cárcel.

Sobre la base de dichos elementos, se emitió una sentencia condenatoria, que recluye a la condenada a quince años en una prisión para reos peligrosos. Sobre la base de elementos tales como la supuesta constatación de una relación extramatrimonial o la

duda frente a la corrección formal de un examen pericial, la Sala Superior optó por valorar que la procesada creó un riesgo para la vida de la víctima. Sin embargo, ninguno de los elementos presentados por la sentencia y atribuidos a la señora Costa Luque conduce a la muerte del occiso. Con dichos elementos, no existe forma de crear un nexo de imputación entre la conducta de la procesada y la muerte de la víctima.

Ello ocurre simplemente porque no existe hecho probado alguno, que se oriente hacia la muerte de la víctima con conductas de parte de la procesada como generadoras de un riesgo contra la vida. No hay forma así de encaminar elementos fácticos hacia un potencial riesgo contra la vida. En esa línea, la profesora Corcoy Bidasolo⁷ refiere que “ para poder conocer qué hechos deben examinarse, en orden a determinar su relevancia jurídico-penal, es necesario determinar cómo han sucedido los acontecimientos, es decir, es necesario probar positivamente, con una probabilidad rayana en la certeza cuál ha sido el devenir de los hechos, atendiendo a leyes generales, ya sean naturales, estadísticas o, incluso, sociales”. Entonces, no podrá existir valoración jurídico penal alguna mientras no existan elementos fácticos, probados, que permitan formular tal valoración jurídico penal.

Ante la ausencia de dichos elementos fácticos, la Sala Superior acude a la especulación y llega –sin apoyarse en hechos– a las siguientes conclusiones:

- 1) La procesada es una mujer alterada, según señala un examen psicológico que indica personalidad histriónica, razón suficiente para presumir su peligrosidad para la sociedad.
- 2) Existe un móvil que llevaría a la procesada a matar a la víctima: la venganza al supuestamente haber sido descubierta por la víctima en una relación amorosa extramatrimonial.
- 3) La procesada estuvo concentrada en la búsqueda de la víctima días antes de su muerte para obtener una explicación respecto al paradero de sus hijos que habían sido secuestrados. La Sala –en una extraña interpretación– asume que la procesada mata a quien podría haber sabido el paradero de sus hijos sin obtener información alguna al respecto.
- 4) La procesada tendría un amante, quien está procesado por Tráfico Ilícito de Drogas y a quien ella habría contactado con la víctima, siendo que existe al respecto una asociación ilícita para matar

que nace del nexo amoroso que habría entre ambos.

- 5) Entonces, se concluye que es coautora del asesinato del señor Jorge Luis Azaña Soto.

Así, resulta claro que el trabajo efectuado por el colegiado superior no se condice con lo que definimos al principio como “ construir resoluciones previsibles, razonables y contrastables”. Por el contrario, lo que hacen los vocales superiores es sustituir elementos fácticos por especulaciones para así pretender conectar algunos sucesos atribuidos a la señora Costa Luque –como si fueran hechos probados– y conducirlos hacia la muerte de la víctima. Ni la Sala, ni la Fiscalía Superior, quien según la Constitución Política del Perú ostenta la carga de la prueba, han podido descubrir o reconstruir elementos indiciarios inculpativos, que se vinculen a hechos probados de que la señora Costa Luque participó en el asesinato de Azaña Soto.

1. Criterios para un adecuado análisis jurisprudencial

Debe efectuarse el análisis técnico y crítico –de cara a la Constitución– de la sentencia anotada con lo señalado por la profesora Corcoy Bidasolo, quien refiere que “ tanto la causalidad como la imputación objetiva tiene su función y que, por consiguiente, es necesario superar la confrontación entre causalidad e imputación objetiva porque son dos instituciones autónomas y válidas, con naturalezas y finalidades propias, a lo que añade que la relación causal y la relación de riesgo deben probarse en todos los delitos, tanto comisivos como omisivos y ya sean de resultado o de mera actividad”⁸. Debe resaltarse entonces el hecho de que todo razonamiento jurisprudencial en materia penal ha de acudir siempre a las siguientes instituciones: la **relación causal**, entendida como la certeza respecto de cómo se produjo la secuencia fáctica, y la **relación de riesgo**, definida como aquel criterio de imputación que se basa en una valoración de la conducta del sujeto como creadora de un riesgo penalmente relevante el cual se ve reflejado en la idoneidad de lesión o puesta en peligro de un bien jurídico penal. Luego de dicha constatación, el juzgado, recién, sobre la base del **principio de culpabilidad**, estará en la posición de fundar una imputación.

Resulta a todas luces cierto que la relación de causalidad no puede ni debe ser fundamento exclusivo de imputación alguna, ya que ello podría violentar

⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “ La Distinción entre Causalidad e Imputación Objetiva y su repercusión en el proceso. Presunción de Inocencia e In Dubio Pro Reo”. En: “ La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir”. Madrid: Tecnos. 2002. p. 604.

⁸ Ibid. p. 594.

gravemente principios como el de culpabilidad al atribuir responsabilidad objetiva por la mera causalidad natural de determinada acción con un resultado lesivo. Baste recordar el ejemplo de laboratorio en el que un sujeto ocasiona lesiones en el brazo a otro y al ser éste conducido al hospital para ser curado de las lesiones, la ambulancia en que va sufre un accidente en el que el lesionado resulta muerto. En dicho caso, bajo criterios estrictos de causalidad aquel que propinó la lesión podría ser sancionado por la muerte del lesionado, ya que existe una causalidad, de origen ontológico, entre la muerte del lesionado y la actuación de quien propinó la lesión, en la medida que, de no haberse producido la lesión, el lesionado jamás habría sido conducido por la ambulancia que ocasionó el fatídico desenlace. Dicho ejemplo resulta ilustrativo para denotar las serias deficiencias de un sistema de fundamentación de la sanción penal sustentado exclusivamente en la relación de causalidad. Sin embargo, resultaría errónea, o al menos imprecisa, una postura que descarte de plano la utilidad de la teoría de la causalidad en materia penal. Así, en la línea de la corriente doctrinaria citada debe considerarse que "dentro de un sistema teleológico y funcional del Derecho penal una institución como la relación causal no puede fundamentar nada, pero sí **puede y debe servir como límite previo, necesario**⁹ para cumplir con los principios de seguridad jurídica y presunción de inocencia"¹⁰.

Así expuestas las cosas, el criterio de causalidad resulta relevante para crear un límite previo a efectos de esbozar un análisis jurídico penal posterior de determinados hechos. Sin embargo, ello no es suficiente de cara a la función esencial del Derecho Penal, cual es la motivación en el ciudadano de la importancia de proteger los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal. Dicho objetivo es concretado por las teorías de la imputación, en la medida que no solo brindan un fundamento jurídico de cara a la imposición de una sanción penal, sino que basan la reacción penal en la exigencia de una conducta que sea evitable para el ciudadano y sobre la cual la norma jurídico penal ejerza efectivamente la función motivadora para la cual fue creada. En esa línea, la profesora Corcoy anota que "si atendiéramos, exclusivamente, al punto de vista de la finalidad de protección de bienes jurídicos la casualidad sería suficiente para fundamentar el castigo, sin embargo, desde la perspectiva de la finalidad de motivación de la norma penal sólo la imputación objetiva, en cuanto basa la imputación del resultado

en la existencia de un riesgo jurídicamente relevante, sirve para limitar las conductas prohibidas, en el caso concreto"¹¹.

Sin embargo, tampoco basta fundar un criterio de imputación objetiva, sino que será siempre necesario recurrir a un análisis subjetivo de la imputación que permita sostener si la conducta se ha realizado a título de dolo o de imprudencia; en caso contrario, acudiríamos a márgenes de responsabilidad objetiva, que atentan claramente contra el principio de culpabilidad.

En el presente caso, la sentencia condenatoria acude a la creación de una relación de especulaciones, sobre la base de las cuales crea una supuesta secuencia criminal. Sin embargo, no presenta hechos probados, lo cual contraría seriamente el postulado de culpabilidad aquí esbozado y que debe ser principio rector de una actuación jurisprudencial **justa** conforme a la Constitución. Así, como bien refiere autorizada doctrina, "no es posible llevar a efecto un juicio valorativo sobre la relevancia jurídico-penal de una determinada conducta si previamente no se cuenta con unos hechos racionalmente probados. Obviar la causalidad supone, en definitiva, infringir el principio de presunción de inocencia"¹².

2. Respecto al hecho probado a valorar

Resulta claro que para formular una valoración jurídico penal de cara a crear una imputación penal, es necesario que existan hechos probados que puedan ser valorados, situación que no ocurrió en el presente caso. Al respecto, resulta esencial definir que entendemos por hecho. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española¹³ define, entre otras acepciones, al hecho como la acción u obra, como cosa que sucede, como asunto o materia de que se trata, como **acción que se ha llevado a cabo**. Por otro lado, el **hecho probado** es definido¹⁴ como aquel que tras la práctica de la prueba en el procedimiento judicial, el juez considera debidamente acreditado y lo consigna así en la sentencia junto con las razones que le han llevado a ese convencimiento. Por tanto, resulta claro que un hecho es un suceso de la realidad, que definitivamente ha acontecido. No son de ningún modo hechos la mera especulación, la idea sin sustento en la realidad, el pensamiento, una opinión, una simple deducción sin antecedente fáctico que la sustente,

⁹ El resaltado es nuestro.

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. pp. 593-594.

¹¹ Ibid. p. 594.

¹² Ibid. p. 604.

¹³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. "Diccionario de la lengua española". Vigésima segunda edición. Tomo X. Lima: Q.W. Editores. 2005. p. 808.

¹⁴ FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, José Ignacio. "Diccionario Jurídico Básico". Madrid: COLEX. 2002. p. 188.

etcétera. El hecho es algo que ha sucedido en la realidad, que es verificable, objetivamente contrastable, sobre el cual se puede discutir (contradecir) y efectuar valoraciones. Y en el proceso penal, dicho hecho debe ser probado, es decir, debe constatar su acontecimiento, para luego de ello ser recogido y unido a otros hechos probados, los que conjuntamente serán valorados jurídicamente por el operador de control social. Es así que la relación de causalidad resulta útil y necesaria a efectos de determinar cuáles son los hechos probados, lo que constituye el primer paso del juzgamiento. Luego de ello, la imputación objetiva nos brindará las pautas para efectuar una valoración de dichos hechos probados. Así, “la distinción entre causalidad e imputación objetiva es análoga a la que “debería existir”, entre los Hechos Probados y los Fundamentos Jurídicos de una sentencia”¹⁵.

Entonces, si en la presente sentencia condenatoria no existe la aludida relación de causalidad, pues simplemente no existen hechos probados, sino meras especulaciones (como una supuesta relación sentimental, un ánimo de venganza, tres llamadas telefónicas cuyo contenido se desconoce, una solicitud de garantías personales con firma falsificada y presentada a las autoridades con posterioridad a la muerte de la víctima), no puede aludirse el establecimiento de una prueba incriminatoria, que sindique a la procesada como partícipe en los hechos. Menos aún pueden valorarse elementos de imputación para sindicarla como homicida. Desde este punto de vista, acorde con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, la presunción de inocencia exige a los operadores de control social que **no especulen**, ya que se encuentran obligados a encontrar hallazgos, hechos probados, que permitan establecer un lazo de causalidad naturalístico, para luego pasar a un juicio de imputación y determinación del nexo criminal, sobre la base de los patrones de creación de riesgo penalmente relevante. Si bien es cierto que la determinación de la relación causal es insuficiente para atribuir responsabilidad penal, sí es un paso fundamental previo. Así, en el presente caso era imprescindible primero determinar cuál había sido la causa de la muerte de Jorge Luis Azaña Soto, para luego de ello iniciar un juicio de imputación del hecho.

3. ¿Existió valoración del hecho probado conforme a los requisitos para formular la imputación?

La Sala Superior, al sustituir la valoración de hechos probados por un mero ejercicio de especulación, contraviene el derecho a la presunción de inocencia

de la señora Costa Luque y atenta contra su derecho de defensa, al verse sometida a un razonamiento frente al cual no cabe argumento fáctico o jurídico alguno. Es así sometida a una injusticia: purgar quince años en prisión, quedando absolutamente desprotegida luego de siete años de juzgamiento, en los que se la había absuelto en dos oportunidades, pero una vez declarada la nulidad de dichas sentencias, se emitió una tercera condenatoria que es materia del presente análisis. Ni la parte civil ni el Ministerio Público encontraron suficientes elementos que permitieran vincular a la procesada con la muerte de la víctima. Al respecto, cabe una reflexión acerca de cuáles son los puntos que el Ministerio Público, como titular de la acción penal, debe evaluar antes de la formulación de una denuncia o, más aún, de una acusación.

Se trata de principios esenciales, a los cuales la actuación de los órganos jurisdiccionales también debe someterse y corregir cualquier arbitrariedad que pueda haber sido cometida por los fiscales. En pocas palabras, el Ministerio Público, primero, debe seguir tres pasos o requisitos –materialización de los tres criterios para el análisis jurisprudencial esbozados en el punto III.1.– para determinar una imputación penal: verificar la relación de causalidad en el caso concreto, vincular dicha relación a criterios de imputación objetiva de los comportamientos de los agentes y verificar si la actuación analizada obedece a un delito doloso o a uno imprudente. Estos pasos no son exclusivos del Ministerio Público, sino que adquieren especial relevancia en el trabajo del juzgador de cara a la emisión de un pronunciamiento judicial respecto a la responsabilidad penal del juzgado.

a) Relación causal

En cuanto al primer requisito, es decir la verificación de una relación de causalidad, resulta esencial la reconstrucción de una secuencia fáctica, sobre la base de hechos probados, a acontecimientos verificados, que tengan un sustento en la realidad. Esa es la principal labor del fiscal: obtener la carga de la prueba incriminatoria. En caso el fiscal no cumpla con su labor, el Estado –sea a través de construcciones especulativas, inversiones de la carga de la prueba o alteraciones del principio de culpabilidad– no puede ejercer la violencia del *ius puniendi* en contra de un ciudadano, al cual asiste la presunción de inocencia. Así, la profesora Corcoy cita claramente que “probar positivamente cuál ha sido el devenir causal es un requisito esencial de la presunción de inocencia, puesto que **la carga de la prueba corresponde a quien acusa**”. A ello agrega que “en el supuesto de

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

¹⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 597.

que no exista prueba razonable de cómo se produjeron los hechos, donde por supuesto se incluiría quién o quiénes han sido autores, la presunción de inocencia debería llevarnos a un sobreseimiento o, en su caso, a una absolución”¹⁶. Es así que la actividad probatoria, que debe llevar a cabo el Ministerio Público en el caso peruano, es el único medio para desvirtuar la inocencia y atribuir responsabilidad penal; hecho que no se verificó en el caso de la señora Costa Luque, en cuya sentencia no se verifica relación causal alguna, ya que, como resulta evidente, no es posible construir una secuencia fáctica sobre la base de especulaciones o ideas sin sustento en la realidad (como una relación sentimental o un documento falsificado).

b) Relación de Riesgo

En segundo lugar, una vez detectada la secuencia fáctica construida sobre la base de hechos probados y no meras especulaciones, se procede a la valoración de dichos hechos, vinculando la actuación del sujeto investigado a criterios de imputación objetiva, que encuentre en la variable de creación de riesgo penalmente relevante como generador de una afectación al bien jurídico penal la única opción generadora de imputación jurídico penal. Así, existe una clara diferencia entre la causalidad y la imputación al tipo objetivo, existiendo una relación de prelación de la primera frente a la segunda, de tal modo que “cuando no pueda probarse la causalidad entre una conducta y un resultado ya no será necesario tratar problema alguno de imputación objetiva, puesto que no existen unos Hechos Probados que deban ser valorados”¹⁷. Así, es sobre la base de dichos hechos probados que la autoridad estatal efectúa una evaluación jurídica de los hechos frente al ordenamiento penal. En este momento, cobra especial relevancia **el principio *in dubio pro reo*** entendido como la variable que en caso de duda respecto al calificación jurídica de un hecho con aparente relevancia penal, deberá optarse por la solución más favorable para el ciudadano sometido a juicio. En la sentencia sub-análisis resulta evidente que no es posible formular evaluación alguna respecto a la presunta creación de riesgo penalmente relevante para la vida de la víctima, en la medida que no existe hecho probado alguno sobre el cual formular el juicio de valor respectivo.

c) Principio de Culpabilidad

En cuanto al último requisito, debe quedar claro que no basta la existencia en los hechos probados de una relación causal, a cuyos sujetos participante pueda atribuirse un juicio de imputación objetiva de la afectación al interés jurídicamente protegido; sino que, también, debe evaluarse si la conducta atribuida al referido participante obedece a un actuar doloso o imprudente, para evitar así los casos de atribución de responsabilidad objetiva. Aquí entra a jugar un papel vital el principio de culpabilidad, base de un Estado democrático de Derecho¹⁸, el cual se logra a través del respeto de cuatro subprincipios. En primer lugar, la responsabilidad penal es de hecho y no de autor, no pudiendo el órgano de control social efectuar distinción alguna por quién es la persona juzgado o qué condición o relaciones tiene. En segundo lugar, la responsabilidad penal debe ser personalísima, es decir que sea atribuida a la persona que efectivamente realizó un hecho probado, al cual –luego de una debida etapa probatoria y subsiguiente valoración jurídica– se le atribuye relevancia jurídico penal. En tercer lugar, la responsabilidad penal ha de tomar en consideración las circunstancias personales de la persona a la que se imputa el delito, de cara a una sanción justa. Es el claro ejemplo de la responsabilidad restringida para las personas mayores de 65 años, que establece el Código Penal peruano. Por último, el órgano jurisdiccional sólo puede sancionar una conducta que haya sido cometida a título de dolo o de imprudencia. Así, se concluye que no debe existir sanción por responsabilidad objetiva o caso fortuito.

Respecto al principio de culpabilidad, el profesor Eugenio Zaffaroni nos indica que “pese a ser contrapartida necesaria e inescindible del principio de lesividad, **el principio de culpabilidad es el más importante** de los que se derivan en forma directa del estado de derecho, porque su violación importa el desconocimiento de la esencia del concepto de persona. Imputar un daño o un peligro para un bien jurídico, sin la previa constatación del vínculo subjetivo con el autor (o imponer una pena sólo fundada en la causación) equivale a degradar al autor a una cosa causante”¹⁹. El citado autor deja en claro que la dignidad de la persona humana, cuya protección es fin supremo de nuestro orden constitucional, se ve afectada ante la atribución de responsabilidad en clara

¹⁶ Ibid. p. 615.

¹⁷ Ibid. p. 600.

¹⁸ Al señalar que nos encontramos ante un **Estado democrático**, debe clarificarse lo que se entiende por democracia, ya que –bajo nuestro criterio– ésta se ha malentendido como la imposición de las ideas, creencias y opciones de la mayoría frente a una minoría que debe acatar “la voz del pueblo”. Ello no se condice con los ideales de libertad y respeto de los derechos fundamentales (como lo son el derecho de opinión y la libertad de desarrollo de un proyecto de vida personal), que son la base formativa justamente del Estado democrático moderno. La democracia es –bajo nuestra perspectiva– una fórmula que atiende la voluntad de las minorías y que se logra haciendo vivos principios como el de la culpabilidad.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “Derecho Penal”. Tomo I. Buenos Aires: Ediar. 2000. p. 132.

violación al principio de culpabilidad. Señala además que dicha afectación se produce cuando se impone una pena basada en el hecho de verificar una relación causal, es decir, en cumplimiento únicamente del primer requisito explicado líneas arriba; lo que resulta muy ilustrativo respecto al caso de la señora Costa Luque, la cual fue condenada a quince años de prisión sin siquiera haber sido probada la relación de causalidad entre su conducta y la muerte de Azaña Soto, contraviniendo de modo evidente el Principio de Culpabilidad al emitirse una sentencia que no puede enmarcarse en el orden constitucional.

4. Caracteres de una resolución conforme al orden constitucional

Sobre la base de lo expuesto, ¿resulta admisible en nuestro orden constitucional una sentencia como la descrita? ¿Qué sucede con los órganos formales de control social? ¿Es que acaso estamos asistiendo a un relajamiento total de las garantías ciudadanas propias de un Estado democrático de Derecho en pro de una aplicación de la ley aparentemente eficaz y más bien efectista? ¿Es posible hablar de justicia frente a resoluciones judiciales como la analizada? Definitivamente consideramos que no se puede hablar de justicia entendida ésta como un patrón de comportamiento de las autoridades fiscales y judiciales en pro de emitir pronunciamientos conformes a los principios, garantías y derechos que la Constitución confiere a todos los ciudadanos.

De una vez por todas debemos alejarnos del discurso coyuntural, de la pretensión de cubrir la expectativa ciudadana; para acudir a un verdadero cambio de mentalidad en el que la dignidad de la persona humana y el respeto de sus derechos sean la base de toda actuación estatal. Cualquier ley, norma, jurisprudencia, doctrina, opinión o especulación debe sucumbir ante la protección de derechos tan fundamentales como la presunción de inocencia, que en primera y última instancia protege la libertad individual, base de todo ser humano para forjarse un proyecto de vida digno. Así, solo debe condenarse y privar de la libertad a una persona cuando se haya transitado por un justo proceso, entendido éste como aquel que trata de una valoración jurídica efectuada sobre hechos probados que permiten arribar –sobre la base de criterios de imputación objetiva y subjetiva– a una atribución de responsabilidad penal legítima y contradecible. Lo que se postula en fin es brindar un claro matiz constitucional a las resoluciones penales, con el objeto de promover sentencias que cumplan con tres requisitos indispensables: que sean previsibles, razonadas y que puedan ser contradichas. La configuración de actuaciones jurisdiccionales como las que a continuación se describen son la base del Estado

democrático, que muchos de nuestros políticos y legisladores utilizan como manto protector de sus discursos y actuaciones.

A continuación se procede a explicar los caracteres que –bajo el criterio aquí expuesto fundado en el orden constitucional– debe reunir toda resolución judicial en materia penal. En primer lugar, debemos encontrarnos frente a una resolución previsible, entendida como la expectativa real de todo ciudadano de obtener una decisión estatal fundada en el Derecho y dirigida a cautelar los principios penales y garantías ciudadanas.

En segundo lugar, toda resolución en materia penal habrá de ser razonada, lo que se entiende como el producto de una elaboración jurídico penal fundada en la aplicación de normas y principios a un caso concreto. Dicho proceso será entendido como uno de razonamiento, en el que el juez sobre la base de hechos debidamente verificados, elabore una secuencia fáctica con sustento en la realidad, la que luego será sometida a una estricta evaluación y valoración jurídica, en la que los principios del Derecho Penal juegan un rol de primer orden.

Finalmente, debe exigirse una resolución que pueda ser contradicha, que permita a quien directamente afecta, ejercer su derecho de defensa frente al poder punitivo del Estado. ¿Y qué es lo que puede contradecir el ciudadano? Simplemente hechos probados, acontecimientos debidamente verificados y establecidos como objeto de un análisis objetivo del comportamiento. Al procesado podrá confrontarse hechos como si efectivamente estuvo en determinado lugar, frente a lo cual podrá presentar un documento que compruebe su presencia en un lugar distinto y así se iniciará una discusión propia de un proceso justo, en el que el procesado tendrá elementos y la posibilidad de defenderse.

Distinto es el caso como el de la sentencia de la señora Rosa Elvira Costa Luque, la cual evidentemente no resulta ni previsible, ni razonada, al atribuir responsabilidad penal a una persona sin que siquiera el titular de la acción penal haya presentado hechos probados que demuestren vínculo causal alguno de conductas de la procesada con la muerte acontecida. Por el contrario, se presenta un razonamiento basado en meras especulaciones, en presunciones sin sustento fáctico alguno; lo que deja a la condenada en un evidente estado de indefensión, recibiendo una resolución condenatoria frente a la que no puede formular contradicción alguna, ya que no existen hechos probados que desvirtuar. Solo existen especulaciones, las cuales –como resulta evidente– no soportan un juicio de contradicción y anulan toda posibilidad de ejercer válidamente el derecho de defensa. Se ha violentado

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

claramente el principio de presunción de inocencia al efectuar –la Sala Superior– un razonamiento orientado a “crear” una secuencia criminal que permitiese “dudar respecto de su inocencia” o “presumir su culpabilidad”, invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio de una ciudadana. Lo cierto es que el titular de la acción penal (Fiscalía Superior. La Fiscalía Suprema le enmendó la plana) no cumplió con su labor de presentar hechos con sustento fáctico que permitan romper la presunción de inocencia.

IV. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

El Estado social y democrático de Derecho es aquel en el que el ciudadano tiene garantías que limitan la facultad de sancionar del Estado (*ius poenale*) y en el que dichas garantías no son meros enunciados, sino que son aplicados en la práctica legislativa y judicial. La Constitución Política del Perú vigente consagra –de manera enunciativa– un Estado social y democrático de Derecho como forma de organización y desarrollo del poder político y de estructuración de un ordenamiento jurídico en materia penal. La presunción de inocencia constituye pues uno de los elementos fundamentales del Estado aludido.

La presunción de inocencia constituye un derecho fundamental de la persona, consignado en el artículo 2 inciso 24 apartado e de nuestra Carta Fundamental de la manera siguiente: “Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia, toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. A este derecho, que es una manifestación del derecho a la libertad personal del que todo ser humano goza, debe dársele principal ponderación “no sólo en el proceso penal, sino en todos aquellos casos que resulte una sanción o limitación de derechos”²⁰, como en el caso de un procedimiento administrativo. El profesor Claus Roxin refiere en esa línea que “la presunción de inocencia debe ser incluida como manifestación específica del principio del Estado de Derecho, en el mandato de un procedimiento llevado a cabo con lealtad. De ella se infiere, ante todo, que la pena no puede ser anticipada, esto es, impuesta antes de que se haya condenado a esa consecuencia jurídica”²¹.

La importancia del principio analizado no se reduce a un pronunciamiento constitucional, sino que traspasa fronteras y constituye una constante en distintos

instrumentos internacionales de derechos humanos. En esa línea, el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos refiere que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”, máxima que es también abordada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14 inciso 2 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 inciso 1. En esa línea, para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se infringe el derecho a la presunción de inocencia “cuando el Tribunal o alguno de sus miembros entra en el juicio con una idea preconcebida sobre la culpabilidad del acusado. Esto es, el contenido de este derecho se concreta en que al acusado se le presuma inocente mientras no se demuestre su culpabilidad”²². La doctrina española, haciendo especial referencia a la doctrina del máximo intérprete de su Constitución, señala que la presunción de inocencia es un principio de contenido fundamentalmente penal y que el Tribunal Constitucional de España “ha corregido ya desde sus primeras sentencias una inexacta interpretación de este principio, en virtud del cual éste se entendía aplicable sólo ante la duda (es decir “*in dubio pro reo*”), pues también lo es cuando no ha existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena”²³. Es decir, que en casos como el de la señora Costa Luque, en los que el Ministerio Público no llega a presentar hechos probados que permitan efectuar la valoración materia del proceso penal, dicho principio ha de ser fundamento para la finalización de la actuación estatal en contra del particular.

Así visto el panorama normativo, podemos coincidir con el autor que refiere que la presunción de inocencia “supone que la carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste, de tal manera que si no concurren tales pruebas el juez o tribunal que conozca del proceso deberá declarar la inocencia del acusado”, a lo que se agrega que “el derecho a la presunción de inocencia desenvuelve su eficacia cuando existe falta absoluta de pruebas o cuando las practicadas no reúnen las garantías procesales”²⁴. Es así que, en la sentencia analizada, el Colegiado Superior hizo caso omiso a dicho principio, creando un panorama especulación y una presunción de culpabilidad de la procesada, como consecuencia de que el Ministerio Público como ente encargado de

²⁰ QUISPE FARFÁN, Fany Soledad. “El Derecho a la Presunción de Inocencia”. Lima: Palestra. 2001. p. 39.

²¹ ROXIN, Claus. “Derecho Procesal Penal”. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2000. p. 78.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. “Tratado de Derecho Procesal Penal”. Madrid: Akal. 1999. p. 81.

²³ GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “El proceso penal en el Estado de Derecho”. Lima: Palestra. 1999. pp. 22-23.

²⁴ TOMÉ GARCÍA, José Antonio. En: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. “Derecho Procesal Penal”. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces. 2002. pp. 463-464.

la acusación no brindara prueba de cargo alguna.

1. Naturaleza jurídica de la institución

Actualmente, el Estado democrático ha convertido a este derecho en uno de los principios cardinales del sistema procesal. Además, su positivización como garantía del proceso y derecho fundamental nos lleva a explicarlo en una triple consideración de principio, garantía y derecho²⁵.

Pero como el nombre del derecho lo indica, éste se trata de una presunción. Dentro de las presunciones, el Derecho reconoce a aquellas llamadas absolutas (que no admiten prueba en contrario) y aquellas llamadas relativas (que admiten prueba en contrario). La presunción de inocencia se refiere a una presunción relativa o *ius tantum*, que puede ser desestimada si se cumple el presupuesto básico de una suficiente actividad probatoria, siempre que se hayan brindado todas las garantías procesales, respetándose el debido proceso del inculpado. Caso que no ocurre cuando se condena a una persona sobre la base de meras especulaciones y sin efectuar una real verificación de hechos objetivos que permitan una valoración penal, como se hizo en la sentencia condenatoria analizada. En la línea de nuestra Constitución, y en específico en el marco de la justicia penal, la presunción de inocencia no es sólo un principio del ordenamiento constitucional, sino que también constituye una garantía del ciudadano al que se le imputa la comisión de algún delito frente a la actuación penal estatal que pone en riesgo su libertad personal.

2. Fundamento

Pero, ¿cuál es el fundamento de la presunción de inocencia? Es decir, ¿por qué se prefiere sobre una presunción de culpabilidad? Es claro que la respuesta a estas interrogantes debe partir de la íntima relación entre la presunción de inocencia y la dignidad humana. El mirar a una persona como inocente es una forma de creer y respetarla como ser humano que es. Además, el Estado de Derecho exige que la limitación de la libertad de la persona sea con un mínimo margen de error. Por ello, ante la incertidumbre el trato como inocente es preferible.

En esa medida, la única manera de desvirtuar la presunción de inocencia es a través de una suficiente actividad probatoria. Así, la prueba puede ser directa o indirecta. En el sistema peruano, la regla es que se

establezca la culpabilidad de una persona a partir de lo que se conoce como prueba directa, consistente en medios de convicción relacionados de manera precisa con el hecho controvertido²⁶. Pero puede ocurrir que se arribe a la conclusión de que el procesado es culpable prescindiendo de la existencia de prueba directa que la corrobore. A ello es a lo que se le conoce como prueba indiciaria o indirecta. Para poder decir que en un caso existe prueba indiciaria que demuestre la culpabilidad de una persona, debe estar sustentada en una pluralidad de indicios probados, concomitantes y que tengan una concordancia y conexión, no solo lógica y causal, sino también objetiva²⁷. Es decir, que la aplicación de la prueba indiciaria debe ser limitada y encontrarse parametrada por los **elementos mínimos que el rompimiento de la presunción de inocencia nos exige** y que son dos: primero, la existencia de un razonamiento fiscal y judicial enfocado en tres pasos determinados: relación causal, imputación objetiva e imputación subjetiva acorde con el principio de culpabilidad; y, segundo, arribar a un respuesta estatal consistente en una resolución predecible, razonada y que pueda ser contradicha por el ciudadano.

De lo que trata el proceso penal es de llevar a cabo investigaciones que permitan establecer pruebas que corroboren o no la culpabilidad de la persona inculpada. Si estas pruebas son suficientes, entonces se podrá enervar la presunción de inocencia. Entonces, es de primera importancia el acto de la investigación y el análisis de lo actuado, pues de ello ha de depender que el que se presume inocente por derecho, pueda convertirse en culpable y condenado. En esa línea, volviendo al caso de la señora Costa Luque, no puede imputarse un asesinato a una persona por la supuesta verificación de una relación extraconyugal, o por la realización de llamadas telefónicas cuyo contenido se desconoce. Menos aún –dando por sentado que el Derecho Penal de intención ha sido definitivamente abandonado por nuestro ordenamiento constitucional– el hecho de aparentemente existir un ánimo de venganza contra la víctima puede constituir sustento de atribución de responsabilidad.

La doctrina penal y procesal penal ha efectuado una clasificación respecto a los efectos que trae consigo la aplicación de la presunción de inocencia como principio regulador de la actividad punitiva estatal. En primer lugar, cabe señalar que produce un emplazamiento de la carga de la prueba en el acusador, que en el caso peruano es el Ministerio Público, el que no solo ejercita la acción penal, sino que también se encuentra

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

²⁵ QUIJPE FARFÁN, Fany Soledad. Op. Cit. p. 15.

²⁶ CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual". Vigésimo tercera edición. Tomo VI. Buenos Aires: Heliasta. 1994. p. 500.

²⁷ MIXÁN MASS, Florencio. "Prueba indiciaria". Trujillo: BGL. 1995. pp. 201-207.

encargado de conducir la investigación del delito, recreando así la secuencia fáctica y brindando al juzgador los hechos probados para efectuar la posterior valoración jurídica e imputación de responsabilidad. Por tanto, queda claro que es deber del Ministerio Público brindar aquellos acontecimientos que posean correlato verificable en la realidad, para así permitir un análisis jurídico de responsabilidad penal de cara a una sentencia justa.

En segundo lugar, surge la necesidad de una mínima actividad probatoria. Al respecto, el profesor César San Martín refiere que en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada²⁸. De modo contrario, podría llegarse a arbitrarias conclusiones como a las que arriba la sentencia condenatoria analizada, la que señala como supuesto "hecho probado" en su undécimo fundamento lo siguiente: "se tiene que se encuentra probado por la forma y circunstancias de su muerte, que el agraviado fue victimado con la participación de más de una persona, pues si se tiene en cuenta que debió ser conducido en un vehículo particular hasta el lugar, debió existir una persona que conducía el vehículo y otra que lo mantenía amenazado constantemente para que el agraviado no diese aviso de su situación de peligro al pasar por las garitas de control, por otro lado resultaba riesgoso que fuese conducido en un vehículo de transporte público o que haya sido metido a la cajuela del vehículo, por ello y ante el hallazgo de cuatro botellas de cerveza alrededor del cadáver (en su ubicación inicial), se colige que por lo menos fueron tres personas las que participaron activamente en el homicidio". De la cita anotada, se evidencia lo peligroso que resulta que los operadores de control social formal violenten la presunción de inocencia, acudiendo a la especulación y creando verdaderas historias de ciencia ficción, sobre la base de las cuales formulen títulos de imputación, que conducen –eso sí– a la privación de libertad personal por varios años.

En tercer y último lugar, es efecto de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, máxima consistente en el mandato de absolución de un procesado por duda o incertidumbre sobre su responsabilidad. Es un juicio que se efectúa al momento de la valoración jurídico penal del hecho probado, es decir al efectuar el juicio de imputación objetiva y no el de causalidad. El *in dubio pro reo* impone al juez una obligación de fallar y, ante la duda, de absolver. Este efecto es de origen romano, en el que se postulaba que "nadie puede ser condenado si no existe prueba evidente y eficiente de

los hechos imputados". Un importante sector de la doctrina distingue la presunción de inocencia del *in dubio pro reo* a través de la diferencia entre el momento de establecimiento de la relación causal y el del juicio de imputación, así la profesora Corcoy refiere que "la confusión entre relación causal e imputación objetiva adquiere especial relevancia, como ya enunciaba, en relación con el principio de presunción de inocencia que sólo afecta a la causalidad no a la imputación objetiva. La imputación objetiva, en cuanto se concibe como la valoración por el juez de los hechos probados, no resulta afectada por el principio de presunción de inocencia sino por la exigencia de motivación y congruencia y por el principio *in dubio pro reo*. Por consiguiente, la validez de una ley causal general no puede remitirse a la cuestión de la libre valoración de la prueba, sino que el juez debe decidir si las razones expuestas por los peritos son suficientes para aceptar esa ley causal"²⁹.

Así, queda claro que es exigencia de todo proceso penal conforme al Estado democrático de Derecho el papel activo del Ministerio Público como encargado de efectuar la actividad probatoria y ser titular de la carga de la prueba, así como la existencia de órganos jurisdiccionales que emitan sentencias respetuosas del principio de presunción de inocencia. De lo contrario, seguirán existiendo condenas, como la aplicada a la señora Rosa Elvira Costa Luque, la cual fuera afortunadamente revocada por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema. Lamentablemente, es uno de los pocos casos peruanos en los que el valor justicia finalmente se materializa.

Por último, cabe indicar que, conforme a lo expuesto en el presente trabajo, no es compartible el criterio indicado por el Tribunal Constitucional peruano en su sentencia 2868-2004-AA/TC, en la que señala que "el derecho de presunción de inocencia garantiza que toda persona no sea sancionada si es que no existe **prueba plena** que, con certeza, acredite su responsabilidad, administrativa o judicial, de los cargos atribuidos. Evidentemente se lesiona ese derecho a la presunción de inocencia tanto cuando se sanciona, pese a no existir **prueba plena** sobre la responsabilidad del investigado, como cuando se sanciona por actos u omisiones en los que el investigado no tuvo responsabilidad". No se pretende pues aludir a un concepto de prueba plena, que es descartada de plano por la doctrina procesal penal. Lo que se propone es la construcción de una presunción de inocencia entendida como la existencia de una mínima exigencia para que toda valoración jurídico penal que efectúe el juez penal se sustente en

²⁸ SAN MARTÍN CASTRO, César. "Derecho Procesal Penal". Tomo I. Lima: Grijley, 2003. p. 116.

²⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. pp. 601-602.

hechos probados, que sean objetiva y empíricamente verificables.

V. EL DERECHO PENAL DE HOY

Con el análisis presentado, se ha pretendido demostrar que la teoría de los principios del Derecho Penal es no sólo de gran utilidad para resolver casos, sino que resulta un parámetro esencial para la concreción del valor justicia, entendido como objetivo último y primero del sistema penal. En concreto, se ha pretendido esbozar la importancia del principio de presunción de inocencia como garantía de libertad del ciudadano, así como los efectos nocivos (¡Quince años de cárcel!) que su no aplicación conlleva.

Aun cuando en la actualidad el Derecho Penal se encuentre sometido a un repensamiento, en el que diversos sectores pretenden un Derecho Penal más ligero (esto es, más eficaz recurriéndose por ejemplo a la reincidencia, que delitos menores merezcan carcelería efectiva, etcétera) y que se base en respuestas efectistas, creemos sólidamente que –para concretar un Derecho Penal que pretenda alcanzar mínimos niveles de justicia– debemos aferrarnos a los principios constitucionales.

Un sector importante de la doctrina ha arribado al planteamiento de un funcionalismo extremo que analiza al ser humano como un instrumento de comprobación de la validez del sistema, dejando de lado un sistema basado en principios y valores, soslayando como medio y fin la protección de los derechos fundamentales del ser humano, cuya dignidad es objeto primero de protección de todo orden democrático.

Hoy en día, resulta un lugar común la discusión respecto a la consolidación de delitos de peligro abstracto, a la aplicación de remisiones inversas en materia de ley penal en blanco, la discusión respecto a la absoluta complementariedad del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo, al replanteamiento de la prohibición de regreso. Muchos de estos instrumentos son propios de la búsqueda de un Derecho Penal moderno (acorde con un listado de nuevos delitos con afectaciones *supra* individuales), que busca fundamentalmente eficacia. ¿Debe entonces el legislador ceder ante la población impaciente y quizás asegurarse un escaño por los próximos cinco años? Lo hace a menudo: reincidencia como factor de agravación de la pena, aplicación de penas más severas como cadena perpetua y postulación de la pena de muerte, prisión efectiva para faltas y delitos menores, etcétera.

Tal opción por una supuesta eficacia, que en la realidad no es tal, y el abandono casi absoluto de la garantía como fin del Derecho Penal, es la realidad que enfrentamos. Al respecto, cabe preguntarnos y reflexionar: ¿vamos a continuar aumentando las penas y abandonar, alejándonos más del sistema carcelario? ¿No nos estaremos arriesgando a que el preso nos haga recordar su existencia cuando salga luego de una más larga estadía en la cárcel?

El principio de la presunción de inocencia nos hace recordar el supuesto choque entre eficacia y garantía como fines del Derecho Penal. Al respecto, el profesor Julio Maier menciona que “aquí se nota con toda su fuerza el conflicto de intereses que reside en la base de la función judicial del Estado en lo penal: por una parte, la necesidad de hacer efectivo el poder penal del Estado en aquellos casos reales que fundan su aplicación y, para ello, la necesidad de averiguar la verdad histórica acerca de los comportamientos de los individuos sospechados como delictivos, con el fin de garantizar las condiciones imprescindibles de la coexistencia social pacífica, y por otro, el interés individual en la propia vida, con el goce de todas las libertades y bienes jurídicos que el derecho concede, interés que, en definitiva, también ha sido asumido como social”³⁰.

El Derecho Penal de los países más desarrollados transcurrió hace ya varios años desde las concepciones ontológicas y positivistas, pasando por la crisis del positivismo y el descubrimiento de que no existen leyes científicas absolutas, hasta la formulación de una concepción normativista y funcional del Derecho Penal, que es materia de debate en la actualidad. Así, se proclamó el abandono de las llamadas teorías de la causalidad, entre las que destacaba la teoría de la equivalencia de las condiciones, que encontraban en las leyes de la naturaleza la respuesta al origen de un determinado resultado lesivo a un bien jurídico; y se optó por recurrir a las denominadas fórmulas de imputación, basadas ya no en una relación causal, natural, material, de carácter ontológico, sino en criterios normativos, valorativos, como la creación del riesgo penalmente relevante, base de la teoría de la imputación al tipo objetivo, presentada en Alemania por Claus Roxin en la década de los setenta.

El análisis respecto a una determinada actuación jurisdiccional, y la consiguiente aplicación de la legislación penal y de las instituciones del Derecho Penal a un caso concreto, debe partir de la determinación del concepto de Derecho Penal que manejamos, para fijar desde esa óptica los criterios a tomar en cuenta

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³⁰ MAIER, Julio. “Derecho Procesal Penal”. Tomo I. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2002. p. 90.

en el razonamiento que se pretende efectuar. De ese modo, debe determinarse cuál debe ser la función del Derecho Penal en la sociedad actual y qué relación ostenta con las finalidades de la imposición de una sanción penal, así como la función que dicha medida desempeña de cara a la concreción de los objetivos político criminales de la rama criminal.

Respecto al concepto de Derecho Penal, el profesor Fernando Velásquez refiere que "tal expresión se emplea en el lenguaje académico para designar tres contenidos distintos: el conjunto de normas o derecho positivo (en sentido objetivo); la facultad del Estado para ejercer el derecho de castigar (en sentido subjetivo), y la disciplina que estudia ese derecho positivo de manera sistemática (ciencia o dogmática jurídico-penal)"³¹. Tales conceptos, usualmente recogidos por los manuales de Derecho Penal contemporáneos, tienen como antecedente la corriente positivista que entendió al Derecho Penal como un Derecho de punición del omnipotente Estado que reunía entre sus leyes a un "conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto (conducta punible) asocian penas y/o medidas de seguridad o de corrección a título de consecuencia jurídica"³². Dicha definición, propia de una concepción estática o formal de la ciencia criminal, como lo refiere el citado profesor colombiano, resulta académicamente ilustrativa, pero entendida aisladamente encierra graves defectos y podría conllevar consecuencias poco deseables en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, más aún, cuando se elabora alrededor de la misma una dogmática jurídico penal limitada a la verificación de la correcta creación, conformación y ubicación de la norma jurídica penal, sin ingresar a un análisis del contenido de la misma y sin tomar en consideración la realidad social que dicha norma debiera regular.

A lo que se pretende llegar es a un concepto –desde el punto de vista constitucional– que no se limite a constatar la lógica de la conformación de una norma jurídica o de su colocación en el marco del ordenamiento jurídico, sino que se proyecte de manera dinámica en una sociedad que plantea graves retos al legislador penal y al juzgador penal. Una mera concepción formal de nuestra rama de estudio podría conllevar la legitimación de serias arbitrariedades por parte del poder estatal, que vulneren derechos fundamentales protegidos por fórmulas elementales como la legalidad y la culpabilidad. En esa medida, surge el concepto subjetivo de Derecho Penal, el cual es orientado hacia postulados fundamentales que se

reúnen en los denominados principios limitadores de la facultad punitiva estatal. En esa medida, lo que se pretende es un Derecho Penal de orden constitucional, cuya aplicación esté fundada en principios y valores cuya finalidad sea la protección de los derechos fundamentales que la Constitución consagra al ser humano.

Así, debe abandonar la concepción del juez como "mero operador del Derecho" entendida en el sentido de funcionario que aplica lo estrictamente señalado por la ley, razonamiento basado en una concepción de un principio de legalidad vacío, sin contenido, sin finalidad, y de espaldas a la realidad. La doctrina se pronuncia frecuentemente al respecto. Vale citar al profesor Hurtado Pozo, quien señala que "las decisiones judiciales, por ejemplo, no sólo deben ser tomadas teniendo en cuenta la validez formal de las normas legales, sino también considerando tanto sus consecuencias sociales, como si son o no justas"³³.

Así, a lo largo de los años, fruto de revoluciones, cambios políticos y sociales, múltiples reformas legislativas y discusión dogmática, las Constituciones de los Estados sociales y democráticos de Derecho han adoptado una serie de valoraciones o principios que han sido concebidos como criterios rectores de la actividad punitiva estatal, comprendidos como límites a dicho ejercicio y como garantía de respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Uno de dichos principios es la presunción de inocencia, la cual constituye la base para arribar a decisiones judiciales realmente justas y que implica que toda atribución de responsabilidad penal se base en el principio de culpabilidad explicado líneas arriba. Y es para llegar a la correcta aplicación de dicho postulado que el órgano de control social dispone de dos importantes herramientas: la teoría de la causalidad, como base para la determinación de hechos probados, y las teorías de la imputación objetiva y subjetiva, como bases para la valoración de los hechos en cuestión.

Así, se nos presenta una óptica de aplicación del Derecho Penal que debe estar guiada por el cumplimiento, aplicación de cara a la realidad y desarrollo jurisprudencial de una serie de principios, que gozan de reconocimiento constitucional en el ordenamiento peruano, como es el caso de la presunción de inocencia. De ese modo, cualquier actuación jurisdiccional que no esté guiada por dichos principios o los afecte es contraria a la Constitución y atenta contra la esencia misma del Derecho Penal y su

³¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. "Manual de Derecho Penal Parte General". Segunda Edición. Bogotá: Temis. 2004. p. 1.

³² Ibid. p. 2.

³³ HURTADO POZO, José. "Manual de Derecho Penal Parte General I". Tercera edición. Lima: Grijley. 2005. p. 9.

función en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

Hemos llegado pues al punto culminante de esta propuesta que consiste en concebir al Derecho Penal como instrumento subsidiario y fragmentario de regulación de la actividad social, delimitado de acuerdo a los postulados constitucionales y que cumple en primera instancia una función motivadora de respeto de los bienes jurídicos penales que pretende tutelar. Así, el Derecho Penal proyecta crear en el ciudadano una inquietud de protección de dichos intereses valiosos para la sociedad y para hacerlo es presupuesto que existan, por un lado, leyes coherentes, respetuosas de los principios constitucionales antes anotados y de acuerdo a las **necesidades, proyecciones y realidades sociales**; y que, por otro lado, la aplicación jurisprudencial de dichas normas jurídico penales forme parte del mismo contexto constitucional de aplicación del Derecho, en el que sea medio y fundamento el respeto de las garantías básicas que todo ciudadano precisa para vivir en una sociedad que ostente el título de Estado social y democrático de Derecho.

En la línea de lo anotado, la profesora Corcoy Bidasolo refiere la elaboración del un nuevo concepto de Derecho Penal desde la orientación funcionalista, refiriendo que " desde la concepción funcional del Derecho penal se propone un acercamiento entre la dogmática y la política criminal, en cuanto el Derecho penal sirve a la prevención de lesiones de bienes jurídicos, de acuerdo con los fines que se atribuyen a la pena, por lo que las normas penales han de concebirse nuclearmente como normas de motivación" ³⁴. Así, concordando con la autora citada, la función que se atribuye a una norma jurídico penal debe ser la de motivar en la ciudadanía la protección de bienes jurídico penales, objeto de tutela del Derecho Penal, protección orientada y solventada por la pena,

concebida como herramienta de prevención en el marco de un sistema penal constitucional que consagra una serie de garantías-marco para la aplicación de sus instituciones por parte del legislador y muy en especial del juez penal.

Y la única forma de motivar al ciudadano al cumplimiento de las normas jurídico penales es que tenga la posibilidad de que una decisión justa se concrete en su caso particular en una resolución que priorice el cumplimiento de los postulados constitucionales, lo que se ve reflejado no en meras declaraciones, sino en la protección de sus derechos fundamentales como la presunción de inocencia. Creemos con entusiasmo que es posible lograr un nuevo Derecho Penal sobre la base del orden constitucional existente. Un Derecho Penal que no condene a personas como la que es materia de la resolución analizada y que se base en actuaciones jurisdiccionales cuyo fundamento sea el mismo ser humano³⁵.

Cabe sólo dejar a reflexión lo señalado por el profesor Gustavo Zagrebelsky, respecto a la relevancia del orden constitucional y la importancia de aplicar al caso concreto los principios de justicia material, como la presunción de inocencia. Así, el ciudadano dejará de ver a los principios como meros enunciados y podrá experimentar la protección de sus derechos con una actuación estatal basada en dichas máximas.

En función a lo expuesto, queda la preocupación de cómo pretender instaurar un sistema penal de persecución de nuevos delitos (con tipos de peligro y que aluden a delitos de dominio, infracción del deber, etcétera) si frente a aquellos otros denominados tradicionales (tipos de resultado) –como el homicidio– aún no alcanzamos a manejar correctamente los criterios de imputación y los principios como el de presunción de inocencia.

Róger Yon Ruesta
Armando Sánchez Málaga C.

³⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Op. Cit. p. 594.

³⁵ Debe señalarse que existe una postura opuesta que niega la función de motivación de la norma jurídico penal y que sustenta el establecimiento de un sistema penal menos personal y de connotación sistémica, en el que las garantías se han replanteado. Al respecto, el profesor García Caverro, en su obra " Derecho Penal Económico. Parte General" . Lima: ARA. 2003. p. 23. refiere que " un desarrollo consecuente de la función de restabilización ha sido llevado a cabo por JAKOBS para el Derecho penal en general. Este autor parte del rechazo de la función de motivación de las normas para evitar lesiones a bienes jurídicos, en la medida que cuando el Derecho penal aparece, éstos se encuentran ya lesionados. La única función que el Derecho penal puede llevar a cabo en este contexto consiste en restablecer lo que aún le resulta posible mediante la imposición de una pena; esto es, devolver la vigencia comunicativa-social a la norma infringida" .

EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL ORDEN PÚBLICO INTERNO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Elizabeth Salmón G.*

¿Qué papel cumplen los derechos humanos dentro del Orden Público Interno? ¿De qué manera influye el Derecho Internacional actualmente en los Estados?

A través de este interesante artículo, la doctora Salmón realiza un análisis sobre Derecho Internacional y Orden Público valiéndose para ello de casos reales de relevancia internacional.

* Profesora asociada de Derecho Internacional Público y coordinadora de la Maestría en Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Editorial de la Revista Internacional de la Cruz Roja.

1. INTRODUCCIÓN

El respeto a los derechos humanos, en tanto garantía de la integridad física y moral de las personas, constituye un principio constitucional del orden internacional porque traduce jurídicamente el concepto de dignidad intrínseca del ser humano. No obstante, esto no fue siempre así y ha supuesto una verdadera revolución en la sociedad internacional. En efecto, en el Derecho Internacional clásico, los derechos humanos eran exclusiva preocupación del Estado donde vivía la persona. Su protección, por ende, no podía llevarse a cabo más que a través de los Estados en un medio por definición interestatal y donde la soberanía de los mismos constituía una suerte de "jaula de hierro desde la que sus súbditos no podían comunicarse jurídicamente con el exterior más que a través de muy estrechos barrotes"¹. Con la estela de sufrimientos que la humanidad hubo de atravesar durante los distintos conflictos armados, grandes y pequeños, se produce una extraordinaria innovación en el Derecho Internacional, una transformación sin retorno, que es la afirmación de que la persona humana es titular de derechos propios, que pueden oponerse jurídicamente a todos, incluso a su propio Estado.

Sin embargo esto no significa, y creemos que es importante poner el énfasis aquí, que el Estado y su soberanía hayan desaparecido, sino que los derechos humanos y la soberanía han de coexistir y condicionarse recíprocamente. Los derechos humanos, por tanto, han erosionado pero no destruido el concepto de soberanía². En efecto, un Estado de Derecho tiene como uno de sus fines primordiales la protección de los derechos de las personas, pues estos constituyen la piedra angular de todo ejercicio de la soberanía estatal. En esta medida, los Estados salvaguardan los intereses jurídicamente relevantes de los seres humanos, no sólo a través de su reconocimiento, sino concediendo situaciones jurídicas de ventaja, a través de normas en las que se reconoce la prevalencia del interés del individuo respecto de otros intereses que podrían colisionar o interferir con aquél³.

Esto lleva al Estado a plasmar su protección en distintos instrumentos internacionales -al conjunto de los cuales también se conoce como el Derecho Internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH)- que tienen como principal efecto calificar la protección de los derechos humanos como un asunto de interés internacional. Si bien el Estado es el primer llamado a velar por el cumplimiento de estos valores, se han creado una serie de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos para aquellos casos en los que los mecanismos nacionales no logren este objetivo y a fin de que los intereses de los individuos no queden en ningún caso desprotegidos⁴.

Los tratados de derechos humanos revisten un carácter particular en el marco del Derecho Internacional, en tanto que se inspiran en valores superiores y consagran obligaciones de carácter objetivo, lo que supone un quiebre del carácter sinalagmático al ser estos celebrados en beneficio de los individuos⁵. Por ello, diversos tratadistas y una reiterada jurisprudencia han hecho hincapié en que estos tratados prescriben obligaciones que deben ser garantizadas o implementadas colectivamente y que enfatizan el predominio de consideraciones de interés general u *ordre public* que trascienden los intereses individuales de los Estados contratantes⁶.

En el desarrollo del presente artículo, analizaremos de qué manera los derechos humanos forman parte hoy en día del orden público internacional, y en qué medida este último se relaciona, repercute y condiciona la actuación de los Estados cuando adoptan medidas que invocan la protección del orden público interno.

2. LA NOCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL ORDEN PÚBLICO INTERNO

El orden público puede ser entendido como una noción trascendente y exterior a la norma, en la medida que

¹ POLITIS, Nicolas. "Les nouvelles tendances du Droit international". Paris, 1927. pp. 91-92, citado por CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. "Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo". Segunda edición. Madrid: Tecnos. 2001. p. 13.

² "(It) would be a travesty of law and a betrayal of the universal need for justice, should the concept of State sovereignty be allowed to be raised successfully against human rights". Sentencia del caso *Prosecutor versus Tadic* del Tribunal Penal ad hoc para la ex Yugoslavia de 2 de octubre de 1995, parágrafo 483. Sobre esta relación entre soberanía y derechos humanos véase también CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. pp. 173-177.

³ Por ejemplo, el interés del propietario se ve puesto en situación de prevalencia respecto del interés que podrían tener otros sujetos de gozar de ese espacio, ya sea para transitar en él libremente o para ocuparlo. Esta posición prevalente de un sujeto (propietario) en sus relaciones con otros (terceros), reconocida en las normas, es la que se conoce como situación jurídica de ventaja.

⁴ Al respecto véase: SALMÓN, Elizabeth. "Las acciones de interés público y el Derecho internacional de los derechos humanos". En: GONZÁLEZ, Felipe (editor). "Derechos Humanos e Interés Público. Cuadernos de Análisis Jurídico". Santiago de Chile: Universidad Diego Portales. 2001. pp. 55-70.

⁵ Sobre el particular, la Corte Europea declaró, en el caso *Soering*, que el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales debe ser interpretado en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exige comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias. Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Soering versus Reino Unido*, sentencia del 26 de enero de 1989, serie A, número 161, parágrafo 87.

⁶ CAÑADO TRINDADE, Antonio. "El Derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI". Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. 2001. p. 22.

no forma parte de su contenido normativo⁷. En ese sentido, se configura como un estándar jurídico relativo, pues dependerá de la valoración social en un tiempo y espacio determinados. Este elemento espacial permite distinguir un orden público interno, referente a cada Estado, y un orden público internacional u *ordre public* que atiende al conjunto de valores fundamentales o esenciales de la comunidad internacional⁸, y que también puede reorientarse en función de los valores que sean considerados prioritarios por dicha comunidad.

En otras palabras, el concepto mismo de orden público internacional surge de un consenso en torno a intereses que la comunidad internacional, así compuesta, considera vitales para su propia supervivencia o, visto a contraluz, cuya violación afecta a la comunidad internacional en su conjunto⁹. Según Levi¹⁰, abarca tanto las normas imperativas de Derecho Internacional o de *ius cogens*¹¹, como el orden legal en su totalidad, incluyendo sus metas espirituales y sociales. En este sentido, tiene efecto vinculante de manera inmediata y directa y está sujeto a cambios como cualquier otra norma de Derecho positivo.

Esto significa que el orden público internacional no se limita a las normas de *ius cogens*, sino que se refiere al conjunto de normas mínimas que regulan la convivencia de la comunidad internacional. En tal sentido, según Jaenicke¹², contiene principios y reglas relativos a la formación y cambio del Derecho Internacional, a la estructura organizacional de la comunidad internacional que, en definitiva, sirven intereses importantes de la comunidad internacional.

Ahora bien, la protección internacional de los derechos humanos forma parte indiscutible del orden público internacional. En efecto, como señala Cançado refiriéndose a las normas de DIDH, en la construcción

del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del Derecho Internacional general (el *ius cogens*) y de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo)¹³.

Al respecto, es necesario precisar que los principales instrumentos internacionales sobre la materia distinguen en su interior un grupo de normas mínimas no suspendibles en ninguna circunstancia ni lugar¹⁴. Estas normas constituirán un verdadero núcleo duro de derechos humanos, absolutos e inderogables, que adquieren el valor jurídico de *ius cogens* o normas imperativas de la comunidad internacional¹⁵ y también, desde una perspectiva más amplia, el carácter de aspiración ética del mundo de nuestros días¹⁶. Frente a estas normas imperativas, de acuerdo al Derecho Internacional público, no cabe ninguna norma particular que pretenda alterar de alguna forma su contenido.

De esta manera, las normas de derechos humanos que son de *ius cogens* pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su trasgresión socava las bases de la convivencia social. Al mismo tiempo, todas las normas de derechos humanos son normas de interés público y el respeto de su contenido esencial una cuestión de orden público, por cuanto es de interés de la comunidad internacional en su conjunto velar por la protección de estos derechos. En ese sentido, señala Bianchi que la doctrina de los derechos humanos "has enormously contributed to laying the foundations of an international public order based on a commonality of core values which most people, despite their governments' view, would regard as fundamental"¹⁷.

⁷ CARDINI, Eugenio. "Orden Público". Buenos Aires: Abeledo-Perrot. p. 24.

⁸ BUCHER, Andreas. "L'ordre public et le but social des lois". RCADI. Tomo 239. 1993. p. 25.

⁹ En este sentido, el numeral 2 del artículo 19 del Proyecto de Convenio sobre responsabilidad internacional de los Estados de 1981 utiliza esta noción para la definición del crimen internacional que es: "El hecho internacional ilícito resultante de una violación por un Estado de una obligación internacional tan esencial para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional que su violación está reconocida como un crimen por esa comunidad en su conjunto" (la cursiva es nuestra).

¹⁰ LEVI, Werner. "The International Ordre Public". En: Revue de Droit International 1. 1994. p. 56.

¹¹ El artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 establece una definición ampliamente aceptada de *ius cogens*: "(...) una norma imperativa de Derecho Internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter".

¹² JAENICKE, Günther. "Internacional Public Order". En: the Max Planck Institute for Comparative Law and International Law (under the direction of Rudolf Bernhardt). "Encyclopedia of Public International Law". 1992. p. 1350.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 76.

¹⁴ Véase artículo 4.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 15 del Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

¹⁵ Un mayor desarrollo de este tema se encuentra en CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. pp. 148-149. Asimismo, véase: SALMÓN, Elizabeth. "América Latina y la Universidad de Derechos Humanos". En: Agenda Internacional 12. 1999. pp. 123-136.

¹⁶ CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Op. Cit. pp. 142-149.

¹⁷ BIANCHI, Andrea. "Ad-hocism and the rule of law". En: EJIL 13. 2002. p. 265.

En síntesis, la comunidad internacional ha considerado que estas normas del DIDH corresponden a una cuestión de orden público por los valores que se encuentran detrás de ellas. Estos han sido positivizados y reconocidos por todos los Estados como condiciones mínimas que regulan las actuaciones de los Estados en sus relaciones internacionales y con los particulares bajo su jurisdicción. Mediante este desarrollo conceptual se avanza en la superación de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de un verdadero *ordre public* internacional sobre la base de el respeto y observancia de los derechos humanos. Dicho desarrollo contribuirá a una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana¹⁸.

Como señala Kelsen¹⁹, el Derecho Internacional deja de ser un *ius inter potestas* (que sólo regula las relaciones entre entidades soberanas), para alcanzar a los individuos. De ahí que se esté convirtiendo en una *civitas maxima* (que comprende a Estados, individuos y otras entidades). Por esto, el Derecho Internacional está en camino de convertirse más que en un *ius inter partes* (con una regulación esencialmente horizontal) en un *ius super partes* (un cuerpo de disposiciones que regula los asuntos internacionales «desde arriba»).

Adicionalmente, los Estados han entendido que no basta con reconocer estos derechos, sino que para dotarlos de eficacia cualquier trasgresión contra ellos debe ser pasible de sanción. A tal efecto, los propios Estados han instaurado algunos mecanismos de control

internacionales que cuentan con facultades suficientes para vigilar el cumplimiento de las disposiciones de los tratados^{20 21}.

No obstante, todos estos mecanismos son subsidiarios de la actuación de los Estados desde que son ellos mismos los primeros que deben vigilar por el respeto y cumplimiento de estos derechos y remediar cualquier amenaza o violación de los mismos²². Por esta razón Medina²³ sostiene con acierto que el modelo de supervisión internacional ideal es aquel que hace prácticamente innecesario este control.

En consecuencia, corresponde a los Estados velar por el respeto de los derechos humanos y también por el orden público interno, cuyo contenido y alcance variará de Estado en Estado y, con el tiempo, también al interior de cada uno de ellos²⁴. A tal efecto, podrán adoptar una serie de acciones o inclusive dictar medidas restrictivas de ciertos derechos a fin de proteger el orden público interno siempre que con ello no se vulnere el orden público internacional. De esta manera, la relación entre ambos órdenes responde a un principio de complementariedad en materia de derechos humanos donde el orden público internacional actúa como un límite a la actuación de los Estados.

En ese sentido, Cançado señala que “La primacía de consideraciones de *ordre public* sobre la voluntad de Estados individuales, han establecido estándares más altos de comportamiento estatal y cierto grado de control sobre la interposición de restricciones indebidas

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003 sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 81.

¹⁹ KELSEN, Hans. “Les Rapports de Système entre le droit interne et le droit international public”. En: RCADI 4.1926. pp. 325-326. En sentido similar véase CASSESE, Antonio. “International Law”. Segunda edición. Oxford: University Press. 2005. p. 166.

²⁰ Nos referimos al Estado por cuanto los mecanismos de protección que toca examinar atienden denuncias por violaciones de derechos humanos formuladas contra los Estados. No obstante, el Estatuto de la Corte Penal Internacional permite juzgar a los propios individuos que cometan actos violatorios graves de derechos humanos, constituyéndose también como una forma indirecta de protección de los derechos humanos. Estas normas propias del Derecho Penal internacional forman también parte del orden público internacional, pues como se señala en el preámbulo de dicho instrumento: “Decididos, a los efectos de la consecución de esos fines y en interés de las generaciones futuras, a establecer una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Para mayor información, véase SALMÓN, Elizabeth y GIOVANNA GARCÍA. “Los Tribunales Internacionales que juzgan individuos: El caso de los Tribunales ad hoc para la ex Yugoslavia y Ruanda y la Corte Penal Internacional como manifestaciones institucionales de la Subjetividad Internacional del ser humano”. En: Derecho & Sociedad 15. pp. 9-28.

²¹ “There is a whole logic and common sense in attributing such power to those organs, guardians as they are of the integrity of human rights treaties, instead of abandoning such determination to the interested States Parties themselves, as if they were, or could be, the final arbiters of the scope of their conventional obligations. Such system of objective determination would foster the process of progressive institutionalisation of the international protection of human rights, as well as the creation of a true international public order (*ordre public*) based on the full respect to, and observance of, human rights”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Caesar versus Trinidad y Tobago*. Sentencia de 11 de marzo de 2005. Voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 39.

²² Esto último se ve reflejado en los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a partir del establecimiento de una serie de requisitos de admisibilidad para que se pueda acudir a los órganos de protección internacionales, entre los cuales cabe destacar: el consentimiento de los Estados; el agotamiento de los recursos internos; el no haber acudido ante otro órgano internacional de protección; la compatibilidad con el Convenio respectivo (en tiempo, lugar, materia, persona) y que la solicitud no sea manifiestamente infundada o carente de contenido (ejercicio abusivo).

²³ MEDINA, Cecilia y Jorge MERA (editores). “El Sistema jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos”. Santiago de Chile: Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales. 1996. p. 33.

²⁴ “The particular circumstances justifying recourse to the concept of public policy may vary from one country to another and from one period to another, and it is therefore necessary in this matter to allow the competent national authorities an area of discretion within the limits imposed by the treaty”. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Van Duyn, sentencia de 4 de diciembre de 1974, parágrafo 18. Véase además REVEGNA SÁNCHEZ, Miguel. “Seguridad Nacional y Derechos Humanos: Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”. Navarra: Aranzadi. 2002. p. 43.

por parte de los Estados, y han, de modo alentador, fortalecido la posición de los individuos como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con plena capacidad procesal²⁵.

3. LA REFERENCIA AL ORDEN PÚBLICO INTERNO Y AL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL CASO CASTILLO PETRUZZI

El 22 de julio de 1997 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) sometió ante la Corte Interamericana la denuncia contra Perú, que tres años antes se le había planteado, con respecto de la violación del derecho a la nacionalidad, libertad e integridad personal y garantías judiciales consagrados respectivamente en los artículos 20, 5 y 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos, en perjuicio de los señores Jaime Castillo Petruzzi, María Pincheira Sáez, Lautaro Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdez.

De acuerdo con los hechos del caso, el 14 y 15 de octubre de 1993, en el marco del operativo Alacrán realizado por la DINCOTE, las personas antes señaladas fueron detenidas en la ciudad de Lima. Cuando se llevó a cabo la detención y el procesamiento ante la justicia militar regía un estado de emergencia y de suspensión de las garantías contempladas en los incisos 7, 9, 10 y 20, literal g del artículo 2 de la Constitución (inviolabilidad de domicilio, derecho de tránsito, derecho de reunión, detención y puesta a la orden de un juez respectivamente).

Durante la fase de investigación policial, el detenido no tenía derecho a contar con una defensa legal, sino hasta que rindiera declaración sobre los hechos, oportunidad en que se les nombró un defensor de oficio. El 18 de noviembre de 1993 el Fiscal Militar Especial denunció a los detenidos por el delito de traición a la patria, de acuerdo con los Decretos Leyes 25659 y 25475. De conformidad con estas normas, los delitos de traición a la patria eran seguidos en un proceso sumario llevado adelante por jueces "sin rostro", respecto del cual no cabía acciones de garantía. En el marco de estos procesos

el abogado defensor tuvo una serie de limitaciones para entrevistarse con sus defendidos, quienes finalmente fueron sentenciados por el delito imputado²⁶.

El Estado peruano argumentó que la adopción de las medidas internas respondía a la necesidad de implementar una legislación penal excepcional para hacer frente a la "irracional violencia de organizaciones terroristas", de manera que la única meta inmediata era pacificar al país dentro de un marco jurídico interno que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas²⁷. En otras palabras, estas acciones del Estado pretendían simplemente garantizar la seguridad y el orden público interno, lo cual ciertamente resulta de su competencia, pues como señaló la Corte Europea: "It falls in the first place to each Contracting State, with its responsibilities for the life of its nation, to determine whether that life is threatened by a public emergency and, if so how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency"²⁸. De ahí que el Estado declarara el estado de emergencia en la zona y promulgara una legislación *ad hoc* para el contexto que atravesaba el país²⁹.

Ahora bien, para la Corte el hecho de que un Estado decida adoptar una legislación particular en defensa del orden público interno no constituye *per se* una violación de los derechos consagrados en la Convención Americana, más aún reconoce que "un Estado tiene el derecho y la obligación de garantizar su seguridad y de mantener el orden público"³⁰. Únicamente se configurará una afectación si estas acciones no se realizan "dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana"³¹. En ese sentido, la Corte señaló que "por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan resultar los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al Derecho o a la moral"³².

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las *Hermandades Serrano Cruz versus El Salvador*, sentencia de 1 de marzo de 2005, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, parágrafo 6.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, parágrafo 86.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, parágrafo 203, literal a).

²⁸ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Irlanda versus Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, parágrafo 207. En sentido similar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señaló: "Member status continue to be, in principle, free to determine the requirements of public policy in the light of their national needs". Caso *Rutili*, sentencia de 28 de octubre de 1975, parágrafo 26.

²⁹ "It is not the Court's role to substitute its view as to what measures were most appropriate or expedient at the relevant time in dealing with an emergency situation for that of the Government's which has direct responsibility for establishing the balance between the taking of effective measures to combat terrorism on the one hand, and respecting individual rights on the other". Corte Europea de Derecho Humanos. Caso *Brannigan versus Reino Unido*, sentencia de 26 de mayo de 1993, parágrafo 59.

³⁰ Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Durand y Ugarte*, sentencia de 16 de agosto de 2000, parágrafo 69; Caso *Castillo Petruzzi y otros*, sentencia de 30 de mayo de 1999, parágrafo 89; Caso *Lori Berenson*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, parágrafo 91; Caso *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, parágrafo 162; y Caso *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, parágrafo 154.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, parágrafo 143.

³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, parágrafo 204.

El Estado peruano consciente de esta situación argumentó que, si bien se aplicó una legislación rígida y drástica, lo hizo en aplicación de las garantías judiciales mínimas de respeto al debido proceso y a la protección judicial, considerado como uno de los elementos imprescindibles para enfrentar a las organizaciones subversivas³³. De esta manera, lo que trataba de hacer el Estado no era sino justificar la medida restrictiva sobre la base de una ponderación de los derechos involucrados, es decir, la realización de un justo balance entre los intereses propios del individuo y la comunidad como un todo³⁴.

Los Estados pueden efectivamente restringir derechos utilizando como argumento la defensa del orden público interno, pero para ello deben cumplirse algunos requerimientos impuestos por el DIDH que no se cumplieron en el caso bajo comentario. En efecto, en el marco de este Derecho resulta válido establecer limitaciones a aquellos derechos que de alguna manera puedan entrar en colisión con otros, sin embargo dichas limitaciones deben ir acompañadas de ciertas garantías. En este caso, las medidas del Estado peruano corresponden a las denominadas restricciones permanentes de derechos, aquélla que se aplica en todo momento, independientemente de las circunstancias. En otras palabras, tiene una vocación de permanencia en el tiempo, toda vez que evita que haya una colisión entre los derechos que le asisten a uno y otro sujeto, garantizando su coexistencia.

En ese sentido, estas restricciones deben ser establecidas por ley, entendida ésta como: "norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes"³⁵.

Es decir, debe tratarse de una ley en sentido formal y material. La exigencia de legalidad de las restricciones permanentes radica en la exigencia de la necesaria limitación de la interferencia del poder público, de

modo que la restricción sea una decisión de un órgano del Estado que represente por excelencia a la nación y no una decisión discrecional del órgano ejecutivo³⁶.

Por otro lado, una segunda condición de validez consiste en que la causa de la restricción debe ser de aquellas pasibles de ser invocadas conforme al Derecho Internacional, entre ellas se pueden mencionar, el orden público, la moral pública, la seguridad nacional y los derechos de los demás. En materia de seguridad nacional, por ejemplo, se ha señalado que "(...) Las restricciones por motivos de seguridad nacional sólo serán válidas cuando estén orientadas a proteger la integridad territorial del país y en situaciones excepcionales de extrema violencia que representen un peligro real e inminente de colapso del orden democrático"³⁷. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte ha coincidido en su Opinión Consultiva 6/86 de 9 de mayo de 1986, parágrafo 31, en que los conceptos de orden público y bien común, "en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las *justas exigencias de una sociedad democrática* que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención"³⁸.

Ciertamente, un Estado no podría garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, sin antes salvaguardar la seguridad nacional y el orden público en su territorio, dado que "en el mantenimiento de la seguridad nacional reside el fundamento de todas nuestras libertades"³⁹. De tal manera, que la seguridad nacional es la base para que los ciudadanos puedan ejercer adecuadamente sus derechos y compete al Estado, especialmente a su Poder Ejecutivo, protegerla pues esto es "materia de quien carga con su responsabilidad"⁴⁰ pero, en esta determinación, concurren elementos de orden público internacional que deben ser respetados.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Castillo Petruzzi y otros versus Perú*, sentencia de 30 de mayo de 1999, parágrafo 203, b).

³⁴ Véase Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *López Ostra versus España*, sentencia de 9 de diciembre de 1994, parágrafo 51.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-6/86 acerca de la expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 9 de mayo de 1986, parágrafo 38.

³⁶ MEDINA, Cecilia y Jorge MERA (editores). Op. Cit. p. 36.

³⁷ Instituto Federal de Acceso a la Información Pública. "Acceso a la información frente a la seguridad nacional: el balance". En: <http://www.ifai.org.mx/iniciativas/discurso090904.pdf>

³⁸ El bien común, dentro del contexto de la Convención, se entiende como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse "como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana". Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, párrafos 29 y 31.

³⁹ REVENGA SANCHEZ, Miguel. "Seguridad Nacional y derechos humanos: Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo". Navarra: Aranzadi. 2002. p. 43.

⁴⁰ REVENGA SANCHEZ, Miguel. Op.Cit. p. 42.

Finalmente, la tercera y última condición de validez de este tipo de restricciones consiste en que las mismas deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo cual significa, de acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo siguiente: "46. Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos Humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó que "necesarias", sin ser sinónimo de "indispensables", implica la existencia de una "necesidad social imperiosa" y que para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea "útil", "razonable" u "oportuna". [Eur. Court HR, *The Sunday Times case*, judgement of 26 April 1979, Series A, No. 30, parag. 59, págs. 35-36]. Esta conclusión que es igualmente aplicable a la Convención Americana (...) *entre varias opciones para alcanzar este objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido.*

Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho (...). Es decir, *la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo*

objetivo"⁴¹ ⁴² (la cursiva es nuestra).

En consecuencia, la Corte no rechaza en modo alguno la facultad del Estado de vigilar el respeto del orden público interno, más aún lo considera un deber del Estado⁴³, en tanto es él quien está en mejor posición de conocer las necesidades internas y qué medidas pueden satisfacer de mejor manera las mismas⁴⁴. Pero se debe tener en cuenta que éste se encuentra también sometido al escrutinio internacional, cuyo único propósito es velar porque estas medidas no trasgredan aquello que resulta fundamental para los cimientos mismos de la comunidad internacional en su conjunto, como es el respeto de los derechos humanos.

4. COMENTARIO FINAL

Afirmar que los derechos humanos forman parte del orden público internacional resulta de la mayor importancia en el marco de la actuación estatal. Los derechos humanos, en esta línea, constituyen un límite al poder del Estado pero también un elemento legitimador y configurador del Estado de Derecho. En el plano internacional, por su parte, permite la afirmación de un Derecho Internacional orientado a la protección del individuo lo que resulta de la mayor relevancia en tiempos en que en nombre de estos se pretende, por parte de algunos Estados, debilitar el orden internacional.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, sobre la Colegiación Obligatoria de Periodistas, parágrafo 46.

⁴² Al respecto, MEDINA y MERA señalan: "Esta interpretación constante de la expresión -refiriéndose a lo necesario en una sociedad democrática- podría resumirse diciendo que la restricción debe ser: (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida de lo estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción". MEDINA, Cecilia y Jorge MERA (Editores). Op. Cit. p. 36.

⁴³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, parágrafo 180.

⁴⁴ "By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than the international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogations necessary to avert it". Corte Europea de Derechos Humanos. Caso *Irlanda versus Reino Unido*, sentencia de 18 de enero de 1978, parágrafo 207.

LAS POTESTADES DE CALIFICACIÓN Y RECALIFICACIÓN COMO MECANISMOS ANTIELUSORIOS EN EL DERECHO ESPAÑOL

César García Novoa*

La elusión tributaria y el fraude a la ley son mecanismos a través de los cuales los contribuyentes buscan obtener, mediante la utilización de figuras jurídicas "inapropiadas" para la consecución de los fines que se proponen, beneficios tributarios indebidos.

En el presente artículo, el autor desarrolla los alcances de las potestades de calificación y recalificación de la Administración Tributaria española a fin de evaluar si esta última puede sancionar las prácticas referidas en el párrafo precedente. Para estos efectos, sobre la base de la legislación española, el autor considera el análisis de la real naturaleza de las operaciones realizadas, especificando qué elementos del negocio jurídico deben ser materia de evaluación.

* Abogado. Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Santiago de Compostela, España. Agradecemos a César García Novoa por la cesión del presente artículo inédito para nuestra publicación.

I. CONTENIDO DE LA FUNCIÓN CALIFICADORA DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

Podemos entender la "calificación" como el conjunto de operaciones que se realizan por parte de los aplicadores del Derecho con el fin de analizar desde el punto de vista jurídico aquellas circunstancias del mundo real que pueden ser incluidas en los supuestos de hecho de la norma¹. Mucho más gráficamente, Palao Taboada dice que "calificar es poner una etiqueta a un acto o negocio, establecer a qué tipo normativo corresponde"². Junto con la interpretación, cuyo objeto son normas y, por tanto, hipótesis abstractas previstas en las mismas, la fijación y calificación de hechos constituye una fase previa e imprescindible del proceso de aplicación del Derecho, la cual se encuentra "en permanente *interacción* con la norma"³.

En el ámbito tributario, la calificación de hechos –a la que también se ha asignado una función de lucha contra la elusión fiscal– plantea problemas que no derivan de la concurrencia de condiciones especiales en la norma tributaria, sino, en primer lugar, del sujeto "calificador": es la Administración Tributaria quien procede a calificar, dotada de especiales facultades que para esta labor le atribuye la ley. Sin embargo, la generalización de las autoliquidaciones lleva a que la calificación como tal se lleve a cabo por los particulares, tanto al realizar las declaraciones –liquidaciones propias– como las declaraciones informativas sobre terceras personas. Esta circunstancia suscita la cuestión, a la que nos referiremos más adelante, de si la función tradicional de la Administración para "calificar" se convierte en una función "recalificadora", en la medida en que la primera "calificación" corresponde al contribuyente.

En segundo lugar, las especificidades de la calificación fiscal radican en los hechos a calificar. Con carácter general, se entiende por hechos a calificar las circunstancias del mundo real de carácter objetivo o personal, aunque en el caso más común, el objeto de la calificación será el hecho imponible, y por tanto, un elemento fáctico indicativo de riqueza, con un sustrato económico, aunque aparezca en el mundo jurídico

revestido de una determinada forma.

Desde este punto de vista, la calificación por parte de la Administración formará parte de su función aplicadora del Derecho, tal y como la define la ley. A la Administración Tributaria corresponde lo que podemos denominar "aplicación del tributo", para lo que dispone de una serie de potestades exorbitantes⁴. Y así, las funciones de aplicación del tributo se delimitan atendiendo a una de las manifestaciones del privilegio de autotutela: la Administración acreedora está facultada para determinar la existencia y cuantía de su crédito y eso se hace a través del "procedimiento de gestión", entendido en su sentido más amplio.

Para el desarrollo del referido procedimiento, resulta imprescindible no sólo la "calificación" sino lo que Casado Ollero denomina una "actividad cognoscitiva" o de obtención del "conocimiento" de hechos, actos o elementos fiscalmente relevantes para, acto seguido, calificarlos. Ese conocimiento tendrá lugar, siguiendo la formulación tradicional del procedimiento de gestión en el que la Administración interviene de modo necesario, bien a través de los datos declarados, que llevan a la liquidación provisional o la comprobación con la consiguiente liquidación definitiva, bien a través del suministro o captación de esos hechos o datos, lo que dará lugar a la iniciación de oficio. Aunque esta gestión engloba actuaciones y procedimientos de muy diverso contenido y finalidad, se pueda hablar, en el plano intelectual, de un carácter unitario⁵. A partir de esta "unicidad teórica", cabe afirmar que la gestión gira en torno a una "función comprobadora de la existencia del hecho imponible y de sus circunstancias", resultando integrada además por una función inspectora dirigida a averiguar todos los elementos relevantes en cada caso para la correcta fijación de la deuda tributaria⁶, lo que ha supuesto, como también señala Casado Ollero, que la actividad cognoscitiva y calificador de la Administración se ha venido concibiendo implícitamente, como "actividades funcionalmente vinculadas y dependientes del procedimiento de comprobación"⁷. El referido autor critica dicha afirmación, en tanto que "la actividad calificador de la Administración ni se circunscribe o

¹ PRIETO SANCHIS, Luis. "Ideología e interpretación jurídica". Madrid: Tecnos. 1987. p. 88.

² PALAO TABOADA, Carlos. "Algunos problemas que plantea la aplicación de la norma española sobre el fraude a la ley tributaria"; SÁINZ DE BUJANDA, Fernando. "Las nuevas medidas frente al fraude de ley tributaria". Madrid. 2001 (Artículo inédito ubicado en los archivos del autor).

³ Sobre la conexión entre interpretación y aplicación: RECASENS SICHES, Luis. "Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho". Tercera edición. México: Porrúa. 1983. p. 216.

⁴ Como señala CASADO OLLERO, Gabriel. "Los negocios anómalos ante el Derecho Tributario español". En: "Legalidad tributaria y función calificador de la Administración Fiscal". Boletín 16 del ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Septiembre. 2000. p. 41. La Administración tiene encomendada la aplicación (efectiva y eficaz, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho) de un sistema tributario que demanda el cabal conocimiento de unos hechos que, en su mayor parte, ignora.

⁵ CALVO ORTEGA, Rafael. "Derecho Tributario, Parte General". Cuarta edición. Madrid: Civitas. 2000. p. 255.

⁶ LOZANO SERRANO, Carmen; MARTIN QUERALT, Juan; CASADO OLLERO, Gabriel y José María TEJERIZO LOPEZ. "Curso de Derecho Financiero y Tributario". Décima edición. Madrid: Tecnos. 2000. p. 343.

⁷ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 42.

agota en la función de comprobación tributaria (con la que normalmente se identifica) ni resulta funcionalmente dependiente de ella”⁸.

Para el ejercicio de esta función calificadora en el marco de la función genérica de aplicación del tributo, la Ley General Tributaria española (LGT) 58/2003, de 17 de diciembre, atribuye a la Administración en su artículo 13, mencionando expresamente que se trata de un facultad calificadora, la posibilidad de exigir dicho tributo “con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado”.

Como antecedente de este precepto, la derogada LGT de 1963 se refería a la posibilidad de exigir el tributo “con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley (...)”⁹. La redacción de este precepto procedía, como tantos otros que venimos citando, de la reforma operada por Ley 25/1995, de 20 de julio. Como una de las novedades más relevantes respecto al mismo, ya no se habla de calificación y, además, se trata de un precepto que se incluye, como segundo apartado, en el artículo dedicado al hecho imponible, aunque el mismo no deja de ser una reedición, con ciertas variaciones, del derogado artículo 25 inciso 2 de la LGT de 1963. Recordemos que este precepto distinguía entre hechos imposables consistentes en un acto o negocio jurídico, de aquellos que delimitan conceptos económicos, los cuales podían ser calificados atendiendo a las “situaciones y relaciones económicas que efectivamente existan o se establezcan por los interesados” –precepto que, como vimos, amparó el nefando recurso a la “interpretación económica”. El artículo 28 inciso 2 de la LGT de 1963, posterior a la reforma de 1995, parece querer conservar la referencia a los hechos imposables de naturaleza jurídica, aunque hay que entender, como

ya apuntamos, que la verdadera voluntad del legislador reformador de 1995 fue establecer la regla de que el tributo “siempre ha de exigirse acorde con la naturaleza jurídica del presupuesto fáctico”¹⁰.

En cualquier caso, en el artículo 13 de la vigente LGT de 2003 se está recogiendo la potestad de calificación. La calificación no se define, aunque de ella también se habla al perfilar las cuestiones que pueden ser objeto de consulta vinculante. Así, el artículo 88 inciso 1 se refiere a que los obligados podrán formular a la Administración Tributaria consultas respecto al régimen, la clasificación o calificación tributaria que en cada caso les corresponda. La inclusión de la “calificación” como objeto de las consultas supone, en palabras de Villaverde Gómez, la intención del legislador de “extender el ámbito de las consultas tributarias a cuestiones referidas a hechos, disipando las dudas de su limitación a cuestiones normativas”¹¹, de manera que la consulta, que ordinariamente no tendrá carácter vinculante, es uno de los actos administrativos a través de los que la Administración “califica”¹².

II. FUNCIÓN DE CALIFICACIÓN Y FUNCIÓN DE RECALIFICACIÓN

La calificación es, por tanto, una actividad que tiene por objeto todos los elementos de hecho, y que en un sentido amplísimo podría abarcar los elementos cuantitativos del tributo¹³, incluyendo la comprobación de valores¹⁴. Sin embargo, el estudio de la calificación dentro de los mecanismos para combatir la elusión impone centrarse en la que tiene como objeto el hecho imponible, ya que aquella, en su versión más genuina, consiste en evitar la realización del hecho imponible, lo que puede tener lugar a través de la manipulación de figuras negociales. Así, son muchos los autores que

⁸ Ibid. p. 44.

⁹ A pesar de la polémica que el verdadero ámbito de aplicación de este precepto suscita, sobre todo por arrastrar el estigma de ser considerado un remedio para excluir la “interpretación económica”, sugerimos revisar: PALAO TABOADA, Carlos. “Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II). Interpretación y aplicación de las normas tributarias”. En: Revista de Contabilidad y Tributación. 15. 1996. p. 15. Sobre la inserción de las potestades de calificación dentro de los procedimientos de gestión e inspección, véase: BUEYO DIEZ-JALON, María. “La simulación contractual y su tratamiento en los procedimientos tributarios”. En: Fiscal Mes a Mes 51. 2000. p. 43.

¹⁰ PONT MESTRES, Magin y Joan Francesc PONT CLEMENTE. “Análisis de la Ley 25/1995, de Modificación de la Ley General Tributaria”. Madrid: Civitas. 1995. p. 37. También podrá revisarse FENELLOS PUIGCERVER, Vicente. “Los negocios en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: calificación fiscal y límites”. Madrid: Tecnos. 1998. p. 10.

¹¹ VILLAVERDE GÓMEZ, María Begoña. “Las Consultas a la Administración Tributaria”. En: Tesis Doctoral 2000. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela. 2000. p. 253. Dicha referencia se mantiene en la Exposición de Motivos del Real Decreto 404/1997, de 21 de marzo, donde se afirma que el objeto de las consultas puede ser “la calificación jurídica de los hechos imposables”, lo que supone eliminar las incertidumbres que pudieran surgir en torno a la admisión de consultas sobre cuestiones de hecho. Véase ZORNOZA PEREZ, Juan. “Interpretación administrativa y consulta tributaria”. Madrid: Civitas-REDF. 1985. p. 4.

¹² La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2001 niega que la respuesta a una consulta vinculante “pueda merecer la conceptualización de acto administrativo (...)”. En: Tribuna Fiscal 132. 2001. p. 52.

¹³ El artículo 109 de la LGT de 1963 se refería en su párrafo primero, a la comprobación de “hechos, actos, situaciones, actividades, explotaciones y demás circunstancias que integren o condicionen el hecho imponible”, mientras que el apartado 2 de este mismo precepto incide en las “valoraciones consignadas en las declaraciones tributarias”.

¹⁴ La diferencia entre comprobación de hechos y comprobación de valores aparece perfilada por FERNÁNDEZ LOPEZ, Roberto. “La comprobación de hechos por la Inspección de los tributos”. Madrid, Barcelona: Marcial Pons. 1998. p. 117. Véase FENELLOS PUIGCERVER, Vicente. Op. Cit. pp. 11-12, quien señala “el principio de calificación opera no sólo en la vertiente del negocio constitutivo del hecho imponible, sino en otros elementos del impuesto, tales como los bienes, la denominación que las partes dan a las condiciones a las que subordinan la eficacia negocial o el ámbito de las numerosas exenciones incluidas en el texto normativo (...)”.

entienden que el objeto de la calificación es, en exclusiva, el hecho imponible¹⁵, en tanto las disposiciones relativas a la calificación pueden tener como finalidad, como señala Ruiz Toledano, “ que las maniobras dirigidas a eludir el tributo tratando de manipular las formas o negocios jurídicos para que no se incluyan en el hecho imponible sean estériles, ya que la Administración atenderá a la verdadera naturaleza jurídica del presupuesto de hecho con independencia de la forma o denominación utilizada por las partes o los defectos que puedan afectar a su validez”¹⁶. No obstante, también es cierto que una comprensión demasiado estricta de esta regla supondría olvidar que la elusión puede consistir también en evitar la realización del presupuesto de hecho de otras obligaciones y, sobre todo, la evitación del presupuesto de hecho de las retenciones o ingresos a cuenta, por lo que la referencia al hecho imponible no puede suponer que la calificación deba referirse exclusivamente al presupuesto de hecho de la obligación principal.

La potestad de calificación se atribuye a la Administración Tributaria en el artículo 28 inciso 2 de la LGT de 1963, en redacción posterior a la reforma por ley 25/1995, de 20 de julio, al determinar que “ el tributo se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley”¹⁷. Se trata de un precepto que faculta a la Hacienda Pública a “ calificar” hechos imponibles¹⁸ en el marco de su actividad aplicadora del tributo –habría que plantearse si también a “ recalificar” –¹⁹. En su función calificadora, la Administración tendrá que caracterizar hechos –y el negocio jurídico lo es si tenemos en cuenta la significación puramente fáctica del hecho imponible–²⁰.

Cuando el hecho imponible consista en un acto o negocio jurídico, la calificación habrá de llevarse a cabo

en términos jurídicos, partiendo de la que resulte procedente con arreglo al Derecho Privado, constatando si la norma fiscal le da a ese concepto de Derecho Privado un sentido diferente y, en suma, intentando reconducir el acto o negocio realizado a alguna de las características tipificadas en la hipótesis normativa. También parece que la Administración, a la hora de aplicar el tributo, tendrá que atender a las vicisitudes que afectan a la existencia del negocio. Entre ellas, la falsedad de la causa, que puede llevar a su declaración de nulidad, y por tanto, a la inexistencia del hecho gravado.

Sin embargo, el artículo 13 de la LGT de 2003, al momento de regular la forma de llevar a cabo la calificación, impone a la Administración prescindir de los defectos que pudieran afectar a la validez del negocio²¹. Este precepto sería, según afirma Navas Vázquez, el exponente de lo que podemos llamar “ autonomía calificadora” de la Administración Tributaria²². Esa autonomía vendría a significar, entre otras cosas, que la Administración no podría extender su potestad de calificación a la verificación de la validez de los negocios gravados, puesto que, si lo hiciese, tendría que examinar no sólo la veracidad de la causa sino también la regularidad del consentimiento, o la licitud del objeto, arrogándose una función que corresponde a los tribunales civiles. Ello supone que actos o negocios puedan tributar, incluso cuando resulten ineficaces para otros sectores del ordenamiento y en la medida en que los órganos jurisdiccionales competentes no declaren tal ineficacia.

En suma, la Administración que se encuentra ante un “ hecho” consistente en un acto o negocio jurídico no debe enjuiciar su validez, en la medida en que no tiene que examinar la veracidad de la causa, la regularidad del consentimiento, o la licitud del objeto a los efectos

¹⁵ Véase al respecto NAVAS VAZQUEZ, Rafael. “ Interpretación y calificación en Derecho Tributario”. En: Comentarios a la Ley General Tributaria y Líneas para su Reforma. Homenaje a Sáinz de Bujanda. Volumen I. Madrid: IEF. 1991. pp. 396- 397.

¹⁶ RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. “ El fraude de ley y otros supuestos de elusión fiscal”. Valencia: CISS. 1998. pp. 102-103. La independencia de la calificación respecto al nombre que las partes atribuyan al acto, negocio o contrato es una muestra del principio “ los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son”, consagrada por el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 1957.

¹⁷ A pesar de la polémica que el verdadero ámbito de aplicación de este precepto suscita, sobre todo por arrastrar el estigma de ser considerado un remedio para excluir la “ interpretación económica”, sugerimos revisar: PALAO TABOADA, Carlos. Op. Cit. p. 15.

¹⁸ NAVAS VAZQUEZ, Rafael. Op. Cit. pp. 396-397.

¹⁹ Véase al respecto RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. Op. Cit. pp. 114-120. En la página 106 sostiene que las posibilidades de recalificación siguen subsistiendo con posterioridad a la reforma por Ley 25/1995, incluso más allá de limitarse a la corrección de las denominaciones utilizadas por las partes. Sobre la inserción de las potestades de calificación dentro de los procedimientos de gestión e inspección, véase BUEYO DIEZ-JALO, Mario. Op. Cit. p. 43.

²⁰ Recuérdese que la finalidad de la actividad calificadora es “ constatar la realidad de los hechos acaecidos”. CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 54.

²¹ El antecedente de este precepto se encuentra en la redacción del artículo 25 inciso 2 de la LGT de 1963 anterior a la Ley 25/1995, de 20 de julio, y según el cual en la calificación se prescindirá “ de los defectos intrínsecos o de forma”.

²² NAVAS VAZQUEZ, Rafael. Op. Cit. p. 401; PALAO TABOADA, Carlos. Op. Cit. p. 19. Para FALCON y TELLA, Rafael. “ Negocios fiduciarios: régimen tributario” En: Legalidad tributaria y función calificadora de la Administración Fiscal. Boletín 16 del ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Septiembre. 2000. p. 202. La ley tributaria no permite nunca extender esa eventual remisión de las categorías privadas a las anomalías que puedan existir en el negocio. DIEZ-PICAZO, Luis. “ Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial”. Volumen I. Tecnos. 1983. p. 181. Cuando se suscite la nulidad en los tribunales ordinarios, operarán las reglas de distribución de la prueba. En relación con esta cuestión, a la Administración le corresponderá probar únicamente la falsedad, mientras que será al contribuyente a quien interesará demostrar que los efectos económicos pretendidos se pueden lograr a través de ese negocio no gravado.

de apreciar si el negocio es válido, porque eso le corresponde a los jueces y tribunales civiles y porque, a diferencia de lo que ocurre en el plano estrictamente civil, en el ámbito fiscal la tributación no dependerá de la regularidad del hecho o negocio gravado. En otras palabras, cuando el artículo 13 de la LGT dispone que se prescindirá de los defectos que afecten a la validez del negocio, está afirmando que la calificación tributaria es autónoma y limitada a los efectos tributarios, y "no puede detenerse a averiguar si existe algún obstáculo para la apreciación de dicha realidad, pues la Administración no es competente para decidir sobre tales extremos"²³.

No obstante, una cosa es que la autonomía calificadora impida a la Administración determinar la invalidez de un negocio y otra muy distinta, que a la Administración en cuanto intérprete tributario no se le puedan imponer o exigir determinadas calificaciones²⁴. Entender que el artículo 13 LGT impide estimar la inexistencia de cualquier clase de invalidez o ineficacia del acto o negocio, incluso la ausencia de causa, supone limitar la apreciación de uno de los elementos que permiten determinar su verdadera naturaleza. Precisamente porque las circunstancias de la existencia y validez del acto o negocio gravado son relevantes a ciertos efectos fiscales, es por lo que el artículo 57 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, ordena la devolución del impuesto cuando se declare judicial o administrativamente haber tenido lugar la "nulidad, rescisión o resolución" del acto o contrato. En el mismo sentido, imponer a la Administración desconocer aquellas circunstancias que pueden determinar la inexistencia del hecho, acto o negocio gravado, sería una exégesis contraria a la verdadera finalidad del propio artículo 13 de la LGT, que impone calificar "de acuerdo con la naturaleza jurídica".

Una interpretación de este tipo del artículo 13 de la LGT, como dice Ferreiro Lapatza, "llevaría a la Administración a calificar los negocios jurídicos realizados por los administrados de acuerdo con los elementos del "hecho-negocio jurídico" declarado,

aunque éstos no se correspondiesen en absoluto con la realidad"²⁵. Expresión literal y contenido efectivo pueden no coincidir, y la función calificadora, en tanto apreciación de hechos desde una perspectiva jurídica, supondrá poder llegar a la conclusión de que la naturaleza jurídica de un contrato no es la que las partes le atribuyen. En eso consiste el calificar el negocio en cuanto "hecho", sin convertir la calificación en una operación puramente formalista²⁶.

La estimación de la verdadera naturaleza del contrato puede suponer tener que tomar en cuenta la inexistencia de la causa típica del negocio que las partes dicen estar concertando²⁷. Así lo viene haciendo la Administración, y así lo viene ratificando la jurisprudencia. Valga como ejemplo el supuesto contenido en la sentencia de la AN de 3 de mayo de 2000, en la que se admite rechazar la calificación de donación para una transmisión gratuita de acciones de una sociedad, las cuales se encuentran pignoradas en garantía de un préstamo otorgado previamente por esa sociedad al socio donante, como consecuencia del cual el donatario se subroga en su posición²⁸. A esta conclusión se llega atendiendo a las exigencias de causa que deben existir en la donación, a partir del ánimo de liberalidad y de enriquecer al donatario (artículo 1274 del Código Civil). Esta actividad de la Administración, orientada a desentrañar la verdadera causa concurrente en los negocios, forma parte de la función calificadora y se deberá llevar a cabo desde la definición tributaria de los hechos gravados. Esto supone tener en cuenta el significado peculiar que le puede dar el legislador tributario a un determinado negocio jurídico. Si la ley fiscal no le atribuye ese significado especial, la calificación habrá de hacerse respetando la caracterización del negocio jurídico en el Derecho Privado²⁹.

En este sentido, la calificación "autónoma" que supuestamente se desprende del artículo 13 de la LGT, a partir de la exigencia que impone no tomar en consideración los "defectos de validez" del acto o negocio que se califica, supone, por un lado, que la

²³ Véase sobre el tema, NAVAS VAZQUEZ, Rafael. Op. Cit. p. 401; CARRASQUER CLARI, María Luisa. "El problema del fraude a la ley en el Derecho Tributario". Valencia: Tirant Monografías. 2002. p. 310. También puede consultarse la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1994.

²⁴ FERREIRO LAPATZA, José Juan. "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal". 52. 2001. p. 44. En la referida obra, el autor hace referencia a la distinción entre defectos que afecten a la validez y los que afecten a la existencia, estos últimos entre lo que se encontraría la causa.

²⁵ Ibidem

²⁶ PALAO TABOADA, Carlos. "¿Existe el fraude a la ley tributaria?". En: Revista de Contabilidad y Tributación. 1998. pp. 7-9.

²⁷ Negar esto sería contradictorio con el dato de que el Tribunal Supremo ha permitido, en ocasiones, incluso que la Administración aplique el artículo 6 inciso 4 del Código Civil para detectar la existencia de fraude de ley. Este es el caso de las sentencias de 6 de mayo de 1988 (Aranzadi, 3771) y 22 de marzo de 1996 (Aranzadi, 2684).

²⁸ Dichas acciones son posteriormente donadas a su cónyuge, quien se subroga en el crédito y procede a venderlas a una sociedad holandesa. La sentencia llega a la conclusión de que la finalidad de esta operación "no era precisamente la colectiva y universal voluntad de todos los accionistas de provocar un enriquecimiento en los destinatarios de su ánimo de liberalidad, sino más bien instrumentalizar una serie de negocios jurídicos que desde la perspectiva civil constituyen una donación aparente, para provocar un tratamiento más beneficioso para las plusvalías generadas por sus acciones". RTT 56. 2002. p. 189.

²⁹ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 57.

Administración no puede invadir competencias reservadas a los jueces, aun a sabiendas de que se trata de una excepción al carácter *ipso iure* de la nulidad de los negocios jurídicos³⁰ y por otro lado, implica que la calificación efectuada limita sus efectos al ámbito tributario, y no prejuzga la naturaleza del negocio desde la perspectiva civil³¹. Así, por ejemplo, si el hecho imponible es la adquisición por medio de compraventa, y concurre, al menos en su apariencia, una compraventa, la Administración debe entender que se ha producido el hecho tipificado si realmente estima que está ante una compraventa y no ante un negocio distinto. La Administración no tendrá que analizar si en la compraventa concurren los requisitos de validez del artículo 1261 del Código Civil u otros específicos que pudiera imponer el ordenamiento, ya que ello supondría invadir el ámbito de los tribunales ordinarios.

La cuestión es si a esta conclusión de que concurre "un negocio distinto" se puede llegar por la vía de la calificación-recalificación (artículo 13 LGT), es decir, a través de la técnica de apreciar la naturaleza de los hechos o negocios jurídicos como consecuencia de considerar la "verdadera causa" de los mismos. Lo dicho, en otras palabras, significa saber si es posible determinar la existencia de simulación a partir de un artículo como el 13 de la LGT en lugar de acudir a la cláusula de simulación relativa prevista en el artículo 16 de la LGT de 2003, y proceder a gravar mediante la "recalificación" el negocio realmente realizado. De igual manera que, cuando nos encontremos ante un acto o negocio que pudiera ser calificado, en el plano estrictamente civil, como "en fraude de ley civil", conviene saber si podría apreciarse la eventual nulidad del mismo por ausencia de causa, es decir, mediante un mecanismo de "recalificación" que tuviese en cuenta el sustrato del artículo 6 inciso 4 del Código Civil³², en lugar de una cláusula de "fraude a la ley tributaria", como podía ser el artículo 24 de la LGT de 1963³³, sustituido por el artículo 15 de la LGT de 2003, que se refiere a la "cláusula de conflicto".

La cuestión no debe plantearse tanto en términos de si las facultades de recalificación son aceptables o no, en la medida en que excluirían el recurso a la simulación o al fraude de ley, sino valorando las verdaderas

posibilidades de la calificación tributaria³⁴. Y a nuestro modo de ver, la cuestión de la posible existencia de una función recalificadora en manos de la Administración ha de tomar como punto de partida una primera evidencia y es la profunda transformación operada en las relaciones entre el sujeto pasivo y la Administración a partir del fenómeno de la masificación. En tanto se confía a los particulares tanto la aplicación de la ley como la cuantificación y cumplimiento espontáneo de las obligaciones tributarias, queda en manos de la Administración una función de integrar la actuación de los particulares para regularizarla o sancionarla. No olvidemos que esta calificación tributaria que la ley obliga a efectuar al particular tiene como presupuesto las facultades de configuración de sus relaciones económicas a partir de la libertad negocial y de la autonomía de la voluntad, lo que puede generar desacuerdos de la Administración con la calificación efectuada por el particular.

De salida, la actividad recalificadora de la Administración sería consecuencia de sus posibilidades de "regularizar" la situación tributaria declarada y calificada por el contribuyente. Así, la Administración podrá "recalificar" la calificación fiscal efectuada por los particulares de los hechos o datos comunicados; por ejemplo, cabe recalificar una renta, sin que ello suponga variar la calificación civil o mercantil del instituto –acto, negocio o contrato– del que la renta procede. Esta aptitud asignada a la Administración aparece integrada dentro de sus facultades de comprobación, incluso dentro de las posibilidades de "comprobación limitada" recogidas en los artículos 136 a 140 de la LGT de 2003, las cuales, a pesar de sus dificultades de delimitación positiva y negativa, son medios de comprobación que legitiman la regularización. Así, es evidente que la potestad para dictar liquidaciones provisionales de oficio de acuerdo con los datos consignados en las liquidaciones tributarias, empleando antecedentes obrantes en poder de la Administración o datos derivados de la documentación requerida, implica "recalificar" esos datos. Como señala Casado Ollero, las potestades de comprobación que se reconocen a la Administración Tributaria en el artículo 136 inciso 1 de la LGT, a saber "la Administración comprobará e investigará los

³⁰ DE CASTRO, Federico. "El negocio jurídico". Madrid: Civitas. 1985. p. 475. El referido autor señala que son características de la condición *ipso iure* de la nulidad de los negocios jurídicos, el que la misma no precisa la intervención del juez para ser declarada –que sólo será necesaria para borrar la apariencia de validez que genera el negocio– y que "los funcionarios, en general, han de tener en cuenta dicho carácter de la nulidad, pues habrán de negar su colaboración a cualquier título jurídico que sea visiblemente nulo".

³¹ ZABALA RODRIGUEZ-FORNOS, Arturo. "Simulación y "levantamiento del velo" en el ámbito tributario". En: Tribuna Fiscal. 85. 1997. p. 72. El referido autor señala que "la potestad tributaria de calificación se circunscribe a la simulación que incide sobre el nacimiento del crédito tributario, a los solos efectos de éste, sin considerar –al menos de manera inmediata– sus consecuencias en la relación *inter partes*".

³² FALCON Y TELLA, Rafael. "El fraude a la Ley tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción". En: Quincena Fiscal. 17. 1995. p. 8. El referido autor señala que el fraude de ley tributaria "debe distinguirse con claridad del fraude a la ley a que se refiere con carácter general el artículo 6 inciso 4 del Código Civil".

³³ Posibilidad absolutamente descartada por CARRASQUER CLARI, María Luisa. Op. Cit. p. 336.

³⁴ Véase al respecto RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. Op. Cit. pp. 114-120.

hechos, actos, situaciones, actividades, explotaciones y demás circunstancias determinantes de la obligación tributaria" incluyen implícitamente unas potestades de calificación para exigir el tributo en los términos que ordena el artículo 13 de la LGT³⁵.

Pero también se puede recalificar el acto o negocio civil o mercantil del que la renta procede, teniendo en cuenta que el cambio de "calificación" efectuado por la Administración va a influir en el régimen fiscal de todas las consecuencias económicas derivadas del mismo. Esta recalificación es la que plantea mayores problemas, en tanto pudiera verse enfrentada con la autonomía del particular de poder escoger la solución jurídica y tributaria que haga posible ordenar la propia actividad económica del modo fiscalmente menos oneroso³⁶. Pero la misma, se encuentra plenamente justificada desde el punto de vista teórico, si entendemos que la Administración, a partir del carácter puramente fáctico del hecho imponible, debe atender a la "realidad de los hechos", y en lo concerniente a hechos imposables que consistan en actos o negocios jurídicos, a lo que el negocio "es" de acuerdo con su verdadera naturaleza jurídica, al margen de la denominación que las partes le hubieran atribuido³⁷.

III. EL RECURSO A LA RECALIFICACIÓN TRIBUTARIA EN LOS SUPUESTOS DE ABUSO DE LAS POSIBILIDADES DE CONFIGURACIÓN DE UN ACTO O NEGOCIO

En relación con esta recalificación se suscitan importantes dudas en la doctrina. Desde quienes como Palao Taboada niegan que se pueda recalificar, entendiendo por ello "atribuir al negocio la naturaleza que le corresponde de acuerdo con la realidad económica"³⁸, si ello supone extender la ley más allá de sus límites, hasta quienes circunscriben esas posibilidades de recalificación a lo que Ruiz Toledano denomina "recalificación en sentido estricto, tales como los términos utilizados por las partes, que no afecten

al tipo de negocio pero que pueden hacer pensar, en una primera aproximación, que se trata de otro negocio"³⁹. Es el caso de Herrera Molina, quien señala "entendiendo que debe rechazarse cualquier tipo de recalificación, distinta de la puramente nominal, por la vía del artículo 13 LGT"⁴⁰. Esta supuesta "recalificación nominal" como la única que podría realizar la Administración, tendría su justificación en la necesidad de evitar, como dice el Tribunal Supremo en sentencia de 30 de abril de 1994, que las partes empleen términos, palabras o expresiones que traten de desnaturalizar el negocio realmente celebrado, en aras de conseguir una tributación más favorable⁴¹. Ello consistirá, simplemente, en superar a través de la calificación, la denominación atribuida por las partes al acto o negocio, pero no se trata de una cuestión exclusivamente "terminológica" o "semántica", sino que, como añade la sentencia citada, el liquidador, ante el documento presentado, deberá descubrir, "lo que el mismo contiene desde la óptica jurídica"⁴². Lo que supondrá, por ejemplo, tomar en consideración si el negocio carece de causa o tiene una causa falsa⁴³.

Esta función calificadora o "recalificadora" que puede llevar a cabo la Administración Tributaria se encuentra con límites importantes. El no haber valorado suficientemente estos límites es, desde nuestro punto de vista, una de las razones que justifican el rechazo generalizado a la utilización de la "recalificación" como mecanismo antielusorio. Por el contrario, la doctrina que rehúsa aceptar el instrumento de la calificación en manos de la Administración valora, sobre todo, la práctica administrativa espuria consistente en "adulterar" su sentido, "para calificar directamente los actos fraudulentos de acuerdo con la norma defraudada". Por tanto, sólo el reconocimiento de ciertos límites puede dar a la calificación un marchamo de "respetabilidad"⁴⁴.

Hay que tener en cuenta el límite que suponen las exigencias de tipicidad que, como dijimos, deben

³⁵ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 63.

³⁶ Los recelos contra esta posibilidad de "recalificar" ya se habían manifestado por ESEVERRI MARTINEZ, Ernesto. "Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales: la amenaza del principio de calificación". HPE 60. 1979. Véase al respecto, LUPÍ, Rafaello. "L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali". En: Rassegna Tributaria. 1994. p. 225.

³⁷ Se trata del conocido principio de que "los negocios son lo que son y no lo que las partes intervinientes digan que son", consagrado en el artículo 13 de la LGT, y que permitiría, desde la ya vieja resolución del TEAC de 26 de abril de 1955, exigir el gravamen prescindiendo de los vocablos empleados por las partes y mediante el examen jurídico fiscal de las estipulaciones contenidas en el documento". Para mayor información, véase FENELLOS PUIGCERVER, Vicente. Op. Cit. p. 10.

³⁸ PALAO TABOADA, Carlos. Op. Cit. p. 6.

³⁹ RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. Op. Cit. p. 105.

⁴⁰ HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. "Nuevas perspectivas sobre el fraude de ley en materia tributaria". En: Quincena Fiscal 12. 1999. p. 12.

⁴¹ Sentencia Aranzadi 3061.

⁴² FENELLOS PUIGCERVER, Vicente. Op. Cit. p. 10.

⁴³ A diferencia de lo que ocurriría en otros ordenamientos, como el alemán, de corte abstracto. KIRCHHOF, Paul. "Steuerumgehung und Auslegungsmethoden". En: Steuer und Wirtschaft 2. 1983. p. 180. El autor señala al respecto que en el ordenamiento civil alemán, de carácter causalista, el derecho a la planificación fiscal se enmarca en la libertad de pactos que caracteriza su ordenamiento privado, llegando este autor a criticar incluso el límite que supone la cláusula del parágrafo 42 de la Ordenanza Tributaria, relativa al "abuso de las formas jurídicas".

⁴⁴ GOMEZ CABRERA, Cecilio. "El fraude a la ley tributaria a la luz de su nueva regulación". RDFHP 246. 1997. p. 850.

informar el Derecho Tributario. La calificación ha de hacerse "desde la ley" y con los límites que la ley impone. Así, teniendo en cuenta la significación puramente fáctica del hecho imponible⁴⁵, cuando el mismo consista en un acto o negocio jurídico, la calificación habrá de llevarse a cabo en términos jurídicos, partiendo de la que proceda con arreglo al Derecho Privado, lo que supondrá intentar reconducir el acto o negocio realizado a alguna de las características tipificadas en la hipótesis normativa. Pero si la norma tributaria incluye una definición de la realidad o de algunos de sus aspectos –que no tienen por qué coincidir con la que ofrecen otros sectores del ordenamiento–, la calificación habrá de ajustarse inexorablemente a esta tipificación de la realidad.

Por tanto, si la ley tributaria acoge como imponible un determinado negocio jurídico tipificado en algún sector del ordenamiento privado, será dicho negocio jurídico el que habrá de gravarse, y no la posible relación subyacente⁴⁶. Por el contrario, si la calificación "desde" la norma tributaria difiere de la que procede de haberse efectuado desde una norma de Derecho Privado, ocurrirá como dice Navas Vazquez, que lo que las partes han celebrado como un contrato de un determinado tipo, tenga que ser calificado tributariamente como un contrato de otro tipo⁴⁷, aunque ello será a los exclusivos efectos tributarios, y como consecuencia de la ya citada "interacción" entre unos hechos y una norma fiscal que, a la hora de emplear un concepto procedente del Derecho Común, opta por dotarlo de un significado específico⁴⁸.

Así pues, si el acto, negocio u operación se encuentran "suficientemente tipificados", deben liquidarse aplicando el régimen jurídico querido por la norma tributaria que específicamente los contemple, lo cual supone excluir cualquier clase de calificación "libre", incompatible con

el mencionado derecho del contribuyente a ordenar su actividad económica en el modo fiscalmente menos oneroso y, desde luego, cualquiera que sean los resultados económicos producidos, nunca será posible la aplicación por analogía de un régimen tributario distinto⁴⁹. Esto creemos que debe disipar el peligro de que a través de la recalificación se acabe yendo más allá del límite que impone el recurso a estos criterios jurídicos. Una cosa es que, como señala la resolución del TEAC de 28 de febrero de 1996⁵⁰, "puede ocurrir que en esa búsqueda el contribuyente acabe situándose en un presupuesto de hecho reconducible al hecho imponible a través de la calificación", lo que habrá de determinar la Administración "caso por caso" y siempre desde la perspectiva del sistema tributario⁵¹, y otra bien distinta es que las facultades de calificación acaben funcionando como una potestad discrecional para recalificar a partir de un resultado económico⁵², o supongan la aplicación de un régimen diferente al tipificado.

Lo que resulta de todo punto inadmisibles es forzar el ámbito natural de la actividad calificadora de la Administración, con la excusa de reaccionar contra el fraude de ley, para sustituir la voluntad del legislador por el régimen tributario que la Administración estime deseable⁵³. El hecho de que la función calificadora se haya venido utilizando, como recuerda Palao Taboada, para equiparar el negocio jurídicamente realizado al tipo negocial que corresponde a su realidad económica⁵⁴, o que, como dice Herrera Molina, la recalificación en la práctica haya venido produciendo los mismos efectos que la interpretación económica⁵⁵, a nuestro modo de ver, no es excusa para negar esta facultad de recalificación, que parece inherente a todo proceso aplicativo del tributo.

Tampoco se pueden descartar las facultades de recalificación de la Administración, invocando una

⁴⁵ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 54. Recuérdese que la finalidad de la actividad calificadora es "constatar la realidad de los hechos acaecidos".

⁴⁶ CONDE CONDE, M. "El principio de calificación: análisis global del hecho imponible y de las técnicas para su calificación". En: Impuesto sobre Sucesiones, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Volumen II. Madrid: IEF. 1977. pp. 290-296; ALBIÑANA GARCIA-QUINTANA, César. "La interpretación económica de las leyes tributarias". Op. Cit. p. 1399.

⁴⁷ NAVAS VAZQUEZ, Rafael. Op. Cit. pp. 18-19. Para este autor "lo importante a efectos de preservar la unidad del ordenamiento no es que aquel resultado pueda producirse y un mismo presupuesto de hecho merezca calificaciones distintas por las normas jurídicas, sino el hecho de que esta conclusión se obtenga mediante un proceso de interpretación y aplicación de dichas normas que responda a exigencias y límites puramente jurídicos en el que se ponga de manifiesto con toda claridad, tanto la existencia del conflicto de calificaciones posibles, como los fines que se pretenden con cada una de ellas".

⁴⁸ SAINZ DE BUJANDA, Fernando. "Sistema de Derecho Financiero". Volumen I. Madrid. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. 1985. p. 186. El autor critica este postulado por considerarlo deudor de un presumible "funcionalismo terminológico". Por el contrario, el propio Ezio Vanoni afirmaba que no cabría dar a los términos de Derecho Privado un sentido diferente al que se deducía del Derecho Civil, salvo que la norma tributaria se pronunciase sobre el alcance de dichos términos. VANONI, Ezio. "Naturaleza e Interpretación de las Leyes Tributarias". Madrid: IEF. 1974. p. 55. Traducción realizada por Martín Queralt.

⁴⁹ GARCIA AÑOEROS, Jaime. "La interpretación de las leyes tributarias y los organismos autónomos ante el impuesto". RDFH 39 1960. p. 708. En: Quincena Fiscal 9 1996.

⁵¹ FALCON y TELLA, Rafael. "Calificación del hecho imponible y simulación". En: Quincena Fiscal 11. 1996. p. 5.

⁵² Algo que llegó a permitir el Tribunal Supremo en alguna sentencia como la de 5 de marzo de 1988 (Aranzadi, 1469).

⁵³ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 56

⁵⁴ PALAO TABOADA, Carlos. Op. Cit. p. 6

⁵⁵ HERRERA MOLINA, Pedro Manuel. Op. Cit. p. 12

suerte de "unilateralismo" o "automatismo" en la actividad calificadora, frente a la vía del "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" o la simulación. Si bien en el caso del "conflicto en la aplicación de la norma tributaria" el artículo 15 inciso 2 de la LGT exige el "previo informe favorable de la Comisión consultiva" prevista en el artículo 159 y, por tanto, no se aplica la recalificación, para la simulación no se contempla ninguna garantía procedimental especial⁵⁶, por lo que a efectos de "garantías procedimentales" las mismas no son necesariamente mayores en la simulación.

Por el contrario, esas garantías, respecto a la actividad recalificadora de la Administración, radicarán, en primer lugar, en el artículo 34 inciso 1 literal m) de la LGT de 2003, que reconoce a todo obligado tributario, el derecho a ser oído en el trámite de audiencia en los términos previstos en esta ley, que no son otros que los contenidos en el artículo 99 inciso 8. Los contribuyentes pueden en todo procedimiento de gestión tributaria reclamar su derecho a ser oídos y en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia o, en su caso, a la redacción de la propuesta de resolución, aducir alegaciones y aportar documentos y otros elementos de juicio, que serán tenidos en cuenta por los órganos competentes al redactar la correspondiente propuesta de resolución⁵⁷.

Si la "regularización administrativa" de la situación tributaria del contribuyente puede consistir en la "recalificación" de los hechos representados y calificados por el propio contribuyente, en los procedimientos de comprobación por los órganos de gestión como en los de comprobación inspectora, los contribuyentes tendrán este derecho a formular alegaciones y trámite de audiencia en el seno de tales procedimientos. Sin embargo, como afirma Casado Ollero, si se quiere profundizar en las garantías del contribuyente ante la actividad "recalificadora" de la Administración, "bastaría con que el acto administrativo que procediera a "recalificar" tributariamente los hechos (situaciones, actos o negocios) representados (calificados) por el

contribuyente en su declaración-liquidación, fuera un acto independiente del procedimiento de liquidación y por lo mismo, susceptible de impugnación autónoma"⁵⁸ e incluso de que, como apuntan las sentencias de la AN de 11 de junio de 1996 y 7 de octubre de 1997⁵⁹, en relación con los actos administrativos por los que se aprueban las comprobaciones de valor, aunque son consideraciones que podrían extenderse a los de recalificación de hechos, se abra una fase contradictoria que permita fijar con exactitud la "calificación de los hechos". A lo expuesto habría que unir la extensión de las consultas con carácter vinculante para plantear la calificación de actos, negocios u operaciones, a la que más adelante nos referiremos.

Por otro lado, el artículo 13 de la LGT impone a la Administración, al momento de llevar a cabo la calificación, prescindir de los defectos que pudieran afectar a la validez del negocio⁶⁰. Este precepto sería, según afirma Navas Vazquez, el exponente de lo que podemos llamar "autonomía calificadora" de la Administración Tributaria⁶¹, que llevaría a que la Administración no pudiese extender su potestad de calificación al examen de validez de los negocios gravados, y, por tanto, que no pueda examinar la veracidad de la causa, la regularidad del consentimiento o la licitud del objeto, arrogándose una función que corresponde a los tribunales de lo civil.

En realidad, a esta cláusula incluida en el artículo 13 de la LGT de 2003, habría que darle un alcance más limitado. La misma tendría exclusivamente como finalidad, como ya dijimos páginas atrás, reflejar la autonomía de la Administración frente a los demás órganos aplicadores del ordenamiento y, sobre todo, frente a los jueces y tribunales de lo civil. Es decir, la redacción del artículo 13 pretende que la Administración Tributaria, o en su caso los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, no decidan sobre la validez de los negocios jurídicos, lo que corresponderá en exclusiva a los tribunales civiles. A la hora de calificar, la Administración que se

⁵⁶ A juicio de PALAO TABOADA, Carlos, esta posibilidad de declarar la simulación podría considerarse superflua, en la medida en que hubiera bastado con las normas civiles para negar toda eficacia tributaria a los actos o negocios simulados. Op. Cit. p. 9.

⁵⁷ En lo relativo a la formulación de alegaciones a que se refiere el artículo 21 de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes, este precepto ha venido a introducir la regla de la necesidad de permitir formular alegaciones respecto a todo procedimiento de gestión tributaria, mientras que respecto al régimen de audiencia al interesado, lo que se introduce con el Estatuto del Contribuyente es una regla cuya finalidad básica es evitar la indefensión del contribuyente al que el procedimiento afecta. Véase DEL PASO BENGEOA, Jesús y Carlos JIMENEZ JIMENEZ. "Derechos y Garantías del Contribuyente. Comentarios a la Ley 1/1998". Valencia: CISS. 1998. pp. 202 y 209; BADAS CEREZO, Jesús, LAMOCA PEREZ, Carlos y José Antonio MARCO SAN JUÁN. "Aplicación de la Ley de Derechos y Garantías de los Contribuyentes". Valladolid: Lex Nova. 1998. pp. 153-164.

⁵⁸ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 64.

⁵⁹ Jurisprudencia Tributaria 669/1996 y 1206/1997, respectivamente.

⁶⁰ El antecedente de este precepto se encuentra en la redacción del artículo 25 inciso 2 de la LGT, anterior a la Ley 25/1995, de 20 de julio, según el cual en la calificación se prescindirá "de los defectos intrínsecos o de forma".

⁶¹ NAVAS VAZQUEZ, Rafael. Op. Cit. p. 19; PALAO TABOADA, Carlos. "Notas a la Ley 25/1995, de 20 de julio, de modificación parcial de la Ley General Tributaria (II). Interpretación y aplicación de las normas tributarias". En: Revista de Contabilidad y Tributación. CEF 155. 1996. p. 19. Para FALCON y TELLA, Rafael, "la Ley tributaria no permite nunca extender esa eventual remisión de las categorías privadas a las anomalías que puedan existir en el negocio". Op. Cit. p. 202. Cuando se suscite la nulidad en los tribunales ordinarios, operarán las reglas de distribución de la prueba, siendo a la Administración a quien corresponda probar la falsedad. DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. p. 181.

encuentre ante un "hecho" consistente en un acto o negocio jurídico no debe enjuiciar su validez, en la medida en que no tiene que examinar la regularidad del consentimiento o la licitud del objeto a los efectos de apreciar si el negocio es válido, porque eso le corresponde a los jueces y tribunales civiles. Esto último es lo único que, a nuestro juicio, pretende decir el artículo 13 LGT cuando dispone que se calificará prescindiendo de los defectos que puedan afectar a la validez del negocio.

En esta línea, señala Ruiz Toledano que "el mandato de prescindir de los defectos que pudieran afectar a la validez resulta equivalente al que existía en el derogado artículo 25 de la LGT de 1963, anterior a la reforma por Ley 25/1995 y, por tanto, debe entenderse que sólo pretende evitar que la obligación tributaria sea evitada mediante el sencillo método de realizar un acto o contrato jurídico con algún defecto que pudiera conllevar su anulación, aunque ello no se produzca al no ejercitarse la correspondiente acción en el ámbito privado", para añadir que "en definitiva, la Administración Tributaria y los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo deben de prescindir de los defectos de validez mientras los Tribunales Civiles no resuelvan sobre los mismos"⁶².

Como también dijimos, entender que este artículo 13 de la LGT impide estimar la inexistencia de causa en el negocio jurídico, supondría limitar la apreciación de uno de los elementos que permiten determinar su verdadera naturaleza y, por lo tanto, cercenar un aspecto importante de las facultades calificadoras de la Administración Tributaria. Sería una interpretación contraria a la verdadera finalidad del propio artículo 13 de la LGT que impone calificar "de acuerdo con la naturaleza jurídica". Una interpretación de este tipo del referido artículo, como dice Ferreiro Lapatza, "llevaría a la Administración a calificar los negocios jurídicos realizados por los administrados de acuerdo con los elementos del "hecho-negocio jurídico" declarado, aunque éstos no se correspondiesen en absoluto con la realidad"⁶³.

Por tanto, si como vimos, la calificación o recalificación, supone estimar la verdadera naturaleza del contrato,

ello puede suponer tener que tomar en cuenta la inexistencia de la causa típica del negocio que las partes dicen estar concertando⁶⁴. Esto forma parte de la función calificadora y ha de hacerse desde la definición tributaria de los hechos gravados, lo que supone que habrá que tener en cuenta el significado peculiar que le puede dar el legislador tributario a un determinado negocio jurídico. Si la ley fiscal no le atribuye ese significado especial, la calificación habrá de hacerse respetando la caracterización del negocio jurídico en el Derecho Privado⁶⁵.

Por tanto, la calificación "autónoma" que supuestamente se desprende del artículo 13 de la LGT de 2003, a partir de la exigencia que impone no tomar en consideración los "defectos de validez" del acto o negocio que se califica significa, por un lado, que la Administración no puede invadir competencias reservadas a los jueces –aún a sabiendas de que ello es una excepción al carácter *ipso iure* de la nulidad de los negocios jurídicos–⁶⁶ y, por otro, que la calificación efectuada limita sus efectos al ámbito tributario y no prejuzga la naturaleza del negocio desde la perspectiva civil⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES

Resumiendo lo señalado respecto de la calificación tributaria como instrumento de combate del fraude y la elusión, a partir del artículo 13 de la LGT, la Administración podrá recalificar la figura jurídico-tributaria utilizada por las partes, siempre que la norma tributaria lo permita⁶⁸. Esta función calificadora también se incardina en el procedimiento de comprobación e investigación tributaria, cuyo objeto es constatar la realidad de los hechos acaecidos sobre la base de los datos declarados por el contribuyente y de aquellos que por otras vías tenga constancia la Administración, de lo que podrá derivarse la "regularización" que se estime procedente, "regularización" que, como el propio Casado Ollero recuerda, abarca la "recalificación" de los hechos representados o reflejados por el propio contribuyente en su declaración-liquidación⁶⁹.

Parece claro que la "regularización" tendrá como consecuencia enervar una actuación elusiva del

⁶² RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. Op. Cit. p. 106

⁶³ FERREIRO LAPATZA, José Juan. Op. Cit. p. 44

⁶⁴ Negar esto sería contradictorio con el dato de que el Tribunal Supremo ha permitido, en ocasiones, incluso que la Administración aplicase el artículo 6 inciso 4 del Código Civil para detectar la existencia de fraude de ley: es el caso de las sentencias de 6 de mayo de 1988 (Aranzadi 3771) y 22 de marzo de 1996 (Aranzadi 2684).

⁶⁵ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 57.

⁶⁶ DE CASTRO, Federico. Op. Cit. p. 475. Ver nota al pie 30.

⁶⁷ Dice al respecto ZABALA RODRIGUEZ-FORNOS, Arturo, que "la potestad tributaria de calificación se circunscribe a la simulación que incide sobre el nacimiento del crédito tributario, a los solos efectos de éste, sin considerar –al menos de manera inmediata– sus consecuencias en la relación *inter partes*. Op. Cit. p. 72.

⁶⁸ RUIZ TOLEDANO, José Ignacio. Op. Cit. 106 y CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 46.

⁶⁹ CASADO OLLERO, Gabriel. Op. Cit. p. 54.

particular, de modo que este efecto antielusorio será una consecuencia más de la labor comprobadora de la Administración. En este sentido, la actividad calificadora no es en sí misma un instrumento de evitación de la elusión, aunque el uso normal de las potestades aplicativas del tributo pueda llevar a este efecto. Sólo podemos hablar, por tanto, de verdadera actuación administrativa frente a la elusión cuando el ordenamiento habilite una potestad específica, al estilo de la contenida en el artículo 24 de la LGT de

1963 o en el vigente artículo 15 de la LGT de 2003, que responda a la tipología de una cláusula general y que constituya, en palabras de Palao Taboada, “ un remedio extraordinario del fraude a la ley” . En cualquier caso, y como este mismo autor insiste, “ determinar hasta dónde se puede llegar por vía de calificación y el límite a partir del cual, para recalificar un negocio es necesario utilizar uno de estos “ remedios extraordinarios”, es sumamente impreciso” ⁷⁰.

⁷⁰ PALAO TABOADA, Carlos. Op. Cit. p. 6.

EL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO EN LAS DECISIONES DE LAS JUNTAS DE ACREEDORES DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO CONCURSAL

Juan Espinoza Espinoza*

¿Es posible afirmar que, en el marco de un procedimiento concursal, la mayoría posee legítimo interés para adoptar acuerdos que satisfagan sus propias expectativas? ¿Cuáles son los límites a la toma de decisiones de tal mayoría? ¿Podría alegarse que determinados acuerdos constituyen un ejercicio abusivo de derecho? De ser así, ¿bajo qué supuestos podría realizarse dicha alegación?

Las preguntas anteriormente expuestas son solo algunas de las interrogantes que resuelve el autor, a través del presente artículo, el mismo que partiendo de un interesante caso, y demostrando un profundo conocimiento de la materia, ofrece al lector un análisis claro referido al ejercicio abusivo de derecho en el marco de las juntas de acreedores en materia concursal.

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Universidad de Lima. Miembro de la Comisión de Procedimientos Concursales del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

"Those are my principles, if you don't like them, I have others".

Groucho Marx-

Acreeedores aprobó, con el voto favorable del 81,993% y el desfavorable del 16,271% de los mismos, el acuerdo global de refinanciación de una sociedad anónima (Austral). El mismo contenía un cronograma de pagos en el cual se clasificaba a los acreedores en los siguientes grupos:

I. EL CASO

En un concurso preventivo, la Junta General de

Grupo de Acreedores	Tipo de Crédito	Acreeencia sujeta a capitalización (cantidades en miles de dólares)	Porcentaje del monto total que sería capitalizado	Capitalización aproximada (cantidades en miles de dólares)
Grupo A	Créditos derivados de operaciones de arrendamiento financiero	US\$ 56 397,00	15%	US\$ 8 460,00
Grupo B	Créditos laborales y tributarios	No sujeto a capitalización		
Grupo C	Créditos de proveedores comerciales y acreeencias menores	No sujeto a capitalización		
Grupo D	Créditos de acreeedores con garantías específicas, distintos de los acreeedores comerciales	US\$ 78 376,00	25%	US\$ 19 594,00
Grupo E	Acreeedores sin garantías específicas, distintos de los comerciales	US\$ 76 530,00	40%	US\$ 30 612,00
Grupo F	Acreeedores contingentes	No sujeto a capitalización		

El problema radica en que tres acreedores (que formaban parte de la minoría), no obstante tenían créditos respaldados, dos con una medida cautelar (Standard Chartered y The Nassau Branch of BankBoston N.A.) y otro con una *warrant* (BankBoston N.A.), en vez de ser clasificados dentro del Grupo D, se encontraban dentro del Grupo E (vale decir, como acreedores no garantizados), con el correspondiente tratamiento diferenciado (gozarían de una menor tasa de interés nominal anual, de una posibilidad de recuperación de las acreeencias un año y medio después, por citar un par de ejemplos) a pesar de que contaban con afectaciones específicas sobre el patrimonio de la deudora. Los acreedores minoritarios impugnaron administrativamente esta decisión argumentando el ejercicio abusivo de la Junta de Acreeedores. Los acreedores mayoritarios sostenían, por su parte, que el Grupo D se constituyó con los acreedores que contaban con garantías otorgadas voluntariamente por la empresa y el Grupo E por acreedores que no contaban con garantías reales constituidas por la sociedad deudora, sino con medidas cautelares interpuestas en perjuicio de la misma y contra su voluntad.

II. LAS DECISIONES

Antes de analizar las decisiones, es forzoso remitirnos a un caso que señaló un precedente que debe ser

tomado en cuenta a efectos de determinar si nos encontramos frente a un ejercicio abusivo de derecho en materia concursal. Con fecha 12 de agosto de 1996, Eurobanco presentó a la entonces Comisión de Salida del Mercado del INDECOPI una solicitud para que se declare la insolvencia del Grupo Pantel por mantener frente a éste créditos exigibles y vencidos por más de treinta días calendario superiores a cincuenta Unidades Impositivas Tributarias (UIT). Mediante Resoluciones 001 y 002-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 del 6 y 13 de septiembre de 1996, respectivamente, se concedió al deudor el plazo de diez días hábiles, computados a partir de la fecha de notificación de la última de las resoluciones mencionadas, para que acredite su capacidad de pago de las obligaciones invocadas en cualquiera de las formas previstas en el artículo 4 del Reglamento de la Ley de Reestructuración Empresarial, aprobado por Decreto Supremo 044-93-EF. Transcurrido el plazo otorgado, sin que el emplazado se hubiera apersonado al procedimiento, el 9 de octubre de 1996, la Comisión emitió la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, por la cual se declaró la insolvencia del Grupo Pantel, convocándose a sus acreedores para que, reunidos en junta, decidan el destino del deudor. El 9 de octubre de 1996, el Grupo Pantel se apersonó al procedimiento deduciendo la nulidad de las resoluciones 001 y 002-96-CSA-

INDECOPI/EXP-058 por considerar que Eurobanco estaría haciendo ejercicio abusivo del derecho. Como sustento de su pretensión, manifestó que, en un procedimiento concursal, Eurobanco no lograría una cancelación privilegiada de sus créditos, por lo que su verdadera intención sería utilizar este procedimiento para lograr el pago inmediato de los mismos bajo la amenaza de dañar la “imagen” (sic) del Grupo Pantel mediante la declaración de su insolvencia y la publicación de la convocatoria a su Junta de Acreedores. Por ello, las resoluciones emitidas habrían amparado una pretensión que la ley rechaza, incurriendo en la causal de nulidad tipificada en el inciso b del artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo 002-94-JUS, entre otros aspectos.

Por los mismos fundamentos expuestos anteriormente, el 15 de octubre de 1996, el Grupo Pantel apeló la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058 y solicitó la suspensión de su ejecución, porque podría causar un “daño irreparable a su imagen”. Por Resolución 004-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, emitida el 23 de octubre de 1996, la Comisión calificó el recurso presentado por el Grupo Pantel contra las Resoluciones 001 y 002-CSA-INDECOPI/EXP-58 como uno de apelación, declarándolo improcedente por haber sido interpuesto contra resoluciones que no ponen fin al procedimiento. En la misma fecha, mediante Resolución 005-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, la Comisión concedió al Grupo Pantel la apelación interpuesta contra la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-058, disponiendo elevar los actuados a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI. En atención al pedido formulado por el Grupo Pantel, la Sala dispuso la suspensión de la ejecución de la Resolución que ordenaba la inmediata publicación de los avisos de convocatoria a la Junta de Acreedores en tanto se emita pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

La Sala, mediante Resolución 104-96-TDC, de fecha 23 de diciembre de 1996, confirmó en todos sus extremos la Resolución 003-96-CSA-INDECOPI/EXP-58, que declaró la insolvencia del Grupo Pantel. En dicha Resolución se establecen las siguientes notas características del abuso del derecho:

“Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe

manifiestamente los fines económicos y sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe”.

Esta Resolución, al enfocar la finalidad económica y social de la ley, parte del análisis de la nueva naturaleza de la declaración de insolvencia, afirmando que:

“El proceso de declaración de insolvencia no debe ser entendido como una sanción a la empresa insolvente, sino como la apertura de un marco que permite llegar a acuerdos entre los acreedores, en medio de situaciones en crisis, tratando de sustituir una caótica carrera por cobrar por un ordenado sistema de búsqueda de consenso y establecimiento de prioridades en el cobro. Esto es concordante con la visión de la nueva legislación concursal, que sustituyó a la Ley Procesal de Quiebras, en la que se concibe al estado de insolvencia, antes que como una condena a la situación de la empresa, como una segunda oportunidad que permite encontrar mecanismos de solución a los estados de crisis”.

Se llega a la conclusión de que Eurobanco está realizando el ejercicio regular de un derecho, enunciando que:

“El daño que Grupo Pantel alega que puede sufrir como consecuencia de la declaración de insolvencia no se deriva del actuar de Eurobanco; sino, precisamente, de la situación de hecho en la que se encuentra Grupo Pantel, el cual habría devenido en insolvente de acuerdo a Ley, al no encontrarse en capacidad de cumplir con sus obligaciones en los plazos y formas previstas.

La afirmación de que el crédito de Eurobanco no es privilegiado no es un argumento válido para concluir la supuesta intención de dañar, porque el estado de insolvencia no significa necesariamente la disolución y liquidación de la misma y porque es razonable que, atendiendo a la situación de Grupo Pantel, el acreedor considere que por la vía judicial su cobro puede ser suspendido si posteriormente otra empresa inicia el procedimiento concursal. De asumirse el argumento de Grupo Pantel, podríamos llegar al sin sentido de afirmar que los acreedores no privilegiados que eligen la vía concursal siempre tienen intención de dañar la imagen de las empresas”.

Como ya lo había mencionado en otra sede, “salvo el error en el que se incurre al confundir imagen (semblanza física que solo corresponde a la persona natural y al concebido) con reputación (juicio de valor que el grupo u otra persona hace de un sujeto, que corresponde tanto a la persona natural como a la

jurídica y a los demás sujetos de derecho), comparto los criterios de esta Resolución que establece no una definición dogmática del abuso del derecho sino una serie de supuestos que lo caracterizan”¹.

Volviendo al caso que motiva este comentario, la Comisión de Reestructuración Patrimonial de la Oficina Descentralizada del INDECOPI en la Cámara de Comercio de Lima, mediante Resolución 2557-2000/CRP-ODI-CÁMARA, de fecha 10 de agosto de 2000, amparó este pedido. En efecto, siguiendo el precedente, analizó los criterios contenidos en la Resolución 104-96-TRI-SDC/INDECOPI. Respecto al **primer requisito**, el derecho de los acreedores a aprobar el acuerdo global, estaba formalmente reconocido en el artículo 36 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial. Ahora lo tenemos en el artículo 53 de la Ley General del Sistema Concursal, 27809, de fecha 5 de agosto de 2002. A propósito del **segundo requisito**, vale decir, que dicho ejercicio cause un perjuicio a un interés, ello queda evidenciado en la disminución de categoría de los deudores de la minoría al quedar clasificados en un grupo con menos oportunidades y ventajas. Al verificar el **tercer requisito**, es decir, que el interés vulnerado no esté regulado por una norma específica, se entiende que la única forma de tutela que se tiene es aquella de naturaleza genérica en materia administrativa contenida en los artículos 39 y 40 del Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial. En la actualidad, esta forma de tutela genérica la encontramos en el artículo 118 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal, cuando establece lo siguiente:

“El deudor o los acreedores que en conjunto representen créditos de cuando menos el 10% del monto total de los créditos reconocidos por la Comisión, podrán impugnar ante la misma, los acuerdos adoptados por la Junta dentro de los diez (10) días siguientes del acuerdo, sea por el incumplimiento de las formalidades legales, por inobservancia de las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, o porque el acuerdo constituye el ejercicio abusivo de un derecho. Asimismo, cualquier cuestionamiento sobre la convocatoria y reunión de la Junta de Acreedores deberá efectuarse mediante el procedimiento previsto para la impugnación de acuerdos”.

Nótese que, en buena cuenta, este requisito pone énfasis en una nota característica del ejercicio abusivo de derecho, que no es más que la de su función

residual. Es decir, si ya se cuenta en el ordenamiento jurídico con una medida específica para solucionar un conflicto, no cabría invocar este principio jurídico. A propósito del **cuarto requisito**, referido a que se desvirtúen los fines económicos y sociales por los que se reconoció el derecho, en contravención del principio de la buena fe, se señala que:

“(…) la normatividad concursal es un mecanismo tendente a reducir los costos de transacción en las situaciones de crisis de empresas, a fin de lograr que los acreedores adopten la decisión que consideren más adecuada respecto del destino de su deudora, ya sea su reestructuración en caso éstos la consideren una empresa viable o su salida ordenada del mercado de considerarla que es inviable, buscando proteger el derecho de los acreedores a recuperar sus créditos en la medida que la viabilidad y/o patrimonio de la empresa lo permitan”.

En principio, debe tenerse en consideración el legítimo interés que poseen las mayorías en su calidad de tales, de adoptar acuerdos que satisfagan sus expectativas, los que en muchos casos pueden afectar a los intereses de las minorías, quienes sin embargo, tienen una natural postergación precisamente por su menor participación en la Junta de Acreedores.

No obstante ello, a fin de verificar la existencia de abuso del derecho en el presente caso, se deberá analizar si el perjuicio sufrido por los recurrentes es o no un perjuicio válido y natural en decisiones adoptadas en sede concursal y si la conducta que lo genera afecta la finalidad económica y social por la que se reconoce el derecho de las mayorías a aprobar un acuerdo global.

En ese sentido, cabe señalar que el Texto Único Ordenado de la Ley de Reestructuración Patrimonial ha previsto limitaciones expresas a los acuerdos que pueda adoptar la Junta de Acreedores por considerar que de adoptarse decisiones contrarias a dichos límites se desvirtuarían los fines del mecanismo concursal. Dichas limitaciones están referidas a los requisitos que necesariamente deberá incorporar el Plan, a los acuerdos de capitalización y condonación, a la información que deberán poseer los acreedores previamente a la adopción de un acuerdo, entre otras.

Sin embargo, la norma no ha previsto limitaciones en el tratamiento que se le deba dar a la deuda concursal al momento de incorporarla al Plan de Reestructuración con relación al plazo en que ésta deberá ser necesariamente pagada. Es decir, la norma no limita la

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial”. Segunda edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 130.

posibilidad de que ciertos acreedores, por determinadas consideraciones, reciban un tratamiento diferenciado frente a otros acreedores y puedan obtener un recupero de sus créditos con anterioridad o ser beneficiados con tasas de interés mayores, por ejemplo.

Dicha falta de limitación tiene como finalidad permitir la negociación entre el insolvente y sus acreedores en ejercicio de su autonomía privada, con la finalidad de que se generen mutuos incentivos destinados a adoptar decisiones más eficientes que beneficien a los acreedores –principales perjudicados por la crisis de su deudor–, al propio deudor y al mercado en general.

Uno de dichos incentivos puede estar referido, por ejemplo, a promover el otorgamiento de créditos al deudor concursado obteniendo como contrapartida un pronto recupero de las obligaciones concursales y el pago de intereses con una tasa mayor a la de otros acreedores que no proporcionen crédito a la insolvente. Sostener lo contrario, es decir, que no se pueda dar un tratamiento diferenciado a los acreedores en atención a determinados parámetros objetivos como el señalado, desincentivaría –por ejemplo en este caso– el otorgamiento de líneas de crédito a deudores insolventes.

En el presente caso, deberá determinarse si la diferenciación efectuada en el acuerdo global aprobado ha sido realizada con base en algún criterio objetivo que la amerite, a fin de verificar que no se trata de un acuerdo discriminatorio que afecte los fines económicos y sociales del proceso concursal.

Tal como se ha señalado anteriormente, el Acuerdo Global establece que para la conformación del Grupo D se ha considerado la existencia de afectaciones específicas del patrimonio de Austral al pago de los créditos incorporados en dicho grupo, tomando en cuenta el tratamiento que les otorga la Ley a los acreedores que las posean en un escenario de disolución y liquidación. Por otro lado, en el Grupo E se han comprendido –entre otros créditos– a aquellos que no están respaldados por garantías reales constituidas sobre bienes del patrimonio de Austral, incorporándose a los acreedores que tienen a su favor afectaciones del patrimonio de Austral distintas de las garantías reales.

Como se puede apreciar, el criterio utilizado para conformar el Grupo E, es decir, la existencia de afectaciones específicas sobre el patrimonio de Austral y el tratamiento que se le otorga a dichos créditos en el caso de la disolución y liquidación de una empresa, le son también aplicables –al igual que a los créditos que cuentan con garantías reales– a aquellos acreedores que cuentan con medidas cautelares

trabadas a su favor, ya que dichas cargas son también afectaciones específicas sobre el patrimonio de Austral. Si bien jurídicamente la naturaleza de una garantía real es distinta de la de una medida cautelar, la norma concursal equipara ambas y les otorga el mismo tratamiento en el caso de una disolución y liquidación.

En ese sentido, la diferenciación efectuada en el Acuerdo Global no se basa en criterio objetivo alguno, ya que de acuerdo al análisis efectuado, no habría razón para no considerar en el Grupo D a aquellos acreedores que han obtenido medidas cautelares a favor de sus créditos, por lo que la exclusión de dichos acreedores del referido grupo configura un acuerdo discriminatorio que por su naturaleza de tal, desvirtúa la finalidad económico social del proceso concursal, al violar el principio de la *par conditio creditorum* que rige el proceso concursal, por el cual todos los acreedores concurren en igualdad de condiciones al proceso.

La igualdad de condiciones se encuentra circunscrita a las características de los créditos, sin embargo, es claro que créditos que poseen características similares no pueden tener un tratamiento diferenciado entre ellos, ya que se configuraría un acto discriminatorio al establecer diferenciaciones sin atenderse a razón objetiva alguna.

De otro lado, lo señalado por Austral en el sentido que los acreedores incluidos en el Grupo E que cuentan con medidas cautelares interpuestas en perjuicio de la empresa y contra su voluntad, no contaban con dichas medidas en agosto de 1999, mes en que empezaron las negociaciones de los términos de la refinanciación de las obligaciones, y que fueron ordenadas luego de que dichos acreedores se apartaran unilateralmente de las negociaciones, carece de fundamento ya que, además de que ello resultaba un riesgo natural de la negociación previa a la solicitud de acogimiento al proceso de concurso preventivo, en esta instancia se verifica la situación de los créditos a la fecha de publicación del acogimiento al proceso, fecha en la cual dichos acreedores sí contaban con medidas cautelares a su favor y representaban afectaciones sobre el patrimonio de Austral, que si bien se efectuaron en contra de la voluntad de la empresa, otorgan derechos similares a las garantías reales voluntarias. Es el caso del Banco Standard Chartered y de The Nassau Branch of BankBoston, acreedores que cuentan con medidas cautelares que han sido excluidos del Grupo D.

Con relación a la exclusión de BankBoston N.A., Sucursal del Perú, del Grupo D, se constata que dicho banco no cuenta con medida cautelar alguna, sino más bien con una garantía consistente en un *warrant*.

En ese sentido, el hecho de haber excluido al Banco Standard Chartered, a The Nassau Branch of

BankBoston y a BankBoston N.A., Sucursal del Perú, del Grupo D de acreedores y haberlos incluido en el Grupo E sin razón objetiva que pueda justificarlo, afecta la finalidad económico y social del proceso concursal, contraviniéndose así efectivamente el principio de la *pars conditio creditoris*". (El subrayado es mío.)

La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, mediante Resolución 0469-2000/TDC-INDECOPI, de fecha 06 de noviembre de 2000, confirmó esta decisión:

"(...) en el extremo que consideró que la clasificación como acreedores no garantizados a los Bancos Standard Chartered y The Nassau Branch of BankBoston N.A en el Acuerdo Global de Refinanciación de Austral Group S.A.A., a pesar de que contaban con afectaciones específicas sobre el patrimonio de la deudora, constituía un abuso de derecho por parte de la Junta de Acreedores. Ello en tanto, si bien existen diferencias en su naturaleza económica, la ley ha asimilado a ambas medidas, otorgándoles el mismo orden de preferencia, no existiendo, en ese sentido, margen legal para justificar la diferenciación alegada por la insolvente y el Banco Wiese Sudameris S.A.A. Adicionalmente, no se ha presentado elementos de juicio que acrediten una diferencia entre las garantías reales y las medidas cautelares que respaldaban los créditos de dichos acreedores que justifiquen la distinción efectuada en el Acuerdo".

En atención a ello, la Junta de Acreedores debió reunirse nuevamente a efectos de adecuar el acuerdo adoptado a lo dispuesto en estas resoluciones.

III. EL COMENTARIO

Una autorizada doctrina argentina² ha clasificado los criterios para caracterizar el ejercicio abusivo de los derechos de la siguiente forma:

a. Criterios subjetivos:

- i. El abuso de derecho se identifica con la intención de perjudicar (Josserand, en un primer momento; Markovitch y Charmont).

- ii. El abuso de derecho consiste en el ejercicio del derecho con culpa del titular (Colin, Capitant inicialmente, Demogue, Sourdat, Lalou, los Mazeaud y Salvat).
- iii. El abuso consiste en el ejercicio del derecho sin interés o utilidad (Bonnetcase, Ripert, Lafaille y Aguiar).

b. Criterios objetivos:

- i. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin económico y social del derecho (Saleilles, Díaz y Salas).
 - ii. El abuso consiste en el ejercicio contrario al fin de su institución (Porcherot y Josserand).
 - iii. El abuso se define por un ejercicio contrario a la moral y buenas costumbres (Savatier, R. Goldschmidt y Borda).
- c. Criterio mixto: que conjuga las distintas ideas para definir el abuso (Capitant).

En mi opinión, el abuso de derecho es un principio general del derecho que, como toda institución jurídica, atraviesa por dos momentos, uno fisiológico y el otro patológico. En el momento fisiológico, el abuso del derecho debe ser entendido, junto con la buena fe, como un límite intrínseco del mismo derecho subjetivo³ y ahí sí cabría su estudio dentro de la teoría general del derecho⁴. En cambio, en el momento patológico, el abuso del derecho se asimila, bien a los principios de la responsabilidad civil (cuando se produce un daño o hay amenaza del mismo) o bien a las reglas de la ineficacia (cuando nos encontramos frente a una pretensión procesal abusiva)⁵.

En atención a ello, comparto plenamente la opinión que sostiene que la función de este principio no debe agotarse solamente en la de ser una fuente de obligaciones (como inducirían las tesis subjetivistas señaladas)⁶. Las notas características adicionales que ha asimilado la Resolución 104-96-TRI-SDC/INDECOPI son correctas y se dirigen hacia una concepción de carácter objetivo del mismo. Es por ello que, aunque se considere al abuso de derecho como un factor de atribución, éste debe ser de naturaleza objetiva⁷, vale decir, que se tipifique independientemente de la

² LLAMBIAS, Jorge. "Tratado de Derecho Civil. Parte General, Tomo II, Personas Jurídicas, Bienes, Hechos y Actos Jurídicos". Duodécima edición, actualizada por RAFFO BENEGAS, Patricio. Buenos Aires: Perrot. 1986. p. 180.

³ RUIZ SERRAMALERA, Ricardo. "Derecho Civil. Parte General". Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 1980. p. 472.

⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. "Abuso de derecho". Buenos Aires: Astrea. 1992. p.163.

⁵ GAMBARO. "Nota a sentencia del Tribunal de Torino". 13 de junio de 1983. En: "Responsabilità civile e previdenza". Giuffrè. 1983. p. 824 y "Abuso del diritto, II) Diritto comparato e straniero". En: "Enciclopedia Giuridica". Roma: Istituto della Enciclopedia Giuridica fondata da Giovanni Treccani. 1988. p. 2.

⁶ LLAMBIAS, Jorge. Op. Cit. pp. 181-182.

⁷ Permitaseme remitir a ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Tercera edición corregida. Lima: Gaceta Jurídica. 2005. p. 129.

intención de dañar y si lo asimilamos solo a un *standard* de conducta, no se entendería por qué deba configurarse independientemente de la culpa. Creo que la ocasión de este comentario es propicia para insistir en qué supuestos no nos encontramos frente a un abuso de derecho:

i) No existe identidad conceptual entre el principio de abuso de derecho (que es de carácter jurídico) y el abuso de posición de dominio, que es una figura de naturaleza preminentemente económica (que tiene, obviamente, consecuencias jurídicas).

El abuso de derecho es una limitación intrínseca del derecho subjetivo que se configura con el conflicto entre éste y un legítimo interés. Para entender lo que es el abuso de posición de dominio, debemos describir de qué es lo que se abusa, esto es, la posición de dominio, la cual es definida en el artículo 4, del Decreto Legislativo 701, de fecha 5 de noviembre de 1991, de la siguiente manera:

“Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución”.

Hasta allí, la posición de dominio no está sancionada por ley. Sin embargo, sí el abuso de la misma. Así lo determina el primer párrafo del artículo 5 del texto que comento:

“Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener

beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio”⁸.

Con acierto, se observa que “el “actuar de manera indebida” debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir el derivado de una competencia leal y libre”⁹. Evidentemente, entre el abuso de derecho y el abuso de posición de dominio existen, como notas comunes, (aunque peque por decir lo evidente), el abuso y que, si se ocasionan daños por éste, surge la obligación a la reparación; pero debido a las diferencias ya anotadas, el órgano competente para conocer el abuso de la posición de dominio (por mandato de la ley, artículo 16 del Decreto Legislativo 25878) es la Comisión de Libre Competencia y, en segunda instancia administrativa, la Sala de la Defensa de la Competencia del INDECOPI y, recién podrá hacerse un cuestionamiento a nivel del Poder Judicial, agotada la vía administrativa.

Si analizamos de una manera detenida los supuestos específicos de abuso de posición de dominio (discriminación al contratar, discriminación de precios, métodos coercitivos, principalmente), nos damos cuenta que los mismos no encajan dentro de lo que conceptualmente se conoce como abuso de derecho. Son supuestos de colisión de derechos.

ii) Tampoco constituyen una forma de abuso de derecho las cláusulas vejatorias.

El abuso de derecho no es más que el conflicto entre un derecho subjetivo y un legítimo interés que se produce por el ejercicio irregular de un derecho o por la omisión irregular de su ejercicio (conforme lo podemos interpretar sistemáticamente de los artículos II del Título Preliminar y 1971 inciso 1 del Código Civil)¹⁰. Las cláusulas vejatorias (o abusivas) son aquellas predisuestas previamente por una de las partes, que generan una asimetría (en contraste con el principio de buena fe) en la economía de las obligaciones a las

⁸ En este artículo se agrega que: “Son casos de abuso de posición de dominio:

- a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
- b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta ex planta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas;
- e) El aprovechamiento de los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional, como en el internacional.
- f) Otros casos de efecto equivalente”.

⁹ BULLARD GONZALES, Alfredo. “Legislación antimonopólica y el mito del Muro de Berlín”. En: THEMIS-Revista de Derecho 30. Lima. 1994. p. 403.

¹⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Ejercicio abusivo del derecho”. En: “Código Civil Comentado”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica. 2003. pp. 24-31.

que se encuentran vinculadas contractualmente las partes, en desmedro de la parte que las acepta¹¹.

En el caso concreto, se sabe que si una persona jurídica se encuentra en un procedimiento reestructuración, los poderes de actuación de sus órganos se suspenden y pasan a los acreedores, los cuales, mediante las juntas, deciden el destino de la concursada (artículo 63 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal). En el caso del procedimiento concursal preventivo, los órganos mantienen el ejercicio de sus funciones; pero la intervención de los acreedores se da justamente a efectos de decidir el acuerdo global de refinanciación, dentro del cual se encuentra el cronograma de pagos. Evidentemente, al igual que en las juntas de accionistas, en las juntas de acreedores existen conflictos de intereses entre los mayoritarios y los minoritarios. La regla será siempre que prevalecerán los acuerdos de mayoría. Sin embargo, la minoría no se encuentra desprotegida. El ya mencionado artículo 118 inciso 1 de la Ley General del Sistema Concursal faculta tanto al deudor como a los acreedores que representen al menos el 10% de los créditos reconocidos para que impugnen dichos acuerdos debido al incumplimiento de las formalidades legales, inobservancia de las normas o el ejercicio abusivo de derecho. Ahora, no obstante el reconocimiento formal, resulta sumamente difícil para los acreedores minoritarios (y para el deudor) demostrar el abuso. Prueba de ello está en que son raros los casos en los cuales se ha amparado dicha pretensión.

Las resoluciones que son materia de este comentario y sancionan el hecho manifiesto que, abusando del poder de decisión de la mayoría, se incluyó desventajosamente a tres acreedores en un grupo que correspondía a aquellos que no contaban con garantías (no obstante las tenían), motivan las siguientes reflexiones:

- a. Se hace mención al “legítimo interés que poseen las mayorías para adoptar acuerdos que satisfagan sus expectativas”. En el proceso de votación debemos distinguir los siguientes momentos:
 - i) Cada accionista o acreedor (según sea el caso) detenta el derecho (situación jurídica de ventaja activa) a votar y el interés material que la mayoría sea coincidente con el mismo. Aquí no cabe la distinción entre mayoritario y minoritario.
 - ii) El hecho de encontrarse en una situación cuantitativamente superior (al detentar más

acciones o acreencias reconocidas) no genera impunidad respecto a la toma de decisiones que contravengan normas imperativas ni de que se configure un ejercicio abusivo del derecho.

- iii) Si dentro del acuerdo se configura un ejercicio regular de derecho no obstante se lesionen los legítimos intereses de la minoría, nos encontraremos frente al supuesto de un daño jurídicamente permitido (artículo 1971 inciso 1 Código Civil).
- b. ¿Cuál es el parámetro para determinar si el acuerdo de la mayoría constituye o no un ejercicio regular de un derecho? En la resolución de primera instancia se advierte, con razón, que el tratamiento diferenciado entre los acreedores no constituye *a priori* un ejercicio irregular de un derecho. El parámetro será determinar si nos encontramos frente a justificados criterios de diferenciación objetiva.
- c. El hecho de diferenciar los tipos de garantías, con la única finalidad de lesionar las situaciones jurídicas de dos acreedores minoritarios (los que contaban con medidas cautelares) revela que se está vulnerando el principio de la *par conditio creditorum*.

Es importante distinguir dos conceptos que suelen confundirse: igualdad y paridad de tratamiento. En efecto, “mientras la paridad de tratamiento se justifica siempre en base a la lógica de la justicia retributiva y de la *par conditio*, la igualdad constitucional tiende a realizar la paritaria dignidad social, removiendo los obstáculos que limitan la libertad de los ciudadanos para realizar la justicia social y distributiva”¹². El principio de la *par conditio creditorum* es una manifestación del principio de paridad de tratamiento, basado en el criterio simétrico del *do ut des*. En otras experiencias jurídicas, como la italiana, la doctrina es sumamente crítica con el uso indiferenciado y absoluto de este principio, llegando a sostener que su aplicación debe ser residual, mientras que la jurisprudencia admite una serie de excepciones¹³.

La reflexión final es la de constatar que, dado el carácter dinámico de este principio, resulta sumamente limitado plantear el estudio del abuso de derecho en abstracto. En efecto, dadas las particularidades de cada derecho del cual se podría abusar, este principio se va enriqueciendo y resulta ser una exigencia analizarlo dentro de lo que los *common lawyers* llaman *law in action*.

¹¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Las cláusulas vejatorias en los contratos estipulados unilateralmente”. En: LEÓN HILARIO, Leyser (compilador). “Estudios sobre el Contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil Italiano (1942-2002)”. Lima: ARA. 2003. p. 584.

¹² PERLINGIERI, Pietro. “Il diritto civile nella legalità costituzionale”. Napoli: ESI. 1991. p. 178.

¹³ ALPA, Guido. “I principi generali”. En: IUDICA, Giovanni y Paolo ZATTI. “Trattato di Diritto Privato”. Milano: Giuffrè. 1993. p. 407.

ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA Y COLUSIÓN TÁCITA: ¿INFRACCIONES SIN CONTENIDO REAL?*

Eduardo Quintana Sánchez**

¿En qué consisten el abuso de posición de dominio conjunta y la colusión tácita? ¿Son conceptos equivalentes? ¿Son sancionables dichas prácticas bajo el Decreto Legislativo 701? ¿En qué supuestos?

En este interesante y extenso artículo, el autor, a través del análisis de jurisprudencia nacional y de la Comunidad Europea, absuelve las inquietudes planteadas, entre otras. Creemos que el presente trabajo será de gran utilidad, tanto en el ámbito académico, como en la resolución de casos futuros que involucren estas materias.

* Agradezco los comentarios de Martha Martínez al presente trabajo, así como la colaboración de Lucía Villarán en la elaboración del mismo, en especial en la revisión de la jurisprudencia nacional y extranjera. Los errores que hubieran quedan de mi parte.

** Profesor de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de las políticas de competencia se ha asumido usualmente que los oligopolios conllevan un riesgo inherente de colusión entre empresas rivales. Ello parte de la idea tradicional de que a menor número de empresas menores costos de transacción para que se pongan de acuerdo en no competir. Esta presunción viene siendo discutida por corrientes económicas más recientes, derivadas de los conceptos de la teoría de juegos, que proponen que el oligopolio también puede generar resultados similares a los de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente.

Esas corrientes plantean que el comportamiento oligopólico sigue una lógica en que cada empresa maximiza su beneficio considerando cómo podrían actuar sus rivales, de manera que su comportamiento es interdependiente. Partiendo de tal premisa, algunos oligopolios no permiten que sus miembros entren en esquemas de colusión y producen resultados similares a los de competencia, esto es, que las empresas fijen precios menores. No obstante, también se reconoce que, en otros casos, el oligopolio puede ocasionar que los competidores actúen coordinadamente y produzcan resultados similares a los de situaciones de monopolio, es decir, que fijen precios por encima del nivel competitivo. Dentro de este segundo grupo, se distingue entre colusión explícita y lo que se ha venido a denominar colusión tácita.

La colusión explícita se produce cuando las empresas miembros de un oligopolio tienen comunicación o contacto efectivo entre ellas que les permita coordinar su comportamiento a fin de dejar de competir. En términos legales este comportamiento se califica como acuerdos o prácticas concertadas y se denomina genéricamente como carteles. La colusión tácita supone que las empresas pueden ajustar su comportamiento al de sus rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre ellas. Esto es posible debido a que las particulares condiciones del mercado en cuestión les permiten detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y, además, hacen creíble que se aplicarán medidas de represalia frente a cualquier desviación. En cuanto a la respuesta legal para este comportamiento, se argumenta que el mismo no debería ser sancionado, por ser la conducta racional y esperable en mercados de esa naturaleza.

En el ámbito jurídico existe un nutrido debate sobre las características de la colusión tácita, sus

consecuencias en el mercado y los eventuales remedios legales que podrían servir para hacerle frente. En la Comunidad Europea se ha discutido acaloradamente si las normas de control de conductas –prohibiciones de acuerdos y prácticas concertadas o de actos de abuso de posición de dominio– o las de control de concentraciones empresariales, son mecanismos idóneos para enfrentar la colusión tácita. En particular, se ha buscado lidiar con la colusión tácita a través del concepto de posición de dominio conjunta, partiendo del texto de las normas que señalan que una posición de dominio puede ser ostentada por una o más empresas en el mercado. En este punto, el debate se ha centrado en examinar la licitud de la colusión tácita –o de la posición de dominio conjunta– y, por ende, en definir si corresponde actuar *ex-post* bajo el supuesto de que es una infracción sancionable o, más bien, utilizar mecanismos de prevención.

En el Perú aún no se ha planteado esta discusión en el campo académico, pese a que existen interesantes pronunciamientos de las instancias correspondientes sobre la materia. Estos pronunciamientos reproducen en cierta medida parte del debate ocurrido en la Comunidad Europea. En particular, en lo referido al uso del concepto de posición de dominio conjunta como correlato de la colusión tácita y a la legalidad de esta figura, dado que la ley peruana también prohíbe los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas.

Este trabajo busca exponer las dificultades que la colusión tácita plantea para las políticas de competencia y luego discutir críticamente la forma más idónea de enfrentar los resultados que dicha figura puede ocasionar en el mercado. Para ello se describen brevemente las ideas económicas que explican el fenómeno de la colusión tácita. Luego, se analiza con detalle la evolución de la figura de la colusión tácita a la luz de la principal jurisprudencia que ha emitido la Comunidad Europea, poniendo especial énfasis en el desarrollo de su relación con el concepto de posición de dominio conjunta. Asimismo, se estudia las líneas argumentales de la jurisprudencia peruana en la materia, indicando sus semejanzas o diferencias con la experiencia europea, así como los riesgos derivados de asumir una posición errada al respecto. Finalmente, se plantean algunas consideraciones finales sobre los derroteros que podría seguir la figura de la colusión tácita y aquella del abuso de posición de dominio conjunta, evaluando si efectivamente constituyen infracciones a las normas de libre competencia.

2. EL PROBLEMA DEL OLIGOPOLIO Y LA COLUSIÓN TÁCITA¹

El análisis de políticas de competencia utiliza los modelos de competencia perfecta y de monopolio como paradigmas teóricos para comparar los resultados que arrojan las distintas estructuras de mercado existentes. Bajo la competencia perfecta las firmas son demasiado pequeñas para preocuparse por el poder relativo de sus rivales y saben que no pueden afectar el precio de mercado. El monopolio no enfrenta competencia, por lo que no tiene que preocuparse por los rivales.

Entre ambos paradigmas se encuentra el oligopolio, cuya característica básica es un número reducido de empresas que son mutuamente interdependientes en su actuar. Esta es la estructura de mercado más común en los hechos, pues en los mercados reales las empresas sí deben tener en cuenta las posibles decisiones de sus rivales al momento de definir su propia estrategia comercial, en tanto que deben adoptar simultáneamente sus decisiones de precios o cantidades a producir y son conscientes de que tales decisiones influirán en las que puedan adoptar sus competidores.

Tradicionalmente se ha considerado que cuanto más reducido es el número de empresas habrá menor competencia, y viceversa. En tal virtud, se asume que los oligopolios llevan consigo casi naturalmente el riesgo de colusión entre empresas rivales, ya que cuanto menos son éstas mayor posibilidad tienen de ponerse de acuerdo para no competir. Así, la colusión implica un comportamiento

coordinado entre los rivales, que es consecuencia de haber decidido no competir y de aprovechar el poder de mercado que logran como conjunto para fijar condiciones de venta iguales o muy similares, impidiendo que los clientes puedan elegir entre distintas alternativas. El resultado de este comportamiento es parecido al que arrojaría una situación de monopolio. Lo importante para efectos del presente artículo es que las políticas de competencia parten del supuesto de que los mercados con características de oligopolio ofrecen mayores oportunidades para tales prácticas, asumiendo que el menor número de empresas reduce los costos de transacción para que los competidores se pongan de acuerdo².

Sin embargo, el oligopolio también puede dar lugar a un resultado similar al de competencia, pese a que las empresas participantes en el mercado no se enfrenten activamente. En efecto, la teoría de juegos muestra que un oligopolio puede producir un resultado similar a aquel en que hay varias empresas compitiendo agresivamente en el mercado. Esto indica que no es correcto presumir que el resultado del oligopolio siempre será la colusión.

Basándose en el denominado equilibrio de Nash³, la teoría de juegos no cooperativos plantea el siguiente escenario bajo la lógica del "dilema del prisionero"⁴. Las empresas A y B, que conforman un oligopolio, deben decidir si fijan un precio alto o bajo. En la siguiente matriz de pagos se muestran los resultados que podrían arrojar sus decisiones, identificándose los beneficios que obtendrían o las pérdidas que sufrirían en cada caso según la decisión que adoptaran.

		Empresa B	
		precio alto	precio bajo
Empresa A	precio alto	15	40
	precio bajo	40	5

Equilibrio de Nash ("competencia")

¹ Esta sección se sustenta en los planteamientos de: BISHOP, Simon y Mike WALKER. "Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement". Londres: Sweet and Maxwell. 1999. pp. 22-27 y 79-86. BRIONES, Juan. "Oligopolistic Dominance: Is there a Common Approach in Different Jurisdictions? A review of Decisions Adopted by the Commission under the Merger Regulation". En: European Competition Law Review 6. 1995. pp. 342-347. IVALDI, Marc; JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SEABRIGHT, Paul y Jean TIROLE. "The Economics of Tacit Collusion. Final Report for DG Competition". European Commission. 2003. pp. 11-57. MOTTA, Massimo. "Competition Policy. Theory and Practice". Nueva York: Cambridge University Press. 2004. pp. 137-156. NIELS, Gunnar. "Collective Dominance: More than just Oligopolistic Interdependence". En: European Competition Law Review 5. 2001. pp. 168-172. PHILIPS, Louis. "Competition Policy: A Game-Theoretic Perspective". Glasgow: Cambridge University Press. 1995. pp. 1-20. STROUX, Sigfrid. "Is EC Oligopoly Control Outgrowing Its Infancy?". En: World Competition 23. 2000. pp. 7-13.

² Louis Philips plantea en los siguientes términos los supuestos usuales de las políticas de competencia: "(...) la presunción implícita parece ser que el único equilibrio oligopólico concebible es la colusión. Si los precios no se mueven, debe haber un equilibrio colusivo. Si los precios se mueven simultáneamente o casi simultáneamente, esto debe ser un movimiento de un equilibrio colusivo a otro. Si una empresa cambia su precio y las demás la siguen inmediatamente o casi inmediatamente, esto debe interpretarse como una reacción defensiva para mantener las cuotas de mercado acordadas. Consecuentemente, la competencia entre oligopolistas sólo es posible a través de (lo que los teóricos de los juegos llaman) hacer trampa. Por ello la trampa debe ser incentivada por todos los medios y el mejor incentivo es crear o mantener información imperfecta entre los competidores" (traducción libre). PHILIPS, Louis. Op. Cit. p. 10.

³ En términos muy simplificados, el equilibrio de Nash supone que cada empresa actúa en el mercado de modo que maximiza sus ganancias tomando como dado el comportamiento de las demás empresas, de modo que ninguna de ellas considera beneficioso actuar de otra manera, considerando la forma en que las otras se comportarán.

⁴ La concepción del dilema del prisionero parte de la idea de dos detenidos interrogados separadamente, que se encuentran ante la disyuntiva de confesar el crimen o guardar silencio, tomando en cuenta lo que el otro podría hacer. Si uno de ellos confiesa, estaría delatando al otro, mientras que si ambos guardan silencio podrían tener una opción de quedar libres si no hay otras pruebas que los incriminen. Este dilema se traslada al comportamiento de las empresas que conforman un oligopolio y a las decisiones que pudieran adoptar.

Tomando en cuenta los posibles resultados de la decisión individual de cada empresa, ambas deberían preferir el escenario en que las dos fijan un precio elevado frente a aquel en que establecen un precio bajo, pues en el primero las dos lograrían ganancias de 15 (cuadrante superior izquierdo). Pero si, por ejemplo, la empresa A fijara un precio elevado, la mejor alternativa para la empresa B no sería cobrar también un precio elevado, sino más bien fijar un precio bajo, pues así atraería mayor clientela y vendería más unidades, logrando una ganancia de 40, mientras que su rival no obtendría ganancias (cuadrante superior derecho). De igual forma, si la empresa B fijara un precio elevado, la empresa A podría establecer un precio más bajo, para ganar 40 y dejar a su competidora sin ganancia alguna (cuadrante inferior izquierdo). Si ambas empresas saben que si fijan un precio elevado su competidor fijará un precio bajo para llevarse todas las ganancias, buscarán fijar un precio bajo, de manera que al final ambas obtengan al menos una ganancia de 5 cada una (cuadrante inferior derecho).

El ejercicio anterior explica la interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio y muestra que pese a que las empresas preferirían cobrar un precio elevado, la incertidumbre de que una de ellas no fije su precio en ese nivel las lleva a cobrar un precio bajo para evitar el riesgo de quedarse sin ganancias. De esta forma, un oligopolio puede dar lugar a los mismos resultados que se producirían bajo una situación de competencia agresiva entre un gran número de empresas rivales, aun cuando los miembros del oligopolio no parezcan competir activamente. Así, no competir agresivamente deja de ser consecuencia de una estrategia colusiva y se convierte en parte de una lógica en que cada empresa maximiza su beneficio considerando cómo podrían actuar sus rivales.

Conforme a lo señalado hasta este momento, debe concluirse que lo más relevante al aplicar las políticas de competencia no es dar por sentado que un oligopolio produce siempre colusión entre los competidores, sino más bien comprender que solamente bajo determinadas circunstancias la interdependencia propia de una situación de oligopolio facilita la existencia de comportamientos colusivos.

2.1. Colusión explícita y colusión tácita

Los tres principales elementos para hacer sostenible y creíble un esquema de colusión entre competidores, son que estos últimos: (i) tengan acceso a información sobre las condiciones de venta que aplicarán los demás (cantidades, precios, etcétera); (ii) puedan determinar si dichas condiciones de venta se aplicaron efectivamente en los hechos; y (iii) cuenten con algún mecanismo de “sanción” frente a aquellos que pretenden desviarse del comportamiento pactado o esperado⁵.

Los dos primeros elementos permiten que los participantes decidan su estrategia comercial acorde con lo pactado o esperado, e identifiquen si alguno de ellos “hace trampa” aplicando condiciones distintas. El tercer elemento sirve como amenaza para que todos respeten las condiciones pactadas o las que se esperaba que apliquen, garantizándose así que las mismas den resultados beneficiosos para todos⁶.

Si las empresas pueden crear las condiciones para que el flujo de información sea el adecuado y exista la referida amenaza, la probabilidad de que el oligopolio genere comportamientos anticompetitivos es mayor, pues la colusión resulta sostenible. Por esta razón, las políticas de competencia persiguen y sancionan los acuerdos, las concertaciones o en general los carteles de competidores –como se les conoce en términos legales– pues a través de estos mecanismos las empresas intercambian información relevante sobre las condiciones de venta, coordinan su comportamiento, e identifican a quienes no cumplen lo pactado, diseñando además mecanismos de represalia contra estos últimos.

Este **comportamiento oligopólico cooperativo** entre competidores, a través de mecanismos de intercambio de información y organización de actividades, se conoce en términos económicos como **colusión explícita**, en tanto supone comunicación o contacto efectivo entre los participantes.

Ahora bien, al momento de explicar los resultados del oligopolio bajo la lógica del dilema del prisionero se

⁵ Los acuerdos entre competidores generan incentivos para que sus miembros se desvíen de lo pactado, debido a que hacer trampa siempre sería una opción atractiva. Considérese, por ejemplo, que en una industria compiten cuatro empresas, el precio se fija en \$/. 6,00 y la producción total es de 18.000 unidades. Las empresas acuerdan que cada una producirá solamente 3.500 unidades –pese a que tienen capacidad instalada para producir más– de modo que restringirán la oferta en 4.000 unidades para fijar un precio de \$/. 10,00 por unidad. Si una de ellas hace trampa y veladamente ofrece un precio de \$/. 8,00 incrementaría notoriamente su nivel de ventas a costa de las demás empresas. Supóngase que dicha empresa llega a vender 12.000 unidades: 3.500 que le correspondían según el acuerdo; 6.500 que compraron los clientes de los otros miembros del acuerdo, atraídos por el menor precio; y 2.000 que compraron algunos de los clientes que habrían dejado de ser atendidos como consecuencia de la supuesta reducción de la oferta en 4.000 unidades. De este modo, la empresa que incumplió el acuerdo tendría ingresos de \$/. 96.000 mientras que bajo el acuerdo solamente hubiera recibido \$/. 35.000. De otro lado, las otras tres empresas que cumplieron estrictamente lo pactado, produciendo únicamente 3.500 unidades cada una y ofreciéndolas a \$/. 10,00, solamente llegarían a vender 4.000 unidades, perdiendo más del 60% de los ingresos que les habría correspondido según el acuerdo y quedándose con un stock de 6.500 unidades.

⁶ Si no existe forma de identificar quién incumple lo pactado ni se cuenta con un mecanismo creíble de castigo, la posibilidad de éxito de cualquier acuerdo se diluye, pues los incentivos para hacer trampa y los beneficios esperados de incumplir siempre serán mayores que el riesgo de ser detectado y sancionado. Por ello, los mecanismos de represalia deben constituir una amenaza suficiente para disuadir a aquellos miembros que podrían verse tentados a hacer trampa. Así, por ejemplo, bajo un esquema de colusión por el que las empresas se reparten el mercado geográficamente o por clientes, de modo que ninguna entra en la zona o en el segmento de las otras, el riesgo de que todas entren a competir solamente en la zona o el segmento de aquel que incumplió con la asignación pactada, puede resultar un mecanismo de represalia muy convincente y disuasivo.

señaló que lo óptimo para las empresas sería cobrar ambas un precio elevado, para así obtener mayores ganancias, pero que debido a los incentivos de ofrecer precios menores y al riesgo de que solo una de ellas lo haga, las dos terminan fijando un precio menor. La interrogante es entonces si existe la posibilidad de que las empresas terminen fijando un precio elevado (cuadrante superior izquierdo de la matriz de pagos) sin comunicación o contacto efectivo entre ellas, es decir, sin incurrir en una situación de colusión explícita.

La respuesta es afirmativa. En efecto, el ejercicio con la matriz de pagos antes mencionada considera que la toma de decisiones se da una sola vez, como si las empresas solo se enfrentaran una vez en el mercado y únicamente en ese momento definirían su estrategia de precios. Sin embargo, en los hechos, las empresas se encuentran repetidamente en el mercado y cada vez deben adoptar esas decisiones. Así, consecutivamente pueden ocurrir desvíos, su castigo y, luego, el perdón, de manera que aquel que se desvía sufre el castigo de los otros oligopolistas y luego estos tienen la opción de perdonarlo y tratar de volver al arreglo implícito que se incumplió.

Para que lo anterior pueda suceder, se requiere que la estructura y características del mercado en cuestión permitan la presencia de los tres elementos antes señalados, sin que haya comunicación o contacto efectivo entre las empresas. Esto es, que los flujos de información sean suficientes para anticipar el comportamiento del rival y para identificar si se comportó según lo esperado, y que exista la amenaza de represalia para los que pretendan desviarse del comportamiento esperado, sin necesidad de que las empresas se pongan de acuerdo para ello.

Recuérdese que el oligopolio crea interdependencia entre sus miembros y si estos pueden anticipar con suficiente grado de certeza cuál será el comportamiento de sus rivales y, además, pueden verificar si finalmente su comportamiento fue el esperado, la probabilidad de que fijen precios más elevados sin comunicarse directamente se incrementa. Esto sucede cuando el mercado presenta gran transparencia en cuanto a flujos de información sobre las condiciones de venta aplicadas.

No obstante, aun bajo tal supuesto, las empresas tendrían incentivos para “hacer trampa” y desviarse del comportamiento esperado por sus rivales, fijando un precio distinto al esperado. Por ello, también se requeriría que puedan adoptarse medidas de represalia contra cualquiera que actúe en forma distinta a la pronosticada, de modo que todas sean concientes de que desviarse resultaría bastante costoso. Para que el mecanismo de represalia sea creíble, sin necesidad de que haya contacto o comunicación entre las empresas, es necesario que se sustente en mecanismos de mercado, esto es, por ejemplo, que exista la posibilidad de iniciar una guerra de precios dirigida contra el que decide “hacer trampa”. Identificar si tal mecanismo de sanción es viable resulta complejo, pues su utilización también afectaría las ganancias de quien lo aplica, por lo cual, tendría que estar dispuesto a recurrir a tal herramienta.

Un ejemplo que se menciona sobre el particular es el de dos estaciones de servicio y venta de combustibles (denominadas en este medio como “grifos”), que se encuentran ubicadas a poca distancia –por ejemplo, una frente a otra en una doble vía–, que venden combustibles de características homogéneas, tienen capacidad instalada disponible similar y no enfrentan la posibilidad de ingreso de competidores adicionales en esa zona. Adicionalmente, se encuentra que tales grifos cuentan con una suerte de monopolio geográfico en cierto número de cuadras a la redonda, por lo que, la competencia en el área correspondiente se limita a ambos. Asimismo, se tiene que, por disposición legal, los grifos deben publicar en lugares visibles los precios que cobran y actualizarlos inmediatamente ante cualquier modificación.

Bajo tal escenario, el mercado tendría condiciones que limitarían la posibilidad de competencia potencial y, además, presentaría fluidez de información, lo cual permitiría que cada grifo anticipe los precios de su rival y luego verifique si los aplicó efectivamente. Además, ambos grifos podrían reducir casi inmediatamente sus precios frente a cambios en el comportamiento esperado de su rival, con lo que la amenaza de sanción (inminencia de una guerra de precios) resultaría bastante creíble. En consecuencia, la probabilidad de que ambos grifos ajusten sus precios llevándolos hacia lo más óptimo para ambos, es decir, que fijen un precio alto, se incrementaría considerablemente.

		Empresa B	
		precio alto	precio bajo
Empresa A	precio alto	15	40
	precio bajo	40	5

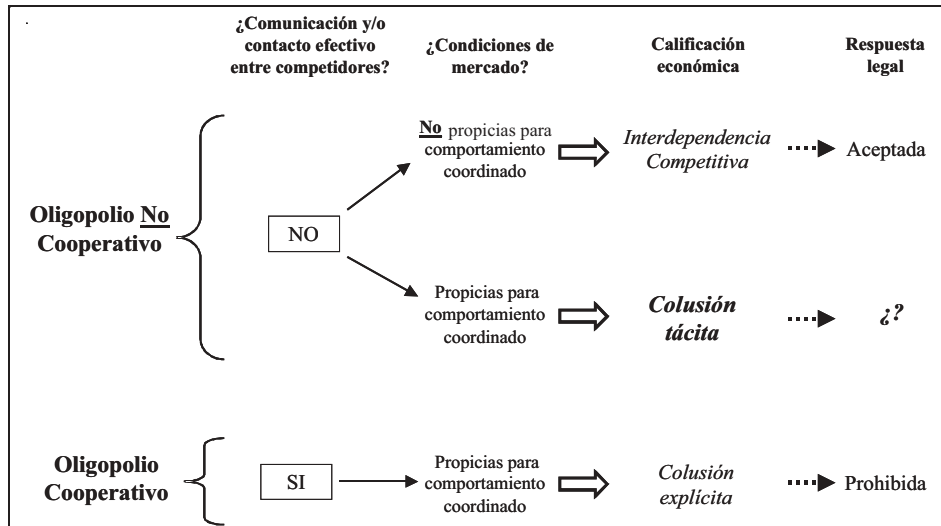
Colusión tacita

En virtud de lo anterior, cuando las empresas pueden ajustar su comportamiento al de los rivales sin necesidad de contacto ni comunicación directa entre ellas, se habla de un **comportamiento oligopólico no cooperativo** que produce la denominada **colusión tácita**. A diferencia de la colusión explícita, la colusión tácita se sustenta únicamente en que el mercado por sí mismo permite detectar oportunamente la desviación del comportamiento esperado y hace creíble que se aplicarán medidas de castigo frente a cualquier desviación.

Aceptando que los oligopolios no cooperativos pueden dar lugar a colusión tácita, la interrogante que queda es cómo escogen los miembros del oligopolio el precio elevado que les conviene. La ausencia de comunicación o contacto entre ellos hace más complicada la coordinación de comportamientos para elegir el precio a cobrar. En efecto, utilizar las señales de mercado para indicar la intención de coordinar un precio colusivo no solo puede ser complicado, sino también costoso.

Por ejemplo, si una empresa decide que el precio de colusión debe ser mayor y eleva el suyo como señal, puede perder mercado en el período de adaptación hasta que el rival también incremente su precio. De otro lado, si una empresa considera que el precio de colusión debe ser un poco menor y reduce el suyo, el rival puede considerarlo como una desviación y aplicarle el mecanismo de sanción, originándose así una guerra de precios.

En consecuencia, si bien la colusión tácita es un resultado probable del oligopolio cuando el mercado en cuestión presenta las características propicias para el desarrollo de dicho comportamiento, debe tenerse debida cuenta de que alcanzarla implica un proceso complejo y costoso. En el siguiente cuadro se clasifican los resultados del comportamiento oligopólico, según la conducta de los competidores, las características del mercado y la respuesta legal que correspondería:



2.2. Características de mercado propicias para la colusión tácita

Como se ha señalado, la colusión tácita es sostenible debido a que las propias características del mercado permiten que, sin necesidad de comunicación o contacto, las empresas ajusten su comportamiento al de sus rivales, dando un resultado similar al de los acuerdos o concertaciones entre competidores. Sin embargo, no todos los mercados donde existe un oligopolio y, por tanto, donde las empresas son interdependientes entre sí, resultan propicios para que se produzca un resultado de colusión tácita. Según se ha explicado previamente, el resultado del oligopolio también podría ser uno similar al de competencia, si las empresas fijan precios bajos ante la incertidumbre acerca de cómo actuará el competidor.

Así las cosas, la estabilidad de un esquema de colusión tácita depende de los beneficios de ajustar mutuamente el comportamiento frente a los beneficios de desviarse del comportamiento esperado. Si el engaño puede descubrirse fácilmente y se cuenta con la posibilidad de aplicar medidas de represalia, los incentivos para la colusión son mayores y viceversa.

Por ello, corresponde definir cuáles son los factores que llevan a que determinados mercados sean más propicios que otros para sostener un esquema de colusión tácita. A continuación se detallan sucintamente los principales elementos que facilitan la colusión tácita.

2.2.1. Factores estructurales del mercado

Las características estructurales del mercado pueden ser más o menos propicias para que se produzca una

colusión tácita. Son diversos los factores que inciden en ello, como por ejemplo:

- Barreras de acceso al mercado. Si el resultado de la colusión tácita es que se eleven los precios, esta situación podría atraer a nuevos agentes que advierten la posibilidad de beneficiarse ofreciendo precios menores en el mercado en cuestión, lo cual podría poner en riesgo el esquema de colusión. Por ello, si es difícil que ingresen nuevos actores al mercado por las barreras de acceso existentes, los participantes en la colusión tendrán mayor garantía de que no habrán rivales que perturben el arreglo implícito al que se ha llegado.
- Concentración del mercado y simetría entre las empresas. Si el mercado se encuentra concentrado y las empresas son simétricas en términos de capacidad de producción, costos, variedad de productos y cuotas de mercado, habrá mayor probabilidad de coordinación entre ellas.
- Naturaleza del producto y estabilidad del mercado. Si el producto es homogéneo (es decir, no existen muchos elementos de diferenciación, tales como marcas u otros, que generen fidelidad del cliente) y se trata de un mercado maduro en que no hay mucho lugar para mayores desarrollos o innovación constante, los incentivos para que los agentes compitan se reducen y ello permite que las empresas ajusten su comportamiento entre sí.
- Poder de los compradores. Los compradores de gran importancia pueden hacer uso de su poder de negociación para promover competencia entre las empresas, por ejemplo, concentrando sus compras en una sola de ellas de modo que las otras traten de ganar su preferencia. Inclusive, ese tipo de compradores puede tentar a alguna de las empresas a integrarse con ellos si es que prevén que éstas pueden entrar en un esquema de colusión tácita. En tal sentido, es más probable que la colusión tácita pueda mantenerse si los compradores no son poderosos.

Se mencionan también algunas características adicionales, tales como el nivel de crecimiento de la demanda o las fluctuaciones y ciclos de negocio, pero su incidencia sobre la probabilidad de implementación de un esquema de colusión tácita se encuentra en debate.

2.2.2. Transparencia de precios e información

Cuando las transacciones en el mercado se realizan de modo que no se hacen públicos los términos de

contratación o las negociaciones previas, las empresas pueden modificar su comportamiento sin que sus rivales lo adviertan muy fácilmente. Por ejemplo, pueden decidir un incremento de la producción frente a los requerimientos de un cliente de importancia o el otorgamiento de descuentos frente a pedidos por mayor volumen de lo esperado. Así, cuanto menos observables sean las condiciones de venta aplicadas por las empresas, más difícil es que las empresas ajusten su comportamiento al de las demás sin contacto o comunicación directa entre ellas.

Por tal motivo, entre los principales elementos que posibilitan la colusión tácita se encuentra la transparencia del mercado, que permite inferir a los participantes cuál será el comportamiento de sus rivales. Si la observación del mercado y su evolución permite identificar el comportamiento de los agentes y monitorear si tiene cambios bruscos o inesperados, es más fácil que las empresas ajusten su comportamiento entre ellas y lleguen a un arreglo implícito. La existencia de flujos de información adecuados sobre precios, volúmenes de venta, tendencias del mercado, etcétera, permite definir a cada actor, por ejemplo, si mantiene los precios vigentes o si introduce alguna modificación en los mismos para mantener el equilibrio con los demás participantes. Asimismo, esa información permite detectar si alguno de los participantes está actuando fuera de lo esperado, a fin de aplicar a tiempo las medidas de represalia correspondientes.

La transparencia no supone únicamente que las condiciones comerciales aplicadas sean observables por los competidores, sino que lo sean con suficiente detalle y oportunamente, a efectos de que cada uno de ellos adopte las decisiones correctas sobre el precio a cobrar o las cantidades a producir. El nivel de desagregación es relevante en la medida que permite evaluar mejor las tendencias del mercado y las condiciones aplicadas por el competidor en cada transacción. Así, por ejemplo, es bastante más complicado identificar el precio unitario de venta de los demás competidores si la única información que fluye está consolidada y agrupada en rubros muy amplios. De otro lado, el momento en que se accede a la información en referencia podría resultar decisivo para que un esquema de colusión tácita funcione. Si usualmente la información se obtiene con retraso, el ajuste mutuo del comportamiento de las empresas podría fracasar⁷.

Finalmente, debe señalarse que aun si existiese suficiente transparencia en el mercado, las condiciones estructurales del mismo podrían no ser propicias para

⁷ Considérese, por ejemplo, la información que suelen publicar las asociaciones de comercio sobre precios, cantidades producidas, niveles de capacidad y otros aspectos de la industria. Aún cuando dicha información tenga el detalle suficiente, si existe un retraso considerable entre la publicación y el momento efectivo en que se realizaron las transacciones a las que dicha información se refiere, ésta podría dejar de ser útil para sostener un esquema de colusión tácita.

que las empresas acomoden implícitamente su accionar y, más bien, generen incertidumbre sobre la evolución del mercado impulsándolas así a competir.

3. CONTROL DEL COMPORTAMIENTO OLIGOPÓLICO Y DE LA POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA EN LA COMUNIDAD EUROPEA

Como se sabe, las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Europea tuvieron su primer y más amplio desarrollo con el denominado control de conductas, incluyendo tanto la prohibición de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores (artículo 81 del Tratado de Roma), como la prohibición de actos de abuso de posición de dominio (artículo 82 del Tratado de Roma). Más adelante, en particular desde 1989, también se incursionó en el campo del control de estructuras, es decir, de la autorización previa de fusiones y adquisiciones de empresas (Reglamento (CE) 139/2004, sobre control de las concentraciones entre empresas, que sustituyó el Reglamento (CEE) 4064/89, modificado por el Reglamento (CE) 1310/97).

El tema de la colusión tácita ha sido considerado en los tres ámbitos de las normas de defensa de la competencia comunitarias antes mencionados, evaluándose y discutiéndose con gran interés si dichas normas constituyen mecanismos idóneos y efectivos para enfrentar los resultados del comportamiento oligopólico no cooperativo. Más aún, en los últimos años ha concitado un importante debate definir en qué medida el concepto de posición de dominio conjunta o colectiva permite enfrentar la colusión tácita. Dicho concepto ha sido utilizado con distintos niveles de éxito tanto al aplicar la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, como para el control de concentraciones empresariales. A continuación se presenta a grandes rasgos la evolución del tema en cada ámbito.

3.1. Prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores (artículo 81)

El primer ámbito en que la Comunidad Europea debatió la aplicación de las normas de libre competencia frente al comportamiento oligopólico no cooperativo o colusión tácita fue el de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas prevista por el artículo 81 del Tratado de Roma (previamente artículo 85)⁸.

Como ya se ha señalado, la colusión tácita parte del supuesto de que los competidores asumen una línea común de acción sin que exista comunicación o contacto efectivo entre ellos. En términos legales, y particularmente en materia de prueba de acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, el comportamiento similar entre las empresas del mercado, ya sea en cuanto al establecimiento de precios u otras condiciones así como a la modificación de las mismas en el tiempo, suele denominarse paralelismo de conductas. La interrogante era entonces si el paralelismo de conductas –entendido como colusión tácita– podía considerarse prueba suficiente para identificar, y eventualmente sancionar, una práctica concertada.

3.1.1. Dyestuffs

El primer caso de importancia en que se trató esta materia fue el cartel de los colorantes (conocido como el caso *Dyestuffs*). La Comisión Europea sancionó por concertación a diez empresas productoras de tinte de anilino que habían venido elevando consecutiva y uniformemente sus precios hasta en tres oportunidades en distintos países de la Comunidad Europea. El Tribunal Europeo de Justicia confirmó esta decisión considerando que el número de productores indicaba que no se trataba de un mercado oligopólico, por lo que era de esperar que hubiera competencia en el mercado. Por ello, resultaba inexplicable que todos los productores hubieran incrementado sus precios en un período de solo dos o tres días, sin que ello fuera consecuencia de una concertación previa. Más aún, cuando el anuncio anticipado de los incrementos eliminaba la incertidumbre entre los competidores acerca del precio que se aplicaría en el futuro⁹.

Autores como Rene Joliet y Valentine Korah sugirieron en aquella época que la interpretación del Tribunal sobre el concepto de práctica concertada resultaba tan amplia que podría abarcar inclusive el simple paralelismo de conductas. Sin embargo, no debe olvidarse que la Comisión encontró evidencia relevante sobre contacto directo e indirecto entre las partes. Existía una inexplicable similitud e incluso igualdad en el texto (frases idénticas) de las órdenes de venta de los productores, pese a haber sido enviadas a diferentes países, en el mismo día y hasta a la misma hora. Asimismo, se contaba con registros de reuniones entre los productores, donde se discutían no solo los precios

⁸ Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957. (En adelante, el “Tratado de Roma”). **Artículo 81.** “Se encuentran prohibidos y son incompatibles con el mercado común todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados Miembros y que tengan como objetivo o efecto la prevención, restricción o distorsión de la competencia dentro del mercado común. En particular aquellas que: a) fijen directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones; b) limiten o controlen la producción, los mercados, el progreso técnico o la inversión; c) repartan mercados o fuentes de suministro; (...)”.

⁹ *ICI versus Commission*. Casos 48, 49, 51-57/69. 1972.

a aplicar, sino también las fechas en que se pretendían anunciar los incrementos¹⁰.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Europeo de Justicia señaló que “el comportamiento paralelo no debería identificarse por sí mismo como una práctica concertada”, aunque el mismo podría ofrecer “una fuerte evidencia de tal práctica si lleva a condiciones de competencia que no corresponden a las condiciones normales del mercado, considerando la naturaleza de los productos, el tamaño y número de empresas, y el volumen del mercado en cuestión” (traducción libre)¹¹.

En casos posteriores, el Tribunal Europeo de Justicia señaló que en ausencia de pruebas sobre contacto directo o indirecto entre los competidores, estos podían adaptar su conducta como una respuesta inteligente frente al comportamiento de sus rivales, sin que ello fuera una infracción al artículo 81 del Tratado de Roma¹². Con esto, se admitía la validez del denominado comportamiento “líder-seguidor”, pues el Tribunal aceptaba que en determinados mercados podía existir una suerte de liderazgo “barométrico” en la aplicación de precios.

3.1.2. Wood Pulp

No obstante, el caso del cartel de la pulpa de madera (conocido como el caso *Wood Pulp*) es el que sentó el precedente más importante en esta materia. La Comisión Europea concluyó que 43 productores de sulfato de pulpa de madera de Canadá, Estados Unidos y Finlandia habían incurrido en concertación de precios. Según la Comisión, el mercado no era oligopólico pues habían muchas empresas y la transparencia existente había sido creada artificialmente por las ellas a través de una política de intercambio de información basada en el anuncio de precios por adelantado.

El Tribunal Europeo de Justicia encargó la elaboración de dos informes a expertos economistas, para que analizaran el mercado de pulpa de madera y la evidencia encontrada por la Comisión. Sustentándose en dichos informes, el Tribunal revocó la mayor parte de la decisión antes mencionada.

Según el Tribunal, la política de anuncio trimestral de los precios no eliminaba la incertidumbre entre los productores sobre los precios que efectivamente aplicarían sus rivales y, de otro lado, existían

explicaciones alternativas para el paralelismo encontrado en el anuncio de precios. En cuanto a la transparencia del mercado, se determinó que la información se encontraba disponible sin mayor restricción porque los mismos compradores se comunicaban entre ellos los precios existentes y, además, algunos agentes de venta actuaban en nombre de varios productores por lo que contaban con los precios de todos ellos y podían compararlos. Asimismo, se concluyó que, pese al número de empresas involucradas, el mercado sí presentaba características de un oligopolio. La argumentación del Tribunal fue la siguiente:

“70. Dado que la Comisión no cuenta con documentos que permitan concluir directamente la existencia de una concertación entre los productores en cuestión, es necesario examinar si el sistema de anuncio trimestral de precios, la simultaneidad o casi simultaneidad de los anuncios de precios y el paralelismo de anuncios de precios hallados desde 1975 hasta 1985 constituye evidencia firme, precisa y consistente de una concertación previa.

71. Al definir el valor probatorio de tales factores debe tenerse en cuenta que el paralelismo de conductas no puede considerarse como prueba suficiente de concertación, a menos que ésta constituya la única explicación posible para aquella conducta. Es necesario tener en mente que si bien el Artículo [81] (...) prohíbe cualquier forma de colusión que distorsione la competencia, ello no priva a los operadores económicos del derecho de adaptarse inteligentemente a la conducta existente y anticipada de sus competidores.

(...)

126. Siguiendo ese análisis, debe señalarse que, en este caso, la concertación no es la única explicación posible para la conducta paralela. Para empezar, el sistema de anuncio de precios puede entenderse como una respuesta racional frente al hecho de que el mercado de pulpa constituye un mercado de largo plazo y a la necesidad de limitar los riesgos comerciales tanto para los compradores como para los vendedores. Adicionalmente, la similitud de las fechas de anuncios de precios puede ser el resultado del alto grado de transparencia del mercado, el mismo que no puede describirse como artificial. Finalmente, el paralelismo de precios y de tendencias de precios puede ser satisfactoriamente explicado por las tendencias

¹⁰ Autores citados y luego refutados por JONES, Alison y Brenda SUFRIN. “EC Competition Law: Text, Cases and Materials”. Gran Bretaña: Oxford University Press. 2004. pp. 819-820.

¹¹ *ICI versus Commission*. Casos 48, 49, 51-57/69. 1972. Párrafo 66.

¹² *Suiker Unie UA versus Commission*. Casos 40-48, 50, 54-56, 111 y 113-114/73. 1975. Párrafo 174. *Zuchner versus Bayerische Vereinsbank*. Caso 172/80. 1981. Párrafo 14.

oligopólicas del mercado y por las circunstancias específicas prevalecientes en ciertos períodos. Consecuentemente, el paralelismo de conductas encontrado por la Comisión no constituye evidencia de concertación" (traducción libre)¹³.

Como se advierte, esta sentencia redujo casi totalmente la posibilidad de que el mero paralelismo de conductas –o la colusión tácita– constituya prueba suficiente de una práctica concertada, requiriéndose siempre algún tipo de intercambio de información entre las empresas o, al menos, reciprocidad en la comunicación de condiciones de venta entre ellas¹⁴.

Cabe mencionar que el Tribunal Europeo de Justicia dejó abierta la posibilidad de que el paralelismo de conductas constituyera prueba de una práctica concertada en aquellos casos en que no hubiera explicación alternativa plausible para ese comportamiento, salvo la existencia de una concertación previa. No obstante, siendo la regla en la Comunidad Europea que las empresas pueden adaptar inteligentemente su comportamiento en función al de sus rivales si pueden anticipar oportunamente cuál será su conducta, parece muy poco probable que la única explicación del paralelismo pueda ser una concertación¹⁵. En todo caso, si se pretendiera sostener que existe una concertación basándose únicamente en evidencia económica relacionada con el paralelismo de conductas, la carga de la prueba resultaría sumamente elevada y recaería en la autoridad de defensa de la competencia¹⁶.

De esta manera, existe ya un consenso bastante generalizado respecto de la imposibilidad de enfrentar la colusión tácita –o los mercados cuyas condiciones son propicias para ese tipo de comportamiento oligopólico– a través del artículo 81 del Tratado de Roma. Más aún, la jurisprudencia nacida de la aplicación de dicha norma señala reiteradamente que las empresas tienen el derecho de ajustar su comportamiento al de sus rivales si es que cuentan con los elementos suficientes para anticipar su conducta; esto es, si independientemente, sin comunicación ni contacto efectivo entre ellas, pueden pronosticar la tendencia del mercado.

3.2. Prohibición de actos de abuso de posición de dominio conjunta (artículo 82)

Un segundo ámbito en que se ha estudiado si corresponde aplicar las normas de libre competencia comunitarias para enfrentar la colusión tácita ha sido aquel correspondiente a la prohibición de actos de abuso de posición de dominio contemplada por el artículo 82 del Tratado de Roma (previamente artículo 86)¹⁷.

De acuerdo con la referida norma, la posición de dominio puede ser ostentada por una o por más empresas. Lo usual es encontrar actos de abuso de posiciones de dominio individuales, por lo que, la duda era si dicha prohibición también era aplicable a empresas que conjuntamente podían tener una posición de dominio como consecuencia, por ejemplo, de conformar un oligopolio. Dentro de esta línea de razonamiento, pasó a debatirse si la prohibición del abuso de posición de dominio conjunta podía ser utilizada para impedir la colusión tácita.

En una primera etapa del debate, el concepto de posición de dominio conjunta giraba en torno a la doctrina de la entidad económica única, es decir, a la idea de empresas formal y legalmente separadas pero conformantes de un mismo grupo económico. Bajo esta concepción restringida, la posición de dominio conjunta no era más que un grupo de empresas sujetas a la misma voluntad empresarial y, por ende, no independientes unas de otras. En consecuencia, se asumía que el grupo era responsable por la actuación individual –es decir el abuso– de cada una de las empresas que lo conformaban.

Sin embargo, posteriormente, fue una concepción más amplia la que prevaleció. Según ella, empresas competidoras independientes, tanto legal como económicamente, podían configurar una posición de dominio conjunta¹⁸.

3.2.1. Italian Flat Glass

El caso en que se deja de lado la concepción restringida antes mencionada y se opta por una visión más amplia

¹³ *Ahlstrom OY and others versus Commission*. Casos C 89, 104, 114, 116-117 y 125-129/85. 1993. Párrafos 70, 71 y 126.

¹⁴ JONES, Alison. "Wood Pulp: Concerted Practice and/or Conscious Parallelism". En: *European Competition Law Review* 14. 1993. RODGER, Barry. "Oligopolistic Market Failure: Collective Dominance versus Complex Monopoly". En: *European Competition Law Review* 1. 1995. p. 24.

¹⁵ STROUX, Sigfrid. Op. Cit. pp. 13-16.

¹⁶ WHISH, Richard y Brenda SUFRIN. "Oligopolistic Markets and EC Competition Law". En: *Yearbook of European Law* 12. 1992. pp. 63-64.

¹⁷ Tratado de Roma. **Artículo 82**. "Se encuentra prohibido y es incompatible con el mercado común cualquier **abuso, por una o más empresas, de una posición de dominio en el mercado** común o en una parte substancial del mismo en tanto afecte el comercio entre los Estados Miembros. Tal abuso puede consistir, en particular, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra o venta u otras condiciones de venta injustificadas; b) limitar la producción, el mercado o el progreso técnico en perjuicio de los consumidores; (...)".

¹⁸ RODGER, Barry. "Market Integration and the Development of European Competition Policy to meet New Demands: A Study of the Control of Oligopolistic Markets and the Concept of a Collective Dominant Position under the Article 86 of the EC Treaty". En: *Legal Issues of European Integration* 2. 1994. pp. 15-18. WHISH, Richard. "Competition Law". Gran Bretaña: Lexis Nexis. 2003. pp. 520-521.

fue el de los productores de vidrio italiano (conocido como el caso *Italian Flat Glass*). La Comisión Europea encontró que tres productores italianos de vidrio plano se habían repartido el mercado estableciendo cuotas de venta para cada una, habían fijado concertadamente sus tarifas y concedían descuentos diferenciales uniformemente, por lo cual los sancionó en virtud del artículo 81 del Tratado de Roma.

Adicionalmente, la Comisión entendió que, como participantes de un mercado altamente oligopólico, dichas empresas ostentaban una posición de dominio conjunta, pues podían actuar con independencia de cualquier presión competitiva de los demás productores. Ante tal consideración, concluyó que las conductas que dieron lugar al reparto de mercado también implicaban un abuso de su posición de dominio conjunta, en la medida que las empresas se presentaban como una entidad única en el mercado, sancionándolas también por infracción al artículo 82 del Tratado de Roma.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia precisó que para evaluar la existencia de una posición de dominio conjunta debía considerarse el mismo concepto de empresas competidoras independientes que se utilizaba en aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma, pero concentrándose en la existencia de vínculos económicos que pudieran influir en que tales empresas ostenten una posición de dominio. Las palabras del Tribunal fueron las siguientes:

“357. (...) los propios términos del párrafo primero del artículo [82] establecen que “una o más empresas” pueden explotar de manera abusiva una posición dominante. Según reiterada jurisprudencia, tal y como por otro lado admiten todas las partes, el concepto de acuerdo o de práctica concertada entre empresas, en el contexto del artículo [81] del Tratado, no contempla acuerdos o prácticas concertadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo si las empresas forman una unidad económica. De ello se desprende que, cuando el artículo [81] contempla acuerdos o prácticas concertadas entre “empresas”, se refiere a relaciones entre dos o varias entidades económicas capaces de competir una contra la otra.

358. Este Tribunal considera que no existe razón alguna, jurídica o económica, para suponer que el término

“empresa” que figura en el artículo [82], tenga un significado distinto del que se le ha atribuido en el contexto del artículo [81]. Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores”¹⁹.

En cuanto al caso concreto, el Tribunal revocó la decisión en lo referente al abuso de posición de dominio conjunta, pues entendió que la Comisión solamente había “reciclado” los hechos que infringían el artículo 81 para sancionar también según el artículo 82. En tal sentido, el Tribunal dejó sentado que para encontrar una infracción por abuso de posición de dominio conjunta se requería analizar el mercado de referencia, sin que bastara probar que dos o más empresas habían coordinado su comportamiento a través de un acuerdo.

Pese a lo útil de la precisión realizada, en el sentido de que una posición de dominio podía ser ostentada por empresas competidoras independientes, esta sentencia creó otras dudas al señalar que se requería de “vínculos económicos” entre las empresas que tuvieran una posición de dominio conjunta y al precisar como ejemplo de tales vínculos los acuerdos o licencias que pudieran tener las empresas y que les otorgaban una situación de preeminencia en el mercado en cuestión. Por ello, este pronunciamiento no ofreció mayores luces para definir si la colusión tácita podía dar lugar a una posición de dominio conjunta²⁰.

Cabe señalar que, en posteriores pronunciamientos, el alcance del término “vínculos económicos” fue perfilándose más hacia la idea de la colusión tácita, aunque sin referirse a ella de manera definitiva. Así, en algunos pronunciamientos, el Tribunal Europeo de Justicia llegó a señalar que las empresas conformantes de una posición de dominio conjunta debían encontrarse ligadas de forma tal que pudieran adoptar una misma línea de acción en el mercado²¹. No

¹⁹ *Societa Italiano Vetro-SIV Spa versus Commission*. Casos T-68, 77 y 78/89. 1992. Párrafos 357 y 358.

²⁰ JONES, Alison y Brenda SUFRIN. Op. Cit. pp. 828-829. WHISH, Richard. Op. Cit. p. 522.

²¹ *Municipality of Almelo and others versus NV Energiebedrijf IJsselmij*. Caso C-393/92. 1994. Se trata de una sentencia emitida por el Tribunal Europeo de Justicia dentro de un proceso iniciado por una cuestión prejudicial elevada en consulta por la autoridad judicial de uno de los Estados Miembros de la Comunidad. En el párrafo 42 de la sentencia se señala: “Dicha posición dominante colectiva requiere sin embargo que las empresas del grupo de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado”. Esta idea fue reiterada luego en otras sentencias de similar naturaleza, como por ejemplo: *Centro Servizi Spedipporto Srl versus Spediziona Marittime del Golfo Srl*. Caso C-96/94. 1995. Párrafo 33.

obstante, tales pronunciamientos no terminaron de definir qué implicaba que las empresas estuvieran ligadas entre sí.

3.2.2. Compagnie Maritime Belge

El hito más importante en la evaluación de la posición de dominio conjunta bajo el artículo 82 del Tratado de Roma es el caso de las conferencias marítimas que agrupan a compañías navieras que sirven determinadas rutas comerciales (conocido como el caso *Compagnie Maritime Belge*)²². En este caso, la Comisión Europea sancionó nuevamente por infracciones a los artículos 81 y 82.

De un lado, la Comisión determinó que tres conferencias marítimas, CEWAL (Associated Central West Africa Lines), COWAK y UKWAL, habían infringido el artículo 81 al repartirse el mercado de transporte marítimo de línea entre Europa del Norte y África Occidental, acordando negarse a operar como armadores independientes en la zona de actividad de las otras conferencias.

De otro lado, la Comisión concluyó que tres empresas miembros de CEWAL (Compagnie Maritime Belge, Compagnie Maritime Belge Transports y Dafra-Lines) ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado de operaciones de dicha conferencia marítima, es decir, en las rutas de Zaire (República Democrática del Congo) a Europa del Norte. Asimismo, entendió que, aprovechando tal situación, tales empresas habían incurrido en abuso para sacar del mercado al principal armador independiente –no afiliado a CEWAL–, a través de las siguientes prácticas: (i) aplicar un acuerdo con las autoridades de Zaire para promover el comercio marítimo de dicho país; (ii) reducir sus fletes a valores iguales o menores que los de ese principal competidor en los buques que salieran en la misma fecha (práctica denominada “*fighting ships*”); y, (iii) contratar a exclusividad con quienes tomaran sus servicios en dichas rutas.

En apelación, esta decisión fue confirmada tanto por el Tribunal de Primera Instancia como por el Tribunal Europeo de Justicia. Este último no sólo estableció que empresas independientes podían ostentar una posición de dominio conjunta, sino que fue más allá y precisó que no se requerían vínculos legales o formales específicos entre las referidas empresas para que surja una posición de dominio conjunta, sino que ésta podía identificarse analizando otros factores de correlación

entre ellas y, particularmente, a través de una evaluación económica sobre la estructura del mercado en cuestión:

“36. (...) la expresión ‘más empresas’ contenida en el artículo [82] del Tratado implica que una posición dominante puede estar ocupada por dos o más entidades económicas, jurídicamente independientes entre sí, siempre que, desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva. Procede entender en este sentido la expresión ‘posición dominante colectiva’ que será utilizada en el desarrollo de la presente sentencia.

(...)

41. Para apreciar la existencia de una entidad colectiva en el sentido que se ha expuesto anteriormente, es necesario evaluar los vínculos o factores económicos de correlación entre las empresas afectadas (...).

(...)

45. La existencia de una posición dominante colectiva puede, por tanto, derivarse de la naturaleza y del contenido de un acuerdo, de su forma de aplicación y, en consecuencia, de los vínculos o factores de correlación entre empresas que resulten de ellos. No obstante, la existencia de un acuerdo o de otras relaciones jurídicas no es indispensable para afirmar que existe una posición dominante colectiva, afirmación que podría resultar de otros factores de correlación y dependería de una apreciación económica y, en especial, de una apreciación de la estructura del mercado de que se trate”²³.

Luego de definir lo que constituye una posición de dominio conjunta, el Tribunal Europeo de Justicia confirmó que las empresas habían incurrido en abuso de tal posición al implementar la práctica de *fighting ships*. Para arribar a tal conclusión, el Tribunal obvió pronunciarse directamente sobre dos importantes argumentos de las empresas investigadas. En efecto, éstas señalaron que solamente habían reducido sus precios para alcanzar a la competencia y, además, que no los habían fijado por debajo de costos, con lo cual, su política de precios no debía ser cuestionada. Más bien, el Tribunal señaló que a través de aquella práctica las empresas investigadas habían impedido que el único competidor independiente de CEWAL pudiera fijar precios más bajos que ellas, lo cual reforzaba la posición

²² Cabe señalar que los acuerdos de creación de conferencias marítimas se encuentran exceptuados de la aplicación del artículo 81 del Tratado de Roma en virtud de una exención de bloque aprobada por la Comisión Europea (Reglamento 4056/86).

²³ *Compagnie Maritime Belge Transports SA and others versus Commission*. Casos C-395 y 396/96P. 2000. Párrafos 36, 41 y 45.

de dominio conjunta que ostentaban.

Conforme a esta sentencia, el análisis de la estructura del mercado sería suficiente para definir la existencia de una posición de dominio conjunta. En tal virtud, si bien no lo dice expresamente, el Tribunal Europeo de Justicia estaría entendiendo que, bajo el artículo 82 del Tratado de Roma, una posición de dominio conjunta podría derivarse del comportamiento oligopólico de las empresas, sin requerirse vínculos contractuales o estructurales entre ellas. Esto no sería otra cosa que una situación de colusión tácita.

Al respecto, cabe agregar que, a la luz de esta sentencia, varios autores han sostenido que la interpretación del Tribunal sobre lo que constituye una posición de dominio conjunta sería igual bajo el artículo 82 que bajo las normas de control de concentraciones empresariales²⁴, ámbito este último en el cual –como se verá más adelante– dicha figura se asimila expresamente a la colusión tácita. De otro lado, también se ha afirmando que, pese a su importancia en la identificación de lo que es una posición de dominio conjunta a la luz del artículo 82, esta sentencia es de reducida utilidad en cuanto a criterios de interpretación sobre lo que constituye un abuso de tal posición²⁵.

3.2.3. Irish Sugar

Un caso usualmente comentado para hacer referencia a lo que constituye abuso de posición de dominio conjunta es el de dos empresas que operaban en el mercado de producción y venta de azúcar (conocido como el caso *Irish Sugar*). La Comisión Europea definió que Irish Sugar, principal productor de azúcar en Irlanda, y Sugar Distributirs Ltd. (SDL), que se dedicaba a la distribución del azúcar en distintos países de la Comunidad, habían ostentado posición de dominio conjunta entre 1985 y febrero de 1990 –momento en que la primera adquirió la totalidad de acciones de la segunda– debido a que se encontraban vinculadas por estrechos lazos²⁶.

Adicionalmente, concluyó que dichas empresas habían incurrido en abuso al implementar las siguientes prácticas: (i) Irish Sugar amenazó a la empresa naviera B&I con negarse a tomar sus servicios si seguía transportando el azúcar de un competidor francés; (ii)

SDL acordó con un vendedor mayorista y otro minorista intercambiar el azúcar que estos habían adquirido de Francia por el azúcar que aquella distribuía; y, (iii) ambas aplicaron descuentos por fidelidad a vendedores mayoristas que alcanzaban determinadas metas de venta. La Comisión caracterizó estas prácticas como actos destinados a explotar o preservar una posición de dominio conjunta.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia confirmó la decisión de la Comisión, señalando que los actos de abuso de posición de dominio conjunta no tenían que ser realizados necesariamente por todas las empresas que ostentaban tal posición, sino que también constituían abuso los actos llevados a cabo independientemente por alguna de esas empresas si explotaban una posición de dominio conjunta:

“66. En efecto, si bien la existencia de una posición dominante colectiva se deduce de la posición que ocupan conjuntamente las entidades económicas de que se trate en el mercado de referencia, el abuso no debe ser necesariamente obra de todas las empresas en cuestión. Basta con que pueda ser identificado como una de las manifestaciones de la ocupación de tal posición dominante colectiva. Por consiguiente, los comportamientos abusivos de las empresas que ocupan una posición dominante colectiva pueden ser tanto comunes como individuales. Basta con que dichos comportamientos abusivos se refieran a la explotación de la posición dominante colectiva que las empresas ocupen en el mercado”²⁷.

Se ha comentado acertadamente que las tres prácticas en cuestión podrían haberse abordado por vías distintas al abuso de posición de dominio conjunta. En primer lugar, podría haberse considerado que dada la participación accionaria de Irish Sugar en SDL, ambas empresas conformaban un solo grupo económico y que las prácticas en cuestión eran actos de abuso de posición de dominio individual. No obstante, al parecer, los alcances del concepto de grupo empresarial no son tan claros en las normas comunitarias europeas. En segundo lugar, se podría haber considerado que algunas de las prácticas eran casos de concertación, como, por ejemplo, los descuentos por fidelidad que fueron acordados coordinadamente –aunque tal calificación no podría haberse extendido a las otras dos prácticas implementadas independientemente por

²⁴ JONES, Alison y Brenda SUFRIN. Op. Cit. p. 836. MONTI, Giorgio. “The Scope of Collective Dominance under Article 82 EC”. En: Common Market Law Review 38. 2001. p. 132. WHISH, Richard. Op. Cit. p. 526

²⁵ PREECE, Steven. “Compagnie Maritime Belge: Missing the Boat?”. En: European Competition Law Review 8. 2000. pp. 390-392.

²⁶ Los principales lazos entre ambas empresas eran los siguientes: (i) Irish Sugar tenía el 51% de las acciones del Holding que controlaba SDL y tenía la facultad de escoger a la mitad de su directorio; (ii) un director de Irish Sugar formaba parte del directorio de SDL; (iii) ambas empresas se reunían mensualmente con la finalidad de discutir las políticas de precios del azúcar y sobre el mercado de distribución; (iv) SDL acordó comprar a Irish Sugar toda el azúcar que distribuía; (v) Irish Sugar asumía todas las promociones y descuentos ofrecidos por SDL a los compradores.

²⁷ *Irish Sugar plc versus EC Commission*. Caso T-228/97. 1999. Párrafo 66.

las empresas—. Finalmente, podría haberse acusado a ambas empresas de incurrir en actos de abuso de posición de dominio individual, tanto por la amenaza de Irish Sugar de negarse a contratar a la empresa naviera B&I, como por el intercambio de azúcar acordado por SDL, aunque en este último caso no se tenía evidencia de que SDL tuviera posición de dominio individual. Por ello, se ha sostenido que el Tribunal habría recurrido a la figura del abuso de posición de dominio conjunta para comprender todas las prácticas en cuestión bajo la misma prohibición²⁸.

Finalmente, se ha planteado también que, siguiendo la línea de razonamiento de esta sentencia, podría considerarse como abuso de posición de dominio conjunta los actos realizados por una de las empresas en tal posición destinados a salvaguardarla, aun cuando ello no sea consecuencia de un acuerdo con las otras empresas en cuestión.

Asimismo, se entendería que el abuso de posición de dominio conjunta no se limita únicamente a empresas en una relación horizontal, es decir entre competidores, sino que puede presentarse entre empresas en relación vertical, de productor y distribuidor, si éste último intenta proteger al primero a través de prácticas anticompetitivas²⁹.

3.3. Control de concentraciones empresariales (Reglamento (CE) 139/2004)

Finalmente, el control de concentraciones empresariales es el tercer ámbito en que se ha evaluado la posibilidad de controlar la colusión tácita a través de las normas de libre competencia comunitarias. Estas normas sujetan a autorización previa de la Comisión Europea las fusiones, adquisiciones y otros actos a través de los cuales se modifique la estructura de control de las empresas, en tanto que los mismos puedan obstaculizar significativamente la competencia, en particular si crean o refuerzan una posición dominante en el mercado³⁰.

Las normas de control de concentraciones empresariales no se refieren expresamente a la posición de dominio conjunta. No obstante, en su aplicación, las autoridades de defensa de la competencia comunitarias han evaluado también si, como consecuencia de las concentraciones empresariales notificadas, se crearía una posición de dominio conjunta que pudiera restringir la competencia. En otras

palabras, la interrogante ha sido si, de autorizarse la operación de concentración, se crearían en el mercado en cuestión condiciones propicias para que las empresas que se mantuvieran en operación pudieran entrar en un esquema de colusión tácita.

3.3.1. Kali und Salz

Entre los casos más relevantes en que se ha discutido esta materia, el primero es el de la concentración de dos empresas alemanas productoras de potasio, Kali und Salz AG y Mitteldeutsche Kali AG (denominado como el caso *Kali und Salz*). La Comisión Europea concluyó que luego de realizarse la concentración notificada, la empresa resultante adquiriría una posición de dominio conjunta con SCPA, su competidora más cercana (las cuotas de mercado de cada una serían de 23% y 37%, respectivamente). Para arribar a tal conclusión, la Comisión consideró que existían vínculos entre Kali Und Salz y SCPA que permitían su actuar coordinado. Tales vínculos estaban representados por un *joint venture* que habían formado para operar en Canadá, por acuerdos de distribución entre ambas para actuar en el mercado francés, entre otros. Por ello, la Comisión condicionó la autorización de la operación notificada a que Kali und Salz diera término a dichos vínculos, a lo cual esta empresa se comprometió. El Gobierno Francés y SCPA apelaron tal decisión, cuestionando que las normas sobre control de concentraciones empresariales se aplicaran a casos de posición de dominio conjunta.

El Tribunal Europeo de Justicia confirmó que las normas de control de concentraciones permitían analizar si, como consecuencia de las operaciones notificadas, se crearía una posición de dominio conjunta, a efectos de definir si correspondía aprobar la operación. Sin embargo, concluyó que la Comisión no había demostrado adecuadamente que la concentración notificada generaría una posición de dominio conjunta, por lo que, anuló la decisión en referencia. En particular, el Tribunal expresó lo siguiente:

“221. (...) en el caso de una supuesta posición dominante colectiva, la Comisión tiene que determinar mediante un análisis prospectivo del mercado de referencia si la operación de concentración que es objeto de examen lleva a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las

²⁸ MONTI, Giorgio. Op. Cit. p. 142.

²⁹ Ibid. p. 143.

³⁰ Reglamento (CE) 139/2004, del 20 de enero de 2004, sobre Control de las Concentraciones entre Empresas. **Artículo 2. “Evaluación de las concentraciones.** 1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común. (...). 3. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común”.

empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a factores de correlación existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores”³¹.

Esta sentencia fue criticada debido al formalismo que asumió el Tribunal Europeo de Justicia al requerir factores de correlación entre las empresas para identificar una posición de dominio conjunta. Al respecto, se precisó que lo más importante era analizar si las características del mercado en cuestión eran propicias para un comportamiento oligopólico no cooperativo, es decir, para un esquema de colusión tácita, y no si las empresas se encontraban vinculadas a través de contratos o relaciones comerciales³².

3.3.2. Gencor

El siguiente caso de importancia fue el de la concentración de dos empresas sudafricanas, Gencor y Lonrho, productoras de platino y metales relacionados, que buscaban conformar una empresa en común denominada Implats Ltd (conocido como el caso *Gencor*). La Comisión Europea encontró que, si se conformaba Implats, se crearía una posición de dominio conjunta con su competidora Amplats, pues cada una tendría el 35% del mercado mundial de producción de platino y rodio. En tal sentido, luego de realizar un análisis sobre las características del mercado (poco crecimiento y reducido poder de los compradores, elevada concentración y barreras de acceso, gran transparencia y productos homogéneos), la Comisión consideró que se crearía un duopolio que restringiría la competencia en el mercado común europeo, por lo que, prohibió la concentración. Gencor apeló esta decisión.

El Tribunal de Primera Instancia confirmó tal decisión, aceptando en primer lugar la validez de analizar la creación de una posición de dominio conjunta bajo la normativa sobre control de concentraciones. Asimismo, precisó que para identificar una posición de dominio conjunta se requería que las empresas en cuestión pudieran actuar coordinadamente basándose en ciertos vínculos económicos, pero que ello no significaba que los mismos tuvieran que manifestarse necesariamente a través de vínculos estructurales entre las empresas. Más aún, el Tribunal señaló que:

“276. (...) no existe ninguna razón, en el plano jurídico o económico, para excluir del concepto de vínculo económico la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar su comportamiento en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

277. Esta conclusión es aún más evidente en el ámbito del control de las concentraciones, cuyo objetivo es impedir que aparezcan o se refuercen estructuras de mercado contrarias a la competencia. Estas estructuras pueden resultar tanto de la existencia de vínculos económicos en el sentido estricto que defiende la demandante como de las estructuras de los mercados de tipo oligopolístico, donde cada operador puede tomar conciencia de los intereses comunes y, en particular, hacer subir los precios sin tener que celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada”³³.

Esta sentencia fue elogiada por haberse apartado de la idea de que se requerían vínculos estructurales entre las empresas para concluir que se crearía una posición de dominio conjunta. No obstante, se planteó que si el concepto de vínculos económicos utilizado por el Tribunal de Primera Instancia abarcaba incluso el comportamiento oligopólico no cooperativo, entonces no había razón para mantener la idea de “vínculos económicos”, pues dicho comportamiento no se sustentaba en vínculo alguno, sino en la interdependencia entre los miembros del oligopolio³⁴.

3.3.3. Airtours

Finalmente, debe comentarse el caso de la concentración de Airtours y First Choice, ambos operadores turísticos, en virtud de una pretendida

³¹ *France and others versus Commission*. Casos C-68/94 y 30/95. 1998. Párrafo 221.

³² BISHOP, Simon. “Power and Responsibility: the ECJ’s Kali-Salz Judgment”. En: *European Competition Law Review* 1. 1999. YSEWYN, Johan y Cristina CAFFARRA. “Two’s Company, Three’s a Crowd: The Future of Collective Dominance after the Kali & Salz Judgment”. En: *European Competition Law Review* 7. 1998. pp. 469-470.

³³ *Gencor Ltd versus Commission*. Caso T-102/96. 1999. Párrafos 276 y 277.

³⁴ KORAH, Valentine. “Gencor v. Commission: Collective Dominance”. En: *European Competition Law Review* 6. 1999.

adquisición hostil del segundo por parte del primero (conocido como el caso *Airtours*). La Comisión Europea evaluó distintas características del mercado de paquetes turísticos para festividades cortas y determinó que el mismo resultaba propicio para el comportamiento oligopólico. Por ello, entendió que la entidad resultante de la adquisición antes mencionada gozaría de posición de dominio conjunta con los otros dos competidores más importantes, esto es, Thomson Travel Group y Thomas Cook. En tal virtud, la Comisión prohibió la referida operación de concentración.

En apelación, el Tribunal de Primera Instancia definió con mayor claridad que para efectos de las normas de control de concentraciones, la posición de dominio conjunta supone evaluar si las características del mercado y la modificación que se generaría como consecuencia de la operación notificada, permitirían que las empresas entiendan que es preferible adoptar una línea de acción común para elevar los precios en vez de competir. Así, el Tribunal manifestó que:

“61. (...) puede crearse una situación de posición dominante colectiva que obstaculice de manera significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial de éste como consecuencia de una concentración cuando, habida cuenta de las propias características del mercado de referencia y de la modificación que provocaría en su estructura la realización de la operación, ésta daría lugar a que cada miembro del oligopolio dominante, siendo consciente de los intereses comunes, considerase posible, económicamente racional y por tanto preferible adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado, con el fin de vender por encima de los precios competitivos, sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE (...)”³⁵.

Adicionalmente, el Tribunal señaló que existían tres requisitos para una posición de dominio conjunta: (i) que exista transparencia en el mercado para conocer cómo se están comportando las empresas y verificar si mantienen una línea de acción común; (ii) que se cuente con un mecanismo disuasivo para que las empresas no se aparten de la línea de acción común, es decir, una forma de represalia convincente³⁶; y, (iii) que la reacción previsible de los competidores actuales o potenciales y de los consumidores no impida los

resultados esperados de la línea de acción común.

No obstante lo anterior, al evaluar el caso concreto, el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión, al considerar que el análisis de la evidencia llevado a cabo había sido incompleto e incorrecto como para sostener que el mercado presentaba una tendencia al comportamiento oligopólico. En primer lugar, no se había tomado en cuenta que las cuotas de mercado de los operadores mostraban cierta volatilidad, lo que constituía un indicio de un mercado competitivo. En segundo lugar, no se había encontrado suficiente transparencia en el mercado como para permitir la coordinación tácita entre los principales operadores turísticos. En tercer lugar, las características del mercado dificultaban la adopción de medidas de represalia efectivas y oportunas. En cuarto lugar, se había subestimado la capacidad de reacción de los operadores más pequeños frente a una reducción de la oferta de los principales operadores. En quinto lugar, no se había observado que el mercado presentaba reducidas barreras de entrada, lo que facilitaba el ingreso de competidores potenciales. Finalmente, se había subestimado el papel de los consumidores, quienes sí podían reaccionar ante un incremento significativo en el precio, recurriendo a otras fuentes de aprovisionamiento.

Entre los diversos comentarios sobre esta sentencia, se ha sostenido que su mérito es haber definido con mayor claridad que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita y, además, haber creado un balance entre el poder discrecional de la Comisión y el estándar de prueba que se le exige³⁷. No obstante, también se ha afirmado que, pese a ser una severa llamada de atención del Tribunal de Primera Instancia a la Comisión, exigiéndole mayor rigurosidad en la apreciación de las pruebas, la sentencia no llegó a establecer reglas claras en cuanto a la evidencia requerida para determinar cuándo las características de un mercado resultan suficientes para que una operación de concentración dé lugar a una posición de dominio conjunta³⁸.

De conformidad con todo lo señalado previamente, el análisis de la posición de dominio conjunta bajo el control de concentraciones empresariales ha pasado por exigir vínculos estructurales entre las empresas, a referirse únicamente a vínculos económicos, para

³⁵ *Airtours versus Commission*. Caso T-342/99. 2002. Párrafo 61.

³⁶ Sobre el particular, en el párrafo 195 de la sentencia, el Tribunal puntualizó que: “En este contexto, la Comisión no tiene que acreditar necesariamente la existencia de un “mecanismo de represalias” determinado y más o menos estricto, pero debe en todo caso probar que existen suficientes factores de disuasión para que a ninguno de los miembros del oligopolio dominante le interese apartarse del comportamiento común a expensas de los demás miembros”.

³⁷ WHISH, Richard. Op. Cit. pp. 539-540.

³⁸ NIKPAY, Ali y Fred HOUWEN. “Tour de Force or a Little Local Turbulence? A Heretical View on the *Airtours* Judgment”. En: *European Competition Law Review* 24. 2003. pp. 199-200.

terminar concentrándose en las características del mercado que permiten el establecimiento de un esquema de colusión tácita.

3.4. ¿Cómo enfrenta la Comunidad Europea la colusión tácita?

La evolución del Derecho comunitario europeo en materia de control del comportamiento oligopólico no cooperativo, que conlleva a un esquema de colusión tácita, muestra las complejidades involucradas en definir la mejor forma de enfrentar ese tipo de comportamientos a través de las normas de defensa de la competencia.

De un lado, los Tribunales y la Comisión Europea han descartado casi totalmente la posibilidad de impedir la colusión tácita a través de la prohibición de acuerdos y prácticas concertadas entre competidores contenida en el artículo 81 del Tratado de Roma. Ello se debe a que se ha considerado que ese tipo de infracciones requiere necesariamente evidencia de alguna forma de comunicación o contacto efectivo entre las empresas, situación que no se verifica en la colusión tácita.

Si bien se ha dejado abierta la posibilidad de considerar que el paralelismo de conductas –como equivalente a la colusión tácita– pueda ser prueba de una concertación, ello ha quedado condicionado a que no exista explicación alternativa plausible alguna para el paralelismo, por lo que, la probabilidad de que esto ocurra en los hechos es muy reducida. En efecto, en reiterados pronunciamientos se ha reconocido expresamente el derecho de las empresas que conforman un oligopolio a ajustar inteligentemente –o racionalmente– su comportamiento al de sus rivales, en tanto que las características del mercado les permiten anticipar cuál será su forma de actuar sin necesidad de contacto ni comunicación entre ellas. Esto último es precisamente lo que ocurre en un esquema de colusión tácita.

De otro lado, la Comisión y los Tribunales Europeos han concluido que una posición de dominio conjunta puede identificarse según el artículo 82 del Tratado de Roma a través de la apreciación de la estructura del mercado en cuestión y sin necesidad de que existan vínculos contractuales o estructurales entre las empresas. En virtud de ello, los comentaristas

consideran que la posición de dominio conjunta podría identificarse con la colusión tácita, pues, como ya se ha mencionado, esta figura se sustenta en que las condiciones estructurales del mercado permiten a las empresas ajustar su comportamiento al de sus competidores. Bajo esta premisa, podría surgir como interrogante si la colusión tácita sería considerada en sí misma como un acto de abuso de posición de dominio conjunta y por tanto quedar prohibida.

Como es bien sabido, en el caso del abuso de posición de dominio individual, se entiende sin lugar a dudas que solo se cuestiona el abuso mas no que una empresa ostente tal posición en el mercado. Ello implica que es necesaria una doble evaluación y pruebas diferentes para demostrar la posición de dominio y los actos específicos de abuso. Esta misma distinción debe mantenerse al estudiar el abuso de posición de dominio conjunta, dado que ostentar dicha posición no debe considerarse ilegal por sí mismo.

Hay quienes sostienen que en el caso de la posición de dominio conjunta este distingo resulta menos claro y que, bajo determinados supuestos, la colusión tácita puede constituir un acto de abuso por sí misma, por ejemplo, si tiene como resultado que se fijen precios excesivamente elevados³⁹.

Sin embargo, lo cierto es que más allá de las explicaciones teóricas contenidas en las decisiones de la Comisión Europea, así como en las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia, hasta ahora, ninguno de los casos en que se ha aplicado el concepto de posición de dominio conjunta se ha referido a supuestos que califiquen estrictamente como esquemas de colusión tácita, sino más bien a casos en que existían vínculos contractuales o estructurales entre las empresas involucradas⁴⁰. Piénsese en el acuerdo del reparto de mercado en *Italian Flat Glass*, en los acuerdos existentes entre las empresas miembros de las conferencias marítimas en *Companie Maritime Belge*, o en la importante participación accionaria y el contrato de distribución existente en *Irish Sugar*. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta también que las prácticas sancionadas en algunos de estos casos tampoco fueron comportamientos propios de un esquema de colusión tácita (es decir, el ajuste racional de la conducta de los agentes para adoptar una línea de acción común), sino más bien actos que

³⁹ MC GREGOR, Lorna. "The Future for the Control of Oligopolies Following *Compagnie Maritime Belge*". En: *European Competition Law Review* 10. 2001. p. 437. Adicionalmente, se ha propuesto que la figura del abuso de posición de dominio conjunta se aplique para sancionar aquellos casos en que no pueda llegarse a probar la existencia de una práctica concertada prohibida por el artículo 81 del Tratado de Roma, para hacer más completa de esta forma la protección que ofrece el marco legal comunitario de defensa de la competencia; ver al respecto: SOAMES, Trevor. "An Analysis of the Principles of Concerted Practice and Collective Dominance: A Distinction without a Difference". En: *European Competition Law Review* 1. 1996. pp. 38-39.

⁴⁰ HAUPT, Heiko. "Collective Dominance Under Article 82 E.C. and E.C. Merger Control in the Light of the *Airtours* Judgment". En: *European Competition Law Review* 9. 2002. p. 438.

podrían haberse caracterizado, eventualmente, como abusos de posición de dominio individual o como prácticas concertadas.

En consonancia con lo señalado previamente, existe un consenso bastante generalizado, entre economistas y juristas europeos, respecto de que las normas de control de conductas contenidas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma no deben utilizarse para sancionar los esquemas de colusión tácita⁴¹. Asumir que la colusión tácita es evidencia de abuso de posición de dominio conjunta sería entender que está prohibido *per se* que las empresas lleguen a ostentar tal posición, lo que no es correcto. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la colusión tácita es el comportamiento racional que presentan los miembros de un oligopolio cuando las condiciones de mercado les permiten anticipar la conducta de sus rivales, por lo que no sería atendible sancionar dicho comportamiento. Adicionalmente, no sería válido considerar un comportamiento que bajo el artículo 81 es lícito –ajustar inteligentemente la propia conducta a aquella de los rivales– como una prueba de abuso bajo el artículo 82⁴².

En tal sentido, para sancionar por abuso de posición de dominio conjunta se requiere más que el comportamiento oligopólico que conlleva a un esquema de colusión tácita⁴³. Es decir, se requiere demostrar actos específicos de abuso. Tal sería el caso, por ejemplo, de aquellas prácticas a través de las cuales las empresas que conforman un oligopolio crean condiciones que facilitan un esquema de colusión tácita en un mercado que no presenta naturalmente tales condiciones. Esto sería más evidente si dichas empresas utilizan mecanismos que producen artificialmente la transparencia requerida en el mercado para conocer el comportamiento de los competidores.

Como ejemplos de prácticas que introducen artificialmente transparencia en el mercado pueden mencionarse tanto las denominadas cláusulas de nación más favorecida (*most-favoured nation clauses*), como las cláusulas para alcanzar a la competencia

(*meeting-competition clauses*). En términos generales, dichas cláusulas permiten a las empresas –en particular a las líderes de mercado– dar señales a sus competidores sobre los precios y condiciones a fijar.

Mediante las cláusulas de nación más favorecida, las empresas se obligan frente a sus contrapartes a otorgarles cualquier condición más beneficiosa, como por ejemplo descuentos, que pacten en el futuro con otros clientes. Este compromiso reduce los incentivos de dichas empresas a otorgar descuentos y, por ende, también reduce la tentación de modificar el precio fijado inicialmente y que podría ser el resultado de una colusión tácita.

A través de las cláusulas para alcanzar a la competencia, el vendedor se compromete a igualar las mejores condiciones que pudieran ofrecerle a sus clientes los competidores. Con este tipo de cláusulas se incrementan los flujos de información hacia las empresas vendedoras, en tanto que cada vez que un comprador recibe la oferta de un precio menor lo comunicará a su proveedor a fin de que éste iguale ese precio. De esta manera, los competidores podrían monitorear más fácilmente cualquier desvío del precio fijado a través de un esquema de colusión tácita.

Como se aprecia, la introducción de este tipo de cláusulas por parte de empresas competidoras, en especial las cláusulas para alcanzar a la competencia, permitiría no solo anticipar el comportamiento de los rivales sino también identificar los desvíos del comportamiento esperado⁴⁴.

Siendo ello así, en vez de pretender sancionar la colusión tácita en sí misma como acto de abuso de posición de dominio conjunta, parece más adecuado que sean las prácticas facilitadoras de esquemas de colusión tácita las que se consideren como actos de abuso sancionables bajo el artículo 82. Así, la introducción de cláusulas como las indicadas líneas arriba –o de prácticas comerciales con efectos similares– podría constituir un instrumento *ad hoc* creado por las

⁴¹ Entre los economistas ver, por ejemplo: BISHOP, Simon y Mike WALKER. Op. Cit. pp. 136-137. MOTTA, Massimo. Op. Cit. pp. 137-138 y 190-192. PHILIPS, Louis. Op. Cit. pp. 2 y 10-12. Para los juristas puede considerarse, entre otros: HAUPT, Heiko. Op. Cit. p. 439. KORAH, Valentine. "An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice". Gran Bretaña: Hart Publishing. 2004. p. 113. MONTI, Giorgio. Op. Cit. pp. 144-145. WHISH, Richard. Op. Cit. pp. 526-527. WITHERS, Chris y Mark JEPHOCOTT. "Where to go Now for EC Oligopoly Control". En: European Competition Law Review 22. 2001. p. 303.

⁴² En el plano práctico, de aceptarse que la colusión tácita fuera evidencia de abuso en ciertos casos, por ejemplo si conlleva la fijación de precios excesivamente elevados, sería la autoridad de defensa de la competencia quien tendría que definir si las condiciones fijadas a través de dicho comportamiento son abusivas o no. Considerando que tanto los casos válidos como aquellos supuestamente ilegales provendrían del mismo tipo de conducta, la probabilidad de ejercicio de excesiva discrecionalidad al elegir los casos ilegales es bastante elevada.

⁴³ La necesidad de actos de explotación de la posición de dominio conjunta para encontrar una infracción al artículo 82 del Tratado de Roma ha sido reconocida por el propio Tribunal Europeo de Justicia: "37. Pues bien, la acreditación de la existencia de una posición dominante no implica, en sí misma, ningún reproche a la empresa de que se trate (...). 38. Esta misma conclusión debe aplicarse a las empresas que ocupan una posición dominante colectiva. La afirmación de que dos o más empresas ocupan una posición dominante colectiva debe proceder, en principio, de una apreciación económica de la posición en el mercado pertinente de las empresas afectadas, anterior a cualquier examen acerca de si las empresas explotaron de forma abusiva su posición en el mercado". *Compagnie Maritime Belge Transports SA. and others versus Commission*. Casos C-395 y 396/96P. 2000. Párrafos 37 y 38.

⁴⁴ KORAH, Valentine. Op. Cit. pp. 113-114. MONTI, Giorgio. Op. Cit. pp. 146-149. MOTTA, Massimo. Op. Cit. pp. 156-158.

empresas que participan en mercados oligopólicos para facilitar la estabilidad de un esquema de colusión tácita.

Lo dicho hasta ahora resulta coherente con el desarrollo que ha tenido el concepto de posición de dominio conjunta bajo las normas de control de concentraciones empresariales de la Comunidad Europea. En efecto, ante la imposibilidad de prohibir la colusión tácita a través del artículo 81 del Tratado de Roma y dado que no es recomendable sancionarla por sí misma como un abuso de posición de dominio conjunta, se ha optado por prevenir ese comportamiento a través del control de estructuras⁴⁵.

Así, reconociendo que la colusión tácita puede ser una conducta racional de las empresas en un mercado oligopólico, el control de concentraciones empresariales ha buscado más bien evitar que se creen condiciones que faciliten tal comportamiento. Para ello, bajo dichas normas se evalúa prospectivamente si las operaciones notificadas tienen la capacidad de crear una posición de dominio conjunta, esto es, de generar condiciones propicias para que los competidores que se mantengan en el mercado luego de la operación implementen esquemas de colusión tácita.

Dentro de esta lógica, no resulta sorprendente que sea precisamente en el ámbito del control de concentraciones empresariales en que se haya hecho más notoria la equivalencia entre posición de dominio conjunta y colusión tácita.

4. COLUSIÓN TÁCITA Y ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO CONJUNTA EN EL PERÚ

En el Perú, los conceptos de posición de dominio conjunta y colusión tácita han comenzado a evaluarse bajo las normas de libre competencia en los últimos cuatro años de su aplicación. En particular existen tres pronunciamientos (conocidos a la fecha de elaboración del presente artículo) en que las autoridades de defensa de la competencia peruanas han utilizado la figura de la posición de dominio conjunta como sustento de sus pronunciamientos. Dicho concepto se ha examinado

tanto al amparo de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, como de la prohibición de acuerdos, prácticas concertadas y otras conductas restrictivas de la competencia.

De un lado, el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 (en adelante, "DL 701") prohíbe los actos de abuso de posición de dominio llevados a cabo por una o más empresas⁴⁶. En este ámbito, la cuestión se ha centrado en definir cuáles son los alcances del término posición de dominio conjunta y cuáles los requerimientos para incurrir en abuso de la misma. De otro lado, el artículo 6 del DL 701 prohíbe los acuerdos así como las actuaciones paralelas o prácticas concertadas que pudieran restringir la competencia⁴⁷. En este campo, la discusión ha sido si la posición de dominio conjunta, entendida como colusión tácita, se encuentra prohibida por dicha norma.

Por obvias razones, el concepto de posición de dominio conjunta no ha tenido desarrollo en el ámbito del control de concentraciones empresariales, al no existir tales normas en el Perú, salvo en lo que corresponde a la industria eléctrica.

4.1. Pronunciamientos existentes en el Perú

Las instancias encargadas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI han emitido cada una un pronunciamiento en el que definen importantes criterios sobre lo que constituye la posición de dominio conjunta y su eventual abuso. De otro lado, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL también ha emitido un pronunciamiento al respecto⁴⁸. A continuación, se describen los casos en el orden antes mencionado.

4.1.1. Caso AFP (Tribunal del INDECOPI)

En este caso se denunció que las cuatro administradoras de fondos de pensiones (en adelante, "AFP") que funcionaban en el Perú, así como la asociación de AFP, habían incurrido en abuso de posición de dominio por

⁴⁵ MONTI, Giorgio. Op. Cit. p. 135.

⁴⁶ **Artículo 4.** "Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución". (Subrayado agregado).

Artículo 5. "Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio". (Subrayado agregado).

⁴⁷ **Artículo 6.** "Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia". (Subrayado agregado).

⁴⁸ Si bien el INDECOPI es la autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores económicos, el marco legal vigente en el Perú reconoce un caso especial en que otorga dichas facultades al OSIPTEL, que es la entidad administrativa encargada de aplicar el DL 701 en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones.

la fijación de precios excesivos, materializados en el cobro de comisiones muy elevadas a los afiliados como contraprestación por los servicios de administración de sus fondos. Asimismo, se denunció que dichas empresas y su asociación habían incurrido en concertación de precios al fijar coordinadamente las referidas comisiones.

Como primera instancia, la Comisión de Libre Competencia (en adelante, "CLC") declaró infundada la demanda por concertación al determinar que no existía evidencia de que las investigadas hubieran incurrido en tal conducta. De otro lado, declaró improcedente la denuncia por abuso de posición de dominio, por considerar que la ley peruana no prohibía la fijación de precios excesivos como un acto de abuso de posición de dominio, pero sin referirse directamente a la posible existencia de una posición de dominio conjunta por parte de las AFP.

En apelación, el Tribunal del INDECOPI consideró que, según el artículo 4 del DL 701, resultaba posible que la posición de dominio fuera ostentada por más de una empresa y que esta figura podía presentarse si las empresas conformaban el mismo grupo empresarial o si, siendo independientes, podían llevar a cabo una acción conjunta, pero no concertada, debido a la estructura del mercado en cuestión. En particular, el Tribunal expresó lo siguiente sobre la posición de dominio conjunta:

"Esta situación puede presentarse cuando los varios agentes que actúan en un mercado determinado forman parte de un mismo grupo económico, es decir, cuando la existencia de varios agentes es sólo un elemento formal (existen varias razones sociales), pues en la realidad, se trata de un único grupo empresarial.

Una situación distinta es aquella en que los varios agentes de mercado, independientes entre sí, poseen la posición de dominio como una consecuencia de la particular estructura del mercado en el cual actúan. Esta situación, singular y poco frecuente, les puede permitir a todos ellos obtener una posición de dominio como consecuencia de la estructura singular del mercado en el cual participan, estructura que se ha configurado de esa forma peculiar como consecuencia de la propia dinámica de intercambios en el mercado. Este mecanismo no toma en cuenta o considera la existencia de un agente dominante, sino que, todos los agentes de mercado, en conjunto, ejercen naturalmente la posición de dominio.

(...)

Puede observarse que entre los factores legales determinantes de la existencia de una posición de dominio en el mercado, el legislador ha cuidado de señalar que se trata de condiciones que se derivan de acciones que son el resultado de las dinámicas de intercambio intenso en un mercado libre. Así, incluso en el caso de la existencia de una posición de dominio conjunta por parte de agentes económicos independientes unos de otros, dicha posición debe ser el resultado de una acción de mercado, con intercambios intensos y competencia, que determina un resultado estructural que hace posible la acción conjunta - no concertada de los agentes que participan del mismo.

En consecuencia, para la procedencia de la denuncia será necesario identificar la posición de dominio en el mercado y que dicha posición de dominio sea consecuencia de las acciones previstas expresamente en el texto de la ley, para, de ser el caso, disponer la actuación de fondo en el proceso, es decir, la identificación de una conducta abusiva por parte de las empresas en posición de dominio"⁴⁹.

Acto seguido, el Tribunal del INDECOPI determinó que las AFP ostentaban posición de dominio conjunta en el mercado, no por ser parte del mismo grupo empresarial, sino, más bien, porque el mercado presentaba condiciones estructurales que les permitía ejercer en simultáneo dicha posición, sin incurrir en una práctica concertada. En particular, señaló que se trataba de un mercado muy concentrado y de una actividad intensamente regulada, para la cual se habían impuesto una gran cantidad de requisitos legales, que a la larga generaban elevadas barreras de acceso al mercado.

Sin embargo, el Tribunal precisó que la posición de dominio conjunta de las AFP se derivaba de un mandato legal previsto en la regulación del sector y que el DL 701 no atribuía al INDECOPI facultad para conocer casos de abuso de posición de dominio originada en un mandato legal, por lo que, finalmente, también declaró improcedente la denuncia.

4.1.2. Caso Agencias Marítimas (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI)

Este caso se refiere a la denuncia de una empresa operadora de almacenes para carga marítima contra un conjunto de agencias marítimas por abuso de

⁴⁹ Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI de 4 de junio de 2004, contenida en el expediente 001-2003/CLC. *Central Unitaria de Trabajadores del Perú y el señor Javier Diez Canseco Cisneros contra AFP horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y la Asociación de AFP.*

posición de dominio en la modalidad de discriminación. Según la denunciante, las agencias estaban vinculadas con distintas empresas almaceneras y aplicaban condiciones más onerosas por sus servicios a los almacenes independientes –como la denunciante– que competían con sus empresas vinculadas.

Dado que la denuncia no planteó un supuesto de prácticas concertadas, pero indicaba que las denunciadas estaban llevando a cabo una misma conducta, la CLC evaluó el caso bajo la figura de la posición de dominio conjunta. Para ello, consideró que esa figura se presentaba en actividades caracterizadas por interdependencia oligopolística y que implicaba un comportamiento alineado de parte de dos o más empresas que entendían que esa era la mejor “estrategia” debido a las características especiales del mercado⁵⁰.

La CLC entendió que la interdependencia oligopólica se derivaba de la estructura del mercado y no de la conducta de los agentes, por lo cual, la mejor vía para enfrentar los casos de abuso de posición de dominio conjunta era a través de la abogacía de la competencia, que impulsara la modificación de las condiciones estructurales del mercado. No obstante ello, afirmó que en la medida que el abuso de posición de dominio conjunta implicaba una estrategia conscientemente no competitiva en el mercado, se encontraba incluida dentro del ámbito de las conductas prohibidas por el DL 701 y que tal práctica encajaba “*más cómodamente*” bajo la prohibición de acuerdos y actuaciones paralelas o prácticas concertadas:

“47. (...) esta Comisión es consciente de que el ‘problema’ de la interdependencia oligopólica y el surgimiento de colusiones tácitas es uno más de estructura del mercado que de comportamiento de sus agentes. Por ende, no necesariamente este tipo de conductas debe ser corregido mediante la imposición de sanciones.

48. (...) no tendría sentido sancionar a un agente por actuar del modo que racionalmente le resulta más ventajoso, porque le permite maximizar sus beneficios. Sin embargo, en dicho contexto sí puede ser necesario que la agencia de competencia intervenga mediante otros mecanismos a fin de incentivar un funcionamiento eficiente del mercado.

49. A criterio de esta Comisión, en los casos de abuso de posición de dominio conjunta o prácticas conscientemente paralelas, debería corresponder únicamente la realización de abogacías de competencia

que busquen rectificar las condiciones de mercado que favorecen el surgimiento de este tipo de situaciones.

50. Como se ha afirmado, los casos de abuso de posición de dominio conjunta conllevan una acción “conjunta” o “alineada” de las empresas que ostentan conjuntamente tal posición. Ahora bien, esta acción conjunta o paralela debe ser una que no encuentre justificación en las condiciones del mercado, sino más bien en un oportunismo de dichas empresas de su condición de oligopólicas. En otros términos, los oligopolistas deberán adoptar conscientemente una estrategia no competitiva.

51. Debe considerarse que el paralelismo en sí mismo no constituye prueba suficiente para determinar la existencia de una concertación. Los competidores en una industria pueden incrementar o disminuir sus precios o sus volúmenes de producción en respuesta a aumentos o disminuciones de precios o volúmenes de producción de otros competidores, en especial si estos últimos son líderes en el mercado. Esto último puede constituir una conducta económicamente racional y justificable.

52. El tipo de paralelismo relevante para determinar la existencia de un abuso de posición de dominio conjunta debe ser uno particular, que evidencie la adopción de una estrategia no competitiva de parte de las empresas participantes de un oligopolio. Así, no bastará, por ejemplo, que se determine la existencia de alzas y bajas en los precios de manera simultánea entre las empresas. Para que pueda inferirse la existencia de una “acción conjunta no concertada” deberá determinarse que las empresas se estén comportando de igual forma, cobrando los mismos (o muy similares) precios o condiciones de comercialización. De lo contrario, la empresa que vende a un menor precio estará en la capacidad de apropiarse de los clientes de las otras.

53. De acuerdo a lo expuesto en los acápites anteriores, y en línea con lo establecido por el Tribunal, esta Comisión considera que los abusos de una posición de dominio conjunta se encuentran dentro del ámbito de las conductas prohibidas por el Decreto Legislativo 701.

54. Pese a la terminología empleada, y a que un supuesto de abuso de posición de dominio conjunta podría ser visto indistintamente como un abuso de posición de dominio (llevado a cabo por dos o más empresas independientes entre sí) o como una práctica colusoria (“colusión tácita”), esta Comisión considera que este tipo de prácticas deben ser encausadas a través

⁵⁰ Cabe mencionar que entre las características de mercado consideradas por la CLC se incluyen las siguientes: elevada concentración, simetría en las cuotas de los oligopolistas, gran transparencia en el mercado, homogeneidad del producto, tecnología de producción madura, altas barreras de ingreso, entre otras.

del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, es decir, dentro de las denominadas prácticas colusorias y, en particular, bajo el concepto de **prácticas conscientemente paralelas**.

55. Esto porque el tipo de conducta que involucra este fenómeno encaja más cómodamente en esta última categoría, por tratarse de una conducta llevada a cabo por dos o más empresas y con un determinado grado de “cooperación” entre ellas. Por lo demás, como se ha visto, las condiciones de mercado que se ha considerado necesarias para la configuración de una posición de dominio conjunta son muy similares a las condiciones favorables para el surgimiento de prácticas colusorias” (resaltados y subrayados en el texto original)⁵¹.

Luego del análisis concreto del mercado de servicios de agenciamiento marítimo, la CLC concluyó que el mismo no presentaba las condiciones para una situación de interdependencia oligopólica que podría conllevar a una posición de dominio conjunta. Asimismo, no encontró indicios de que las empresas denunciadas hubiesen adoptado un comportamiento paralelo que restringiese la competencia.

4.1.3. Caso Alfatel (Cuerpo Colegiado de OSIPTEL)

En este caso, una empresa concesionaria del servicio de televisión por cable denunció que Telefónica del Perú se negaba a brindarle acceso a sus postes para que instale su red de cables para brindar servicios en el distrito de Huaycán de la ciudad de Lima, y que tal práctica limitaba la competencia en tanto que la denunciada se encontraba a su vez vinculada con otra empresa prestadora del servicio de televisión por cable.

El Cuerpo Colegiado de OSIPTEL (en adelante, “CCO”) analizó la denuncia bajo los alcances del artículo 5 del DL 701, considerando que el mismo incluía el supuesto del abuso de posición de dominio conjunta. Para tales efectos, consideró que la posición de dominio conjunta en este tipo de casos no implicaba que las empresas pudieran implementar un esquema de colusión tácita, sino que pudieran ejercer su poder de mercado para excluir a los competidores. En tal sentido, los miembros del oligopolio debían contar con información suficiente para conocer que no existían incentivos para competir entre ellos, de modo que tuviesen un adecuado margen de certeza de que si incurrían en actos abusivos no tendrían competidores que neutralizaran su actuar. Las ideas planteadas por el CCO al respecto fueron las

siguientes:

“(…) los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta tienen por finalidad determinar si se cometió efectivamente una infracción a las normas de libre competencia. Dentro de este contexto, la identificación de la posición de dominio conjunta supone determinar si una o más empresas pueden actuar independientemente de los demás participantes en el mercado imponiendo condiciones de venta sin que hayan empresas que puedan enfrentárseles, para luego analizar si una o más de dichas empresas cometieron actos abusivos. Es decir, la identificación de la posición de dominio conjunta es un medio para definir posteriormente si se produjo la infracción.

De acuerdo con lo anterior, en los procedimientos por abuso de posición de dominio conjunta no se requiere evaluar si las empresas pueden incurrir en una colusión tácita para no competir, sino si se encuentran en capacidad de ejercer su poder de mercado para explotarlo o para excluir a los competidores.

(…)

(…) tratándose de procedimientos por abuso de posición de dominio debe entenderse que la transparencia se refiere a la información suficiente para que los miembros del oligopolio conozcan que no existen mayores incentivos para competir entre ellos, de manera que si uno de ellos incurre en una conducta abusiva pueda tener un margen de certeza de que los demás miembros del oligopolio no se constituirán en fuente alternativa de suministro para el agente afectado por dicha conducta”⁵².

Sobre la base de estas ideas, el CCO encontró que el mercado presentaba características propicias para la existencia de posición de dominio conjunta, pues las únicas empresas que tenían instalada una red de postes en el distrito en cuestión y que podían atender el pedido de la denunciante eran la distribuidora eléctrica que operaba en esa zona y la denunciada. Además, consideró que se trataba de un mercado muy concentrado y con elevadas barreras de entrada, el servicio involucraba un bien homogéneo (los postes) y sin mayores necesidades de innovación. Adicionalmente, ambas empresas habían dado claras muestras de que no tenían intención de alquilar espacio en sus postes ubicados en el distrito de Huaycán. Gracias a ello las empresas contaban con suficiente información que les indicaba que no habían incentivos para competir. Consecuentemente, se

⁵¹ Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC de 18 de julio de 2005, contenida en el expediente 009-2004/CLC. *Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros*, párrafos 47-55.

⁵² Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL de 20 de enero de 2003, contenida en el expediente 009-2001. *Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. contra Telefónica del Perú S.A.A.*

concluyó que las dos empresas ostentaban una posición de dominio conjunta.

Seguidamente, el CCO analizó la negativa de la empresa denunciada y determinó que la misma no tenía justificación de negocios alguna, por lo cual, concluyó que se trataba de un acto de abuso de posición de dominio conjunta. Ello pese a que la negativa solo había sido implementada en los hechos por una de las empresas que ostentaba tal posición. La principal razón para tal veredicto sería que su conducta limitaba el acceso de un competidor potencial al mercado, pues la operadora de televisión por cable vinculada a Telefónica del Perú podría ingresar al mismo en el futuro, es decir, la denunciada se estaba reservando un mercado potencial.

4.2. Comparación y crítica de la jurisprudencia nacional

Siguiendo el mismo orden de presentación, debe señalarse que el caso de las AFP indica que la posición de dominio conjunta puede derivarse de la doctrina de la entidad económica única, es decir, de empresas del mismo grupo económico, y también –aunque bastante confusamente expresado– de una situación en que las condiciones estructurales del mercado permiten un comportamiento conjunto pero no concertado entre las empresas. Dentro de estas condiciones estructurales se incluyó la evaluación de aspectos tales como la concentración del mercado y las barreras de acceso al mismo. Otro punto a resaltar es que en el referido pronunciamiento se señaló expresamente que la evaluación de este tipo de casos implica identificar tanto la posición de dominio conjunta como la conducta abusiva (lo que el Tribunal del INDECOPI calificó como “*la actuación de fondo en el proceso*”).

En tal sentido, si bien se definió incorrectamente la posición de dominio conjunta en el primer supuesto (si las empresas son parte del mismo grupo económico la posición de dominio sería individual y no conjunta), el tratamiento del segundo supuesto resulta adecuado, en tanto que permitiría incluir dentro del concepto de posición de dominio conjunta los esquemas de colusión tácita, tal cual se ha definido en el presente artículo. Así, puede sostenerse que la definición planteada por el Tribunal del INDECOPI se refiere al ajuste racional del comportamiento de empresas que conforman un oligopolio, sin necesidad de comunicación o contacto efectivo entre ellas, debido a que las características estructurales del mercado así lo permiten.

Más aún, si el concepto de posición de dominio conjunta manejado se refiere efectivamente a la colusión tácita, la misma no sería ilegal por sí misma como un acto de abuso de posición de dominio. En efecto, si se requiere de actos de abuso de posición de dominio por parte de las empresas involucradas –como actuación de fondo en la investigación– se tendría que demostrar, de un lado, la colusión tácita como equivalente a la posición de dominio conjunta y, de otro, actos específicos de abuso para declarar que se ha incurrido en infracción al DL 701.

El caso de las Agencias Marítimas tiene el mérito de haber precisado con mayor detalle y mejores argumentos la figura de la posición de dominio conjunta. Sin embargo, resulta contradictorio en cuanto a sus conclusiones y parece ir más allá de lo señalado por el Tribunal del INDECOPI.

En efecto, la CLC señaló acertadamente que la posición de dominio conjunta se deriva de las especiales características del mercado y, además, que el comportamiento oligopólico que conlleva a una colusión tácita entre los competidores es una respuesta económica racional frente a tales condiciones de mercado. Más aún, sostuvo que la mejor vía para enfrentar esa figura no era el control de conductas – en tanto se señala que no tendría sentido aplicar las sanciones que este tipo de normas prevé como solución–, sino que debía recurrirse a acciones de abogacía de la competencia, para impulsar la modificación o eliminación de aquellas características del mercado que resultaban propicias para la colusión tácita.

Sin embargo, pese a lo anterior, la CLC llegó a una conclusión inconsistente con sus afirmaciones. Partiendo de un aparente distingo entre posición de dominio conjunta y colusión tácita, basado en que esta última supondría un “*determinado grado de cooperación entre las empresas*”, asumió que la primera estaría bajo el artículo 5 del DL 701, pero no sería sancionable, mientras que la segunda sí estaría prohibida por el artículo 6 de dicha norma. Así, la CLC estaría entendiendo que la colusión tácita se encuentra proscrita como una práctica conscientemente paralela, no obstante haber reconocido expresamente que se trata de un comportamiento racional y que no implica comunicación ni contacto efectivo entre los agentes, como ocurre con las prácticas prohibidas por el artículo 6 del DL 701⁵³.

⁵³ Aparentemente se estaría entendiendo que cuando el artículo 6 del DL 701 se refiere a actuaciones paralelas las distingue de las prácticas concertadas. No obstante, el texto de la norma parece tratar ambos términos como sinónimos (recuérdese que el artículo 6 se refiere a las “*actuaciones paralelas o prácticas concertadas*”). En tal sentido, sería discutible argumentar que el texto de la ley establece que las actuaciones paralelas son un tipo de prácticas colusorias distintas a las prácticas concertadas y que en virtud de ello la colusión tácita se encuentra prohibida por dicha norma.

Adicionalmente, la CLC indicó que su línea interpretativa estaba en consonancia con lo resuelto por el Tribunal del INDECOPI, pues consideraba que el abuso de posición de dominio estaba prohibido por el DL 701. Hasta aquí, no habría problema en el razonamiento de la CLC. Sin embargo, acto seguido, llegó a la conclusión de que, pese a su terminología, esa figura no estaba prohibida por el artículo 5 de dicha norma, sino por el artículo 6 de la misma, referido a acuerdos y prácticas concertadas entre competidores. Como se advierte de lo expresado al comentar el caso de las AFP, esta interpretación no se sigue de los argumentos planteados por el Tribunal del INDECOPI.

Por último, el caso Alfatel tiene como mayor virtud plantear la necesidad de un doble análisis para determinar un caso de abuso de posición de dominio, esto es, determinar primero la existencia de la posición de dominio conjunta, para, luego, analizar si se cometió el acto de abuso. En tal sentido, distingue correctamente la posición de dominio conjunta como una situación inobjetable y el abuso como acto ilícito.

No obstante, el pronunciamiento hace una interpretación distinta a la esbozada en la jurisprudencia del INDECOPI. Así, deja de lado la equivalencia entre la posición de dominio conjunta y la colusión tácita, para adoptar una concepción tradicional de lo que es el abuso de posición de dominio, como conducta por la que se aprovecha el poder de mercado para excluir a los competidores. Pese a ello, toma en cuenta los criterios de análisis correspondientes a la identificación de mercados propicios para la colusión tácita.

La mixtura realizada puede parecer heterodoxa, al no seguir la línea de razonamiento en que la posición de dominio conjunta es equivalente a la colusión tácita, pero de todos modos recurrir a elementos de juicio propios del análisis de esta última figura. No obstante, también puede considerarse como un caso *sui generis* en que el concepto ha sido ajustado a fin de enfrentar un comportamiento abusivo que impedía la entrada de un competidor potencial. En tal sentido, podría asimilarse a casos como los de *Companie Maritime Belge* o *Irish Sugar*.

5. COMENTARIOS FINALES

Como se aprecia, el desarrollo del concepto de posición de dominio conjunta por la jurisprudencia administrativa peruana ha seguido en líneas generales derroteros similares a los de la Comunidad Europea, incluyendo sus posibles aciertos y errores.

Así, por ejemplo, esa figura se ha ido equiparado con la colusión tácita, aunque pareciera que finalmente podría estarse desvirtuando su lógica si la misma se

pretendiera sancionar bajo la prohibición de prácticas concertadas. No obstante, cabe señalar que, al igual que en Europa, el tratamiento del tema no ha pasado del campo teórico, pues hasta el momento no se han investigado casos en que se haya encontrado que el mercado presentaba características propicias para comportamientos oligopólicos no cooperativos y en los cuales se haya verificado la implementación de un esquema de colusión tácita.

Otro tema importante es que en la jurisprudencia peruana parece haberse mantenido la lógica del doble análisis, es decir, identificar la posición de dominio conjunta y luego el acto de abuso específico. De esta forma, se conserva la misma racionalidad utilizada para los supuestos de abuso de posición de dominio individual, pues se estaría partiendo de que la posición de dominio conjunta es inobjetable. Cabe señalar que, al igual que en Europa, el único caso en que se ha sancionado por abuso de posición de dominio conjunta es un caso de características *sui generis* no relacionado con un esquema de colusión tácita.

También merece atención el paralelo que puede hacerse entre control de concentraciones empresariales y acciones de abogacía de la competencia. Como ya se indicó, la Comunidad Europea parece haber llegado a la conclusión de que la forma más efectiva de enfrentar la posición de dominio conjunta –entendida como colusión tácita– es prevenirla a través del control de concentraciones empresariales. Pese a no contar con normas de esa naturaleza, en el Perú también se ha planteado que la mejor forma de enfrentar la posición de dominio conjunta es previniéndola con acciones de abogacía de la competencia. Lamentablemente, ese paralelo se quiebra cuando se considera que la colusión tácita podría encontrarse proscrita al igual que una práctica concertada entre competidores.

Si se acepta que la colusión tácita es el comportamiento racional en mercados con interdependencia oligopolística que, a su vez, presentan características propicias para el ajuste del comportamiento de las empresas a la conducta esperada de sus rivales, dicho comportamiento no debería condenarse por sí mismo, ni como un acto de abuso de posición de dominio, ni como una práctica concertada. En el primer caso, tendría que seguirse la misma racionalidad que con el abuso de posición de dominio individual e identificarse actos de abuso específicos. En el segundo caso, tendría que exigirse el mismo estándar de prueba sobre la intención de no competir pese a que el mercado lo permitiría, es decir, que se encuentre evidencia de comunicación o contacto efectivo entre las empresas.

Adicionalmente, es necesario recuperar la idea de que no tiene sentido aplicar las sanciones previstas en el

DL 701 a la colusión tácita y extenderla para sostener que las normas de control de conductas peruanas como tales y en su versión actual no son efectivas para enfrentar tal comportamiento.

Para explicar lo anterior, es conveniente volver sobre el ejemplo planteado al inicio de este artículo respecto de los grifos. Bajo el escenario planteado, los grifos no solo contarían con información suficientemente detallada y oportuna para prever el comportamiento de sus competidores, sino que contarían con herramientas de represalia disuasivas. En consecuencia, sería racional que ajustaran su conducta al comportamiento esperado de sus rivales, para mantener un equilibrio que maximice sus ganancias.

Si la autoridad de defensa de la competencia considerara ilícito ese comportamiento, se toparía con la sorpresa de que cualquier orden de conducta que emitiera no daría lugar a cese efectivo de la práctica, en tanto que las características del mercado continuarían siendo las mismas, salvo que se ordenara a los grifos “taparse los ojos” para no ver las condiciones y tendencias del mercado, con lo cual, tendrían que actuar sin considerar las señales que les ofrece su actividad. Adicionalmente, las multas u otras sanciones que pudieran imponerse resultarían ineficaces, pues al día siguiente de cumplirlas los grifos estarían nuevamente en condiciones de incurrir en el mismo comportamiento. Esto generaría total incertidumbre sobre lo que deben hacer las empresas que participan en mercados de ese estilo, con la consiguiente inseguridad jurídica que ello implica. Razones de esta índole deben ser las que convencieron a la Comunidad Europea de seguir el camino de la prevención de condiciones de mercado propicias para la colusión tácita, en vez de prohibir este comportamiento *per se*.

Hay dos cuestiones adicionales que se deben mencionar al respecto. La primera es que parece más adecuado identificar aquellas prácticas llevadas a cabo por las empresas para facilitar la aparición artificial de las condiciones propicias para la colusión tácita, y enfocarse en perseguir y sancionar tales prácticas. Como se explicó previamente, la introducción generalizada de cláusulas de nación más favorecida o para alcanzar la competencia podrían tener tales efectos. Esta óptica se inspiraría en una lógica preventiva, al atacar la fuente que originaría las referidas condiciones de mercado, pero se materializaría a través de la aplicación del control de conductas. Además, las órdenes de cese de las conductas

infractoras sí resultarían efectivas para reducir las probabilidades de una colusión tácita.

El segundo tema es que la situación podría ser distinta –aunque debe reconocerse que también bastante más riesgosa– si la ley de defensa de la competencia peruana contemplara la facultad de dictar los denominados remedios de estructura. Es decir, ordenar la separación estructural de las empresas infractoras o la venta de parte de sus activos, ante el hallazgo de actos de abuso de posición de dominio. Si tal fuera el caso, podría tratarse de corregir la implementación comprobada de esquemas de colusión tácita a través de esas medidas, buscándose con ellas la modificación de las condiciones estructurales del mercado. Obviamente, esta lógica pasaría por asumir que la colusión tácita, pese a ser un comportamiento racional, es sancionable por sí misma. La alerta que cabe plantear en este caso es lo discutible de otorgar ese grado de poder discrecional a la autoridad de defensa de la competencia⁵⁴.

Finalmente, una interrogante que surge es si las medidas de represalia propias de un esquema de colusión tácita también deben considerarse como válidas desde un punto de vista legal. Como se ha mencionado, si el mercado presenta las condiciones propicias para ello, ajustar el comportamiento propio a la conducta esperada de los rivales sería la respuesta racional de toda empresa. Sin embargo, los esquemas de colusión tácita implican que las desviaciones serán castigadas a través de mecanismos de represalia tales como las guerras de precios, de modo que se disuada cualquier propensión a no mantener el comportamiento esperado.

La pregunta es si la aplicación comprobada de estas medidas de represalia debería ser considerada lícita, al igual que el ajuste del comportamiento a la conducta de los rivales. Al respecto, algunos podrían considerar que tales medidas siguen una racionalidad económica similar a la del ajuste del comportamiento entre los competidores, por lo que, deberían recibir el mismo tratamiento legal. Pero debe tomarse en cuenta también que el objetivo de esas medidas es garantizar el alineamiento implícito de las conductas disidentes para recuperar así la vigencia del arreglo tácito existente. Es decir, los competidores atacan a aquel oligopolista que encontró rentable desviarse y asumió que podía haber lugar para la competencia. Considerando tales posiciones, no sería adecuado adelantar una respuesta frente a un tema que amerita mayor discusión y que probablemente termine definiéndose caso por caso.

⁵⁴ Cabe mencionar que esta facultad ha sido introducida hace relativamente poco tiempo en el marco normativo de la Comunidad Europea a través de la Regulación del Consejo 1/2003. También se encuentra prevista en el proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que ha propuesto reiteradamente el INDECOPI en sustitución del DL 701.

De acuerdo con todo lo anterior, y retomando el título de este artículo, corresponde señalar que, si se asume la equivalencia entre posición de dominio conjunta y colusión tácita, esta última figura no debería considerarse una infracción. De otro lado, el abuso de

posición de dominio conjunta, entendido, por ejemplo, como prácticas que faciliten la aparición artificial de las condiciones propicias para la colusión tácita o como supuestos similares al del caso Alfatel, sí resultaría una conducta sancionable.

UNA INTRODUCCIÓN AL SISTEMA COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: LA DECISIÓN 608 EN EL MERCADO AMPLIADO ANDINO

Pierino Stucchi López Raygada *
Luis Gabriel González Delgado ** ***

La Libre Competencia es un principio fundamental que rige los Sistemas de Economía de Mercado. Dicho principio cobra mayor importancia en un escenario de mercados ampliados como es el de la Comunidad Andina. Los autores realizan un interesante análisis de los postulados del Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia así como de los mecanismos y procedimientos establecidos para asegurar su aplicación y eficacia dentro de los países miembros.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI y profesor de los cursos Integración Económica y Derecho Empresarial en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Alumno del último ciclo en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asistente de docencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas en el curso Derecho Empresarial y miembro del equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI.

*** Ambos coautores señalan que toda opinión vertida en el presente artículo les es atribuible únicamente a ellos a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participan profesionalmente.

INTRODUCCIÓN

La integración económica de la que participan los estados en el escenario internacional exige cierto nivel de estandarización en los sistemas económicos de los estados que se integran, de modo tal que permita que los elementos coordinadores de la economía en cada uno de ellos se integre con los elementos coordinadores de la economía en el escenario integrado.

Actualmente, no se puede dudar que la economía de mercado, en su variante social de mercado o en su formulación teórica más liberal, es el sistema preferido por los estados del mundo como medio de generación y asignación de recursos a las necesidades que siempre superan la disponibilidad de aquellos. En consecuencia, dado el auge de la integración económica, los esquemas de integración son procesos internacionales en los que las economías de mercado de cada estado se integran.

En la presente entrega, nos dedicaremos a presentar y analizar las características del Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia que, en la Comunidad Andina, tiene por objetivo lograr que, a nivel del mercado ampliado, prevalezcan las condiciones necesarias para permitir un proceso competitivo vigoroso que genere beneficios para los habitantes de la subregión.

1. LA ELECCIÓN DEL SISTEMA ECONÓMICO

Aunque se pierda de vista frecuentemente, el problema tras de la eficiencia de un sistema económico es el bienestar del ser humano. Por ello, las necesidades inherentes a su existencia y desarrollo han orientado a las sociedades hacia la búsqueda de mecanismos que, como medios, permitan satisfacer las necesidades humanas.

La elección del mejor medio posible para lograr dicha satisfacción ha sido y será la principal preocupación

pública. Sin embargo, la experiencia nos permite afirmar que la imposibilidad de lograr el bienestar pleno radica en el hecho de que las necesidades de una sociedad superan siempre a la cantidad de recursos disponibles para satisfacerlas.

Será necesario que cada sociedad elija una manera de distribuir la cantidad de recursos existentes entre los integrantes de la sociedad, intentando reducir al máximo la brecha generada por el descalce existente entre lo que hay y lo que se requiere. Este es el problema que la economía intenta resolver y el objeto de un sistema económico. La mejor respuesta posible al problema de cómo generar el mayor grado de satisfacción posible, dando destino a los bienes y servicios disponibles en la realidad y estimulando el incremento progresivo de estos a través de la producción, deberá ser entregada por el sistema económico que se elija. En este sentido, un sistema económico deberá determinar el "qué", el "cómo" el "cuánto" y el "para quién producir".

Para que el sistema económico, entendido como un conjunto de elementos, normas y principios que permiten la asignación de recursos, funcione en su plenitud, sus premisas de desarrollo deben encontrar respaldo en el poder público a cargo del estado o de la organización internacional que administra un mercado ampliado, pues de otro modo cualquier aplicación será insuficiente y se encontrará más alejada del funcionamiento ideal que el sistema económico propone.

Actualmente, el mundo contemporáneo presenta dos paradigmas de sistemas económicos, uno fortalecido por la decantación de algunos siglos de experiencias y desarrollo teórico, el sistema de economía de mercado; y, otro debilitado casi al grado de extinción por sus recientes fracasos y transiciones para lograr su abandono, el sistema de economía planificada o dirigida. Presentamos el siguiente cuadro como resumen de sus principales rasgos distintivos:

	Economía de mercado	Economía planificada o dirigida
Mecanismo de coordinación: " Qué, cómo, cuánto y para quién producir"	Precios: Generados por la libre interacción entre la oferta y la demanda.	Plan: Generado por un director económico, desde el sector público.
Objetivos de los agentes económicos	Maximizar su bienestar. Lograr el mayor beneficio al menor costo posible.	Cumplir las metas del plan en todos los niveles.
Organización	Descentralizada: En la infinidad de decisiones y transacciones que se articulan entre demandantes y oferentes de bienes y servicios.	Centralizada: En el órgano u organismo público que elabora el plan económico y establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente económico.
Sistemas de propiedad afines	Capitalismo: Los empresarios son los propietarios de los medios de producción.	Comunismo: La sociedad es la propietaria de los medios de producción y su administración la ejerce el estado.
Funciones de las ideologías sobre la convivencia de la sociedad	<p>Liberalismo: Mantiene la visión del predominio o preeminencia de la libertad como fundamento de la convivencia. Se reconoce la indiscutible importancia de la igualdad ante la ley.</p> <p>Socialismo: Compatible con este sistema económico en tanto proponga el predominio o preeminencia de la igualdad de oportunidades. Plantea la búsqueda del bienestar colectivo como finalidad del ejercicio de la libertad. Enfocado en la redistribución.</p>	<p>Liberalismo: Compatibilidad limitada casi a la inexistencia de puntos de contacto con este sistema económico. Negado en la mayoría de experiencias históricas.</p> <p>Socialismo: Propone el predominio del igualitarismo casi absoluto en la sociedad como premisa para el bienestar colectivo.</p>

1.1 El fracaso de la economía dirigida o planificada

La economía planificada plantea la antítesis de lo postulado por la economía de mercado. Como en el caso de la desaparecida Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, las decisiones de asignación de recursos a los agentes económicos no se realizaban a través de la elección individual de los agentes, sino por la decisión de un ente planificador estatal¹, cuya función era: i) medir el volumen de necesidades de toda la sociedad; ii) definir el orden de prioridad en el que se deberían satisfacer dichas necesidades; y, iii) producir y distribuir los recursos existentes a las necesidades de cada agente miembro de la sociedad, conforme a la prioridad definida.

En este sentido, sería sumamente difícil y casi imposible ver un automóvil convertible en un país de economía planificada, pues los recursos disponibles serían

primero destinados a satisfacer necesidades básicas, luego intermedias y, finalmente, de haber un remanente, a la satisfacción de necesidades suntuarias, lo cual sería de difícil ocurrencia. Tampoco existiría la necesidad de contar con publicidad, marcas o monedas de cambio circulantes. No existiría precio y, menos aún, algo que pagar, salvo que uno acudiera a los mercados negros que podrían formarse ilegalmente en este sistema como vía alterna para la satisfacción de necesidades "no oficiales".

En una economía planificada, el órgano u organismo público que elabora el plan económico y establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente económico se encarga de la distribución de bienes y de la prestación de servicios, esencialmente homogéneos, por lo que no existen bajo este sistema las compraventas, ni las contraprestaciones, ni las remuneraciones. Cada agente económico realiza la actividad que el estado le encarga y recibe lo que el

Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado

¹ En su momento, la Constitución de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas señalaba como principios: "(1) The abolition of private ownership of the means of production in favor of state or public ownership; (2) the collectivization of agriculture; (3) the nationalization of natural resources; (4) a centrally directed planned economy; (5) mandatory employment, in accordance with the formulas, "He who does not work, neither shall he eat" and "From each according to his ability, to each according to his work"; (6) the legal monopoly of the Communist Party". MACRIDIS, Roy C. y Roberth E. WARD (editores). "Modern Political Systems-Europe". New Jersey: Prentice-Hall. 1963. p. 504.

estado considera que satisface sus necesidades, a través de un sistema de distribución y prestaciones públicas.

La economía planificada colapsó en estados como la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas debido a los enormes costos de información en los que debía incurrir el órgano u organismo público que elabora el plan económico que establece las metas para satisfacer las necesidades de cada agente. Además, complotó en el fracaso de este sistema la dificultad de medir con exactitud los elementos cualitativos y cuantitativos de las necesidades de cada agente. Asimismo, los costos de operación para administrar la ejecución del plan económico, sumados a los problemas de agencia por falta de alineación entre los objetivos de los burócratas (agentes) y los objetivos de la sociedad (principal), y a la incapacidad del sistema para que sus logros o fracasos fueran supervisados adecuadamente, culminaron con sus pretensiones de éxito en el objetivo de lograr la mejor generación y distribución de recursos. La verdad sea dicha, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas era un esquema de integración económica de Repúblicas (que antes eran estados independientes y hoy lo han vuelto a ser algunos) basado en la integración planificada y no de mercado.

1.2 La elección de la economía de mercado

Por su parte, la economía de mercado tiene a la fijación de los precios por el libre juego de la oferta y la demanda como el mecanismo de coordinación para asignar los recursos disponibles y las necesidades de los miembros de la sociedad². En la economía de mercado el precio estará condicionado, entre otros, al nivel de escasez del bien o servicio transado. El precio de determinado bien o servicio tenderá a ser más elevado mientras más demandantes pugnen por conseguirlo y mientras menos oferentes existan para proveerlo. Al contrario, el precio tenderá a ser menor si la oferta del bien o servicio es abundante y la demanda es menor.

La demanda es el conjunto de requerimientos de los agentes económicos sobre determinado bien o servicio y la oferta es el conjunto de ofrecimientos de los agentes económicos sobre determinado bien o servicio, en determinado espacio y tiempo. Por ejemplo, cuando nos referimos a la demanda por servicios de transporte aéreo intracomunitario en la Comunidad Andina, nos referimos a la cantidad de requerimientos que tienen los agentes económicos para ser trasladados por dicha

vía, en el espacio territorial de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, tanto al interior de cada uno como desde uno hacia otro país. Cuando nos referimos a la oferta de servicios de transporte aéreo intracomunitario, como contraparte, nos referimos a la cantidad de asientos disponibles en los aviones, para las rutas existentes en dicho espacio geográfico.

La ponderación de la demanda es el fundamento principal de la economía de mercado. Sin demanda no existe oferta alguna que permanezca en el mercado. La demanda representa las necesidades sociales y el precio aparece de la interacción de aquella con el volumen de oferta disponible. Ello, tal como ocurriría con tres imaginarios agentes en el mercado que necesitan un automóvil y que se constituyen como la demanda de dicho bien. Si en el mercado solamente existe un automóvil disponible, se iniciará una competencia entre los demandantes para poder obtenerlo y, bajo el mecanismo de coordinación de los precios, logrará obtenerlo aquel agente que pueda pagar el precio más alto posible. El vendedor del automóvil, como oferente, desarrollará un comportamiento razonable, maximizando beneficios y entregándolo a quien pague el mayor precio. Si nadie demandara el automóvil, el precio de éste sería cero.

La economía de mercado se basa en un esquema descentralizado conformado por multiplicidad de transacciones que van orientando el nivel de los precios, de acuerdo a la interacción de la oferta y la demanda. Luego de formado el precio en el mercado, éste cumple una función informativa derivada y complementaria a su función de coordinación. Así, si se presentara en el mercado un precio que fuera significativamente alto respecto de los costos de producción de determinado bien (excedente del productor alto), se transmite inmediatamente a los demás agentes que existen oportunidades de lograr excedentes y, en consecuencia, beneficios significativos si deciden ingresar a colocar ofertas del bien referido en el mercado.

1.3 Modelo de competencia perfecta

En una economía de mercado, la libre interacción de la oferta y la demanda genera competencia entre los oferentes para lograr transacciones con los demandantes y viceversa. Este modelo asume que los agentes económicos que participan en el mercado, como demandantes o como oferentes: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al

² Coincidimos en que " (e)n una economía de mercado el valor se mide en términos de precios y el proceso de valuación lo realizan los consumidores al gastar sus ingresos. Los consumidores se enfrentan a una amplia cantidad de bienes que pueden adquirir. El valor en dinero que le atribuyen a cada bien depende de la urgencia que los consumidores en conjunto tengan de ese bien con relación a los otros, de su capacidad de respaldar sus deseos con dinero y de las existencias del bien". LEFTWICH, Richard. " Sistema de precios y asignación de recursos". México: Nueva Editorial Interamericana. 1978. p. 16.

menor costo posible; iii) gozan de información absoluta y transparente sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí³. Supone también que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente se coloque, en cualquier actividad productiva o de comercio, de oferente o demandante, por lo que la posición de cualquier agente "autoritario" puede ser cubierta inmediatamente. Además, implícitamente, en este modelo se ignora la existencia de costos de transacción.

En consecuencia, por ejemplo, si un significativo número de oferentes en el mercado ofrecen una camisa de calidad homogénea a un precio entre \$7 y \$8, será muy difícil que un demandante le compre a un oferente "autoritario" una camisa de la misma calidad a un precio de \$12. Como regla del modelo, ningún consumidor pagará más por algo que puede encontrar en el mercado a menor precio, pues su comportamiento es racional y maximizador. Por las mismas razones, será sumamente difícil que un consumidor compre a un precio entre \$7 y \$8 una camisa de calidad muy inferior a la que se vende en el mercado por dicho precio.

En el modelo de competencia perfecta, ningún agente en el mercado puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros, es decir, la conducta de cada agente es disciplinada por la conducta del resto de actores. Todo agente es obligado por las fuerzas de la oferta y la demanda a acercarse al equilibrio, bajo sanción económica de no ser elegido para realizar transacción alguna si no lo hace. La variedad de ofertas disciplinan al oferente de "precio excesivo" o de "calidad deficiente" excluyéndolo del intercambio.

Los postulados de la economía del bienestar reconocen que la sociedad recibe mayores agregados de excedente cuando el mecanismo de coordinación de los precios funciona, pues en cada transacción permite que: i) los demandantes reciban un excedente igual a la diferencia que existe entre el precio de mercado de un bien o servicio (por ejemplo, \$4) y el precio que estaban dispuestos a pagar (por ejemplo, \$5), siempre el demandante obtendrá de la transacción un bienestar medido en los términos del excedente referido, denominado "excedente del consumidor" (en nuestro ejemplo \$1); y, ii) los oferentes reciban un excedente igual a la diferencia que existe entre

el precio de mercado (\$4) y el costo del bien o servicio (por ejemplo \$3), siempre el oferente obtendrá de la transacción un bienestar medido en los términos del excedente referido, denominado "excedente del productor" (en nuestro ejemplo también \$1).

Así, el mercado permitiría asignar los bienes o servicios a quien más los valora, pues con independencia del nivel de precios, bajo el modelo de competencia perfecta, solamente transarán, en principio, quienes: i) demandando el bien o servicio, lo valoren más que el precio del mercado; y, ii) ofreciendo el bien o servicio, lo valoren menos que el precio de mercado, debido a que su costo de obtenerlo o producirlo es inferior.

Si bien, será razonable pensar que alcanzar el modelo de competencia perfecta es imposible, será también razonable realizar los mayores esfuerzos posibles por lograr que el mercado real se acerque a éste, limando o corrigiendo las fallas que pudieran presentarse. La función del Derecho Ordenador del Mercado en general y, en particular, de las disciplinas de defensa de la libre competencia es lograr acercarnos lo máximo posible al modelo y, en todo caso, evitar que, si la realidad se encuentra muy alejada del modelo, se produzcan perjuicios para el sistema competitivo mismo o un abuso contra los agentes económicos.

2. INTEGRACIÓN Y ECONOMÍA DE MERCADO

Planteadas las características esenciales de la economía de mercado y del sistema competitivo que ésta implica, corresponde presentar el fenómeno de integración y su relación con la economía de mercado.

Como se registra históricamente, desde finales de la segunda guerra mundial, el orbe ha transitado hacia una liberalización multilateral del comercio que tuvo como punto de inicio la suscripción del General Agreement on Tariffs and Trade-GATT¹ de 1947 y hacia una liberalización regional del comercio y de la circulación de factores productivos que tuvo como hito el establecimiento del bloque económico europeo con la suscripción del Tratado de Roma de 1957.

Actualmente, con la Organización Mundial del Comercio (OMC) la integración multilateral se encuentra intensificando una liberalización del comercio que abre los mercados nacionales no solamente en bienes, sino también en servicios.

³ Sobre el modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que "son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...). 2. Las empresas son precio aceptantes. (...). 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...). 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta". FRANK, Robert H. "Microeconomía y Conducta". Madrid: McGraw-Hill/Interamerica de España. 1992. p. 379.

Para mayor profundización sobre este tema se recomienda acudir a dicha obra.

¹ Nota del editor: siglas en inglés de "Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio".

Asimismo, de modo complementario, se encuentra en auge el establecimiento de mercados ampliados regionales entre los que se cuentan: i) zonas o áreas de libre comercio como el *North American Free Trade Area-NAFTA*¹¹, conformada por Canadá, México y Estados Unidos de Norteamérica⁴; ii) uniones aduaneras como la que desea consolidar en un futuro próximo la Comunidad Andina, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela⁵; o, iii) mercados comunes, uniones monetarias y formas avanzadas de integración como la desarrollada por la Unión Europea⁶.

La integración regional, conforme se ha descrito, conlleva una ampliación de los mercados, circunstancia que intensifica la competencia y permite que, en el escenario nacional de cada estado miembro, confluyan una mayor cantidad de agentes económicos que como oferentes compiten por la preferencia de la demanda nacional con los oferentes nacionales e, incluso, con otros agentes económicos extranjeros que también participan como oferentes. La integración, en palabras simples, es una expansión de la economía de mercado que suprime las fronteras económicas de los estados.

3. EL SISTEMA COMPETITIVO EN EL MERCADO AMPLIADO

Establecida una apertura del mercado nacional que recibe mayores ofertas desde el exterior y que se encuentra en la posibilidad de enviar sus ofertas a espacios económicos en el exterior, el bienestar social propende a incrementarse pues los demandantes de bienes y servicios podrán acceder a: i) bienes que no se encontraban a su disposición por no ser producidos en el país; o, ii) bienes que encontrándose en el mercado nacional, pueden provenir desde el exterior a mejores combinaciones de calidad y precio. De hecho, los productores nacionales se verán contrastados por la competencia de oferentes extranjeros, por lo que deberán dedicarse a aquello en lo que sean comparativamente más competitivos que los oferentes

extranjeros para ofrecer bienes y servicios con mejores combinaciones de calidad y precio, destinando su oferta ya no sólo al mercado nacional sino al mercado ampliado.

Logrando esta dinámica, los excedentes del consumidor se incrementan pues ocurrirá en algunos casos que: i) el producto que antes consumía lo puede obtener al mismo precio de mercado pero a una mayor calidad que, siendo valorada, aumenta su precio de reserva, lo que a su vez eleva su excedente y, en consecuencia, aumenta su bienestar; y, ii) un producto de calidad homogénea respecto del que antes consumía lo puede obtener a un menor precio de mercado, aumentando la distancia entre éste y el precio de reserva, lo que a su vez eleva su excedente y, en consecuencia, aumenta su bienestar.

3.1 La necesidad de defender la libre competencia en el mercado ampliado

La competencia entre los agentes económicos es la premisa fundamental para que el modelo de competencia perfecta funcione. Si quienes ofrecen un bien o un servicio se pusieran de acuerdo para no competir, los consumidores no verían aumentados sus excedentes o, peor aún, podrían verlos disminuidos al reducir sus brechas entre precios de reserva y precios de mercado, sea porque la calidad se reduce o se congela lo cual puede afectar a la baja los precios de reserva; o, porque los precios se elevan o se mantienen elevados acercándose al precio de reserva de quienes los seguirían adquiriendo. De hecho, el excedente del consumidor desaparece si el precio de mercado llega a superar el precio de reserva y ya no se produce una transacción.

Teniendo en cuenta que son los estados quienes por actos de imperio público, a través de tratados internacionales buscan una intensificación de la competencia para aumentar el bienestar de la sociedad, sería un despropósito que permitan que los agentes económicos

¹¹ Nota del editor: siglas en inglés de "Tratado Norteamericano de Libre Comercio".

⁴ Un área de Libre Comercio es "un esquema de integración económica que persigue constituir un mercado ampliado, para ello los Estados se comprometen a no imponer el cobro de aranceles o tributos similares a la importación a los bienes que sean "originarios" (obtenidos o generados de la naturaleza, o producidos por la industria) de los otros Estados que son contraparte suya, como miembros de la misma Área de Libre Comercio". STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. "Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de integración económica y sus efectos en el Comercio de bienes". En: Revista de Economía y Derecho. 2005. p. 49.

⁵ "Como su nombre indica, en este tipo de esquema de integración, los Estados que se integran (Estados socios) establecen la libre circulación de bienes entre sus territorios y una nueva unidad aduanera conformada por la unión de sus territorios. La unión se verifica al nivel de las aduanas, significando fundamentalmente la aplicación de un mismo nivel arancelario a los bienes que se importan desde el exterior de la unión hacia cada Estado socio. Así, se genera la conformación de una frontera comercial única que se proyecta hacia el exterior. Adicionalmente, se materializa una política comercial exterior y un sistema de defensa comercial comunes que pueden consistir en negociación internacional conjunta y regulaciones sobre *dumping*, subvenciones y salvaguardias, entre otras. La Unión Europea, en la evolución de su proceso de integración se constituyó, en su momento, como unión aduanera". Ibid. p. 64.

⁶ "Esta categoría implica el establecimiento de profundos compromisos entre los Estados que se integran (Estados socios) para lograr el objetivo de asegurar el libre intercambio y circulación de los cuatro factores de producción: bienes, servicios, capitales y personas, al interior de sus territorios, en condiciones equivalentes a las que se tendría si todos conformaran un único mercado nacional. Así, los ciudadanos de los Estados socios deben tener derecho de establecimiento y de trabajo en iguales condiciones y sin discriminación en el territorio de cualquiera de los Estados. Del mismo modo, la circulación de bienes, servicios y capitales se debe desarrollar sin discriminación o restricción alguna". Ibidem.

podrían obstruir y limitar la competencia al punto de restringirla o abusar de sus posiciones de dominio en el mercado ampliado. La lucha contra toda conducta que restrinja la libre competencia en el mercado ampliado se convierte en un imperativo de los estados que se integran, tal como ocurre en la Comunidad Andina⁷.

3.2 Eligiendo el sistema apropiado

Superada la visión privatista del sistema competitivo, competir no es solo un derecho de los oferentes, sino además es una obligación en la economía de mercado, pues ello permitirá el logro del bienestar agregado, al ampliar el excedente del consumidor y, en consecuencia, su bienestar⁸. Así, el Derecho asume la protección y defensa de la libre competencia para que el sistema competitivo, como vía elegida, pueda generar el mayor bienestar posible a la sociedad.

De hecho, la defensa del sistema competitivo, tanto en los espacios nacionales como en el espacio económico de la Comunidad Andina, planteará problemas derivados de su necesidad de defender la existencia de la libre competencia en mercados que materialmente no se ven limitados por la atadura de las fronteras políticas o de los estados, sino que se manifiesta como una realidad concreta que ignora las fronteras dibujadas en un mapa, más aún si se ha producido una ampliación de mercados como consecuencia de un proceso de integración económica.

Las agencias de competencia de cada país podrán, jurídicamente, luchar contra conductas contrarias a la libre competencia, pero siempre limitadas en su accionar por el alcance territorial de su jurisdicción, circunstancia que dificulta en gran medida la acción y efecto real que puedan generar al exterior de sus estados, aún cuando se postule que aplican la "teoría de los efectos". Por ello, en un mercado ampliado como

el de la Comunidad Andina será necesario contar con un sistema supranacional que se encargue de tal tarea.

4. LA DECISIÓN 608 DE LA COMUNIDAD ANDINA Y EL SISTEMA COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

4.1 Conductas prohibidas y sancionables

La Decisión 608 enfoca un elenco de conductas que clasifica, según las presume, como i) abuso de posición de dominio en el mercado; o, ii) como acuerdos restrictivos de la libre competencia⁹. Esta presunción, permite al órgano comunitario competente desarrollar una labor orientada a encontrar, en estos supuestos, circunstancias a las que deberá prestar la mayor atención indagatoria por ser altamente probable que constituyan conductas contrarias a la libre competencia¹⁰. Sin embargo, como toda presunción, consideramos que admitirá prueba en contrario, pues tiene del otro lado la resistencia de la presunción de inocencia que corresponde a todo sujeto de derecho y que es reafirmada en el artículo 3 de esta Decisión¹¹.

4.1.1 Acuerdos que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia

La Decisión bajo comentario señala textualmente: "Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de: a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización; b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios; c) Repartir el mercado de bienes o servicios; d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o, e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas. (...)".

Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado

⁷ "(L)a experiencia hace pensar que la integración no basta por sí solo. Por ejemplo, parece que incluso en los mercados grandes en que hay pequeños obstáculos internos al comercio, tales como los de la Comunidad Europea y los Estados Unidos, se necesita todavía una activa política de competencia a pesar de su avanzado estado de integración". ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO. "El Comercio y la Política de Competencia. Informe Anual 1997". Volumen 1. Ginebra. 1997. p. 62.

⁸ En la misma línea, otros constatan que "(c)onforme al planteamiento del liberalismo decimonónico, el empresario tenía derecho a competir. Se trataba de un derecho. Pero con la legislación "antitrust", el planteamiento cambió totalmente. No es que el empresario tenga derecho a competir, sino que tiene la obligación de competir. Y si viola esa obligación, realizando pactos o concertando comportamientos para no competir o para restringir la competencia, entonces está actuando ilegalmente y su actuación está sujeta a sanciones establecidas en la ley". BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto. "Apuntes de Derecho Mercantil". Quinta edición. Navarra: Aranzandi. 2004. p. 343.

⁹ Es claro, como constatan otros, que "La competencia puede ser entorpecida o eliminada por los propios competidores. Entre los medios más importantes para este fin se cuentan los carteles y fusiones. El dominio del mercado puede lograrse también por otros medios". MESTMAECKER, Ernst-Joachim. "Sobre la libertad y monopolios en la economía y los medios de información". En: INSTITUTO LIBERTAD Y DEMOCRACIA. "Democracia y economía de mercado". Lima: Industrial Gráfica. 1981. p. 63.

¹⁰ Es preciso indicar que la Decisión 616, complementando a la Decisión 608 bajo comentario, dispuso la aplicación del Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia en Ecuador de modo inmediato, pese a la *vacatio* establecida inicialmente. Consultar en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D616.htm>

¹¹ "La aplicación de la presente Decisión, y la legislación interna de competencia de cada uno de los Países Miembros que resulte aplicable conforme a ella, se basarán en los principios de:

(...)

c) Debido proceso, en el sentido de asegurar a toda persona natural o jurídica, un proceso justo que le permita plenamente ejercer su derecho de defensa respetando los derechos de las partes a presentar argumentos, alegatos y pruebas ante los organismos, entidades administrativas o tribunales competentes, en el marco de lo establecido en la presente Decisión, así como un pronunciamiento debidamente motivado". En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

Este elenco de conductas se encuentra sometido a una presunción genérica que invita a asumirlas, cuando son verificadas en la realidad conforme a la actuación probatoria del proceso respectivo, como restrictivas de la libre competencia. Sin embargo, dicha presunción necesitará ser respaldada por la convicción en la autoridad comunitaria de que, en cada caso concreto, dichas conductas, en la realidad, restringen la libre competencia. En este punto es pertinente tener presente que el Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto: "la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores"¹².

Constatando que la Decisión 608 sigue la tradición continental de defensa de la libre competencia, no será apropiado señalar que para el análisis de acuerdos restrictivos de la libre competencia sigue una "regla de lo razonable" y no una "regla *per se*", aún cuando materialmente la autoridad comunitaria debe analizar si el efecto de la conducta restringe la libre competencia. El sistema continental, se regula, en su ejecución administrativa, por el principio de legalidad y no por las reglas antedichas. En este sentido, según se aprecia que en la Decisión 486, existe una presunción relativa que evita considerar que las conductas enunciadas en el elenco son consideradas por sí mismas como proscritas o infractoras, y niega la posibilidad de aplicar una presunción *iure et de iure*, puesto que ésta necesita que el texto de la norma lo haga explícito, lo que no ocurre en el artículo 7¹³.

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización

Por ejemplo, un acuerdo entre las empresas fabricantes de cerveza en la Comunidad Andina para fijar un nivel de precios equivalente en la distribución de bebidas similares sería considerado como una conducta restrictiva de la libre competencia, pues su "desnudez restrictiva" generaría de inmediato que el excedente del consumidor (definido antes como la diferencia entre el precio que paga en el mercado por el bien y el precio que hubiera estado dispuesto a pagar) se mantendría limitado o, incluso, reducido, por la ausencia de las acciones competitivas por parte de los concurrentes en el mercado para: i) ofrecer mayor calidad de bebida al mismo precio, o, ii) reducir el precio para ofrecer la misma calidad de bebida.

En casos como éste, quedará muy claro que la eficiencia del mercado ampliado disminuye debido a que el bienestar de los consumidores se ve afectado por la disminución de su excedente, al desaparecer la competencia que le puede ofrecer mejores combinaciones de precio y calidad. Éste sería un típico caso de infracción que, en la realidad, afianza, por sus efectos, la presunción que recae sobre la conducta descrita en este acápite.

Sin embargo, el resultado de la presunción de ilicitud podría ser diferente si se enjuiciara un acuerdo asociativo entre todas las empresas prestadoras de servicios financieros establecidas en Colombia y Perú para establecer un mismo nivel de comisión por retiro

¹² Artículo 2 de la Decisión 608: "La presente Decisión tiene como objetivo la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores".
En: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

¹³ En este punto, también podemos considerar que la Comunidad Andina ha diseñado un sistema compatible con la experiencia peruana en cuanto el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha considerado, al aplicar el cuerpo normativo de nivel legal que defiende la libre competencia, el Decreto Legislativo 701, que:

"(E)l análisis de razonabilidad (...) está dirigido a establecer si la práctica es o no idónea para dañar la competencia, es decir si, de realizarse la práctica, esta generaría más perjuicios que beneficios. Así, la distinción entre la "regla *per se*" y la "regla de la razón" no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. Por el contrario, en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción.

La aplicación de la regla *per se* o de la regla de la razón no es un criterio para definir los alcances de la probanza con relación a la realización de una conducta infractora de la ley de competencia. La aplicación de dichos criterios corresponde más bien a la admisión o no de ciertas justificaciones aplicables en términos de los beneficios o perjuicios económicos que dichas conductas pueden generar en el interés económico general. En otras palabras, la jurisprudencia norteamericana ha sostenido que existen acuerdos –como la fijación de precios– que siempre son perjudiciales para el interés económico general, no siendo necesario intentar acreditar al respecto algún tipo de beneficio que la acción pudiera haber permitido en los hechos. Por el contrario, otros acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, siendo reprochables en sí mismos y por ende, también sancionables, podrían quedar exceptuados de la sanción, si se demostrara que, en esos casos, los efectos producidos resultan beneficiosos para el interés económico general.

Esta Sala (...) considera que para la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 no son de aplicación ni la regla *per se* ni la regla de la razón, toda vez que dichos conceptos, fruto de la creación jurisprudencial americana, muy útiles para aproximarse al tratamiento comparado del fenómeno de la competencia, no son compatibles con nuestro sistema jurídico de tradición europea continental.

En el Perú, para calificar una práctica como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, es necesario que dicha práctica pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y la misma se haya ejecutado en el mercado, lo cual constituye la afectación del interés económico general de acuerdo con la valoración positiva de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701".

Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente 004-2002-CLC en el que se investigó la conducta de Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros; que establece además un precedente de observancia obligatoria sobre la materia.

En: http://www.indecopi.gob.pe/upload/legislacionyjurispru/resolu_0224_2003.PDF

de dinero en la ciudad de Oruro, en Bolivia, a través de un sistema de cajeros automáticos establecidos para tal fin. En este caso, si las empresas financieras descritas acuerdan el nivel de precio referido para financiar el establecimiento del mismo cajero, pues no hubiera sido rentable establecerlo individualmente, sería en realidad un acuerdo en los precios y condiciones de comercialización que podría proveer bienestar a los consumidores de la zona, que no hubieran podido acceder al servicio descrito de no haberse producido el acuerdo.

Éste no sería un acuerdo que revelaría una “ desnudez restrictiva”, sino que, por el contrario, habría que analizar con detalle a efectos de percibir su impacto sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado. En este ejemplo, si las entidades financieras mantuvieran su estado de competencia en los demás aspectos de sus servicios financieros, tales como niveles de tasas de interés para ahorros y servicios adicionales o complementarios, sería sumamente difícil que se pudiera mantener, validamente, la presunción que presenta el artículo 7 de la Decisión en comentario, de modo tal que no sería razonable considerar el acuerdo descrito como una conducta restrictiva de la libre competencia.

De hecho, el ejemplo descrito en el párrafo anterior no puede permitir a alguien señalar que la fijación de precios u otras condiciones de comercialización en el mercado ampliado generarán un efecto positivo y real sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado comunitario. Al contrario, ello será definitivamente lo excepcional.

b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios

Difícil será también encontrar casos en los que se produzca un efecto positivo y real sobre el bienestar de los consumidores y sobre la eficiencia del mercado cuando los concurrentes se ponen de acuerdo para restringir coordinadamente el volumen de la oferta de un bien determinado.

Imaginemos lo que ocurriría por ejemplo si todos los productores de ron en la región, decidieran restringir sus producciones, ello, en lo inmediato elevaría en alguna medida el precio, debido a la escasez relativa del bien, asumiendo por un momento que la posibilidad de que el ron sea sustituido por otros productos no fuera significativa. En un caso como éste, los productores habrían: i) reducido el bienestar de los consumidores que comprarían el ron pese a la subida del precio; y, ii) eliminado el bienestar de los que dejaron de consumirlo, al haber sido rebasado su precio de reserva por el nuevo precio de mercado generado

por la “ escasez concertada”. Imposible, en este caso, advertir mejora en el bienestar de los consumidores, todo lo contrario, y, menos aún, sobre la eficiencia del mercado. Nos encontraríamos ante una conducta contraria a la libre competencia en el mercado ampliado.

Sin embargo, si no fueran todos los productores de ron de la región, sino solamente aquellos que pudieran, juntos, representar una capacidad instalada o potencia productiva capaz de satisfacer únicamente el 3% de la demanda de los consumidores de la Comunidad Andina, el acuerdo de restringir la producción sería por sí mismo incapaz de restringir el bienestar de los consumidores o la eficiencia competitiva del mercado andino. Ello, por cuanto los demás productores de la región, también concurrentes en el mercado andino, podrían cubrir aquello que dejarán de producir los concertantes, sin que el precio de mercado se elevara por efecto de alguna escasez y, en consecuencia, los consumidores no verían mellado su nivel de excedente. Naturalmente, esta constatación se hace bajo una presunción de homogeneidad en la calidad del aludido ron. En un caso como el descrito no podría existir una infracción contra la libre competencia a nivel comunitario.

c) Repartir el mercado de bienes o servicios

Para que esta conducta descrita pueda ser considerada contraria a libre competencia en el sistema comunitario, habrá que acreditar que los actores del acuerdo tienen capacidad de repartirse el mercado, generando algún efecto restrictivo sobre la competencia.

Imaginemos lo incapaz que sería un acuerdo entre cuatro productores de gas licuado de petróleo ecuatorianos para producir una afectación en el bienestar de los consumidores o la eficiencia competitiva del mercado si se reparten los mercados de Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela; ello por cuanto existe la suficiente capacidad productiva en las empresas locales que colocan bienes similares en cada país, lo que no permitiría que el precio se elevara o que la cantidad se restringiera por el acuerdo de reparto de las empresas ecuatorianas.

Ocurriría lo contrario si dos empresas cerveceras de gran envergadura se repartieran, para una los mercados del sur (Bolivia y Perú) y para otra los mercados del norte (Colombia, Ecuador y Venezuela). Sí podrían lograr aislar la competencia de una sobre la otra en cada submercado artificial, desmembrando por su voluntad el mercado cervicero de la Comunidad Andina y creando monopolios, con la consecuente disminución del excedente del consumidor en cada

zona repartida y, en consecuencia, una disminución de su bienestar¹⁴.

- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado

Este supuesto contiene una cláusula general, abierta que permitirá que la autoridad comunitaria desarrolle acciones contra conductas contrarias a la libre competencia que, como acuerdos, constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, aunque no se encuentren enunciadas expresamente en los acápites anteriores. Que duda cabe de que las conductas que son materia de las disciplinas que protegen la libre competencia evolucionan con la dinámica de los mercados. Por ello, este acápite abierto y comprensivo es necesario para que la autoridad comunitaria pueda hacer frente a ellos con las determinaciones de ilícito necesarias y las sanciones respectivas.

A nivel comunitario, éste es un supuesto de mayor amplitud que describe un resultado más que una conducta. El acuerdo en este caso podrá ser de diversa índole, pudiendo comprender desde actos de boicot, hasta la realización de conductas coordinadas de sabotaje contra el competidor. Desde nuestra perspectiva esta modalidad enunciada podría consistir, por ejemplo, en la exclusión injustificada de espacios de coordinación gremial, de modo tal que dicha exclusión pudiera imponer o erigir barreras de entrada al mercado, tal como lo sería que algunos concurrentes excluyan de compartir un bien de infraestructura esencial, necesaria para competir, con un concurrente en el mercado ampliado.

- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas

La conducta enunciada debe ser una de aquellas en las que será sumamente difícil encontrar alguna que no pueda ser considerada infractora. No se refiere solamente, a nuestro juicio, a la conducta concertada en licitaciones, concursos o subastas públicas convocadas por el sector público de los estados de la Comunidad Andina. Será también posible que esta conducta contraria a la libre competencia sea promovida ante una convocatoria pública realizada por un privado.

Coincidimos en que " (l) a licitación fraudulenta puede materializarse de distintas formas: distintos competidores pueden ponerse de acuerdo en el precio de oferta, con la esperanza de obtener todos parte del objeto de la subasta, o establecer sistemas de rotación que aseguren un ganador diferente en cada nueva subasta" ¹⁵. En cualquier caso, la eliminación de la competencia queda revelada de la transacción que pudieran realizar, en cualquier sentido, los agentes concertantes para beneficiarse de los excedentes de productor que pudieran emanar de no pugnar entre sí por la demanda.

4.1.2 Prohibición del abuso de la posición de dominio

En este punto, la Decisión 608 señala textualmente: " Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios; b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios; c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos; d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva; e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios; f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y, g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.

Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad".

¹⁴ En el mismo sentido, ODRIOZOLA, Miguel y Begoña BARRANTES. " Prohibición de prácticas colusorias (II): Restricciones horizontales" . Barcelona: Bosch. 2005, p. 250. " (e) l reparto de mercado puede materializarse mediante un acuerdo por el que se concede a cada una de las partes la exclusividad para operar en un área geográfica determinada, obligándolas a abstenerse de hacerlo en el área otorgada al resto de las partes, un pacto de no agresión, un reparto de mercados de producto, de cuotas de venta o de clientela" .

¹⁵ Ibidem.

La posición de dominio, constituye la capacidad de un agente en el mercado para no encontrarse, en alguna dimensión, sujeto a la influencia del sistema competitivo, es decir, para no verse influenciado por otros agentes en determinado mercado, pues su posición de dominio revela la plena inexistencia del modelo de competencia perfecta en el mercado en que concurre¹⁶. Y, en este punto, será necesario determinar cuál es el mercado sobre el que el agente ostenta su posición de dominio, siendo éste definido como el mercado relevante en la investigación, que se entiende como "un concepto que se utiliza para circunscribir los efectos de una determinada conducta u operación económica a un conjunto de productos o variedades de un producto, y excluir en cambio del análisis los efectos que dicha conducta u operación pueda tener sobre otros productos y variedades (...) es entonces definir qué productos o variedades (y qué zonas geográficas en las cuáles dichos productos o variedades se comercian) conforman un mercado, quedando por oposición fuera de dicho mercado otros productos, variedades y zonas geográficas"¹⁷.

Para entender el concepto de mercado relevante, debemos preguntarnos, por ejemplo, cuál sería el alcance del poder de mercado de un agente que pudiera tener a su cargo toda la producción de ron en la Comunidad Andina. La primera pregunta que debe hacerse la autoridad de competencia comunitaria es ¿cuáles son los posibles sustitutos del ron para el consumidor subregional? ¿Cuáles serían los productos que adquiriría el consumidor si el agente antes referido elevara el precio del ron? ¿Adquiriría otros productos o no sería elástica su demanda? Si la respuesta fuera que el consumidor adquiriría más pisco ante dicha circunstancia, éste producto deberá ser incorporado como parte del mercado relevante. Por el contrario, si el consumidor no adquiriría ginebra o vermouth, estos productos no deberían ser incorporados en tal mercado

relevante. El mercado relevante no se define necesariamente por la similitud de los productos, sino por las características de la demanda, es decir considerando en el mismo conjunto a productos que se dirigen a satisfacer las mismas necesidades o, en todo caso, que pueden utilizarse indistintamente para ello, de manera tal que sean sustitutos, lo cual es definido únicamente por la valoración y preferencias del demandante.

En el Derecho Comunitario Andino, la posición de dominio no se encuentra proscrita y, en consecuencia, no es sancionada, debido a que por sí misma no es causa del deterioro del bienestar de los agentes económicos. Es solo sancionable el uso abusivo de dicha posición. Esta visión comunitaria andina se encuentra en plena sintonía con la visión comunitaria europea¹⁸.

La presunción establecida en el artículo 8 de la Decisión 608 no desencadena directamente una consideración ilícita para el elenco de conductas que detalla y que se desarrollan a continuación, será necesario siempre, y en todos los casos, que las conductas detalladas sean comprobadamente realizadas por uno o más agentes que cuenten con posición de dominio, tal como se ha explicado y se describe en el artículo 9 de la misma Decisión.

Queda claro además que la Decisión bajo comentario permite a la autoridad comunitaria sancionar a un agente que comete abuso de posición de dominio, sea que: i) excluya a los otros agentes concurrentes de la competencia (conductas *exclusorias*); o, ii) explote a los agentes en los siguientes niveles de la cadena productiva o comercial, o a los consumidores, generando transacciones en condiciones que afectan sus excedentes y que no habrían sido posibles si no gozaran de tal posición de dominio (conductas *explotativas*). La consideración anterior es evidente por

¹⁶ Para determinar qué es la posición de dominio en el mercado común europeo, la doctrina ha entendido que " 'Posición dominante', es (...) la posibilidad de impedir la competencia efectiva, lo que probablemente significa el poder de comportarse con independencia en el mercado. Otro factor a tener en cuenta es si las otras empresas están obligadas a comerciar con la empresa en posición dominante por no existir otra posibilidad alternativa en el mercado. En la práctica hay cuatro pasos para determinar que una empresa esté en posición dominante.

En primer lugar, hay que definir el mercado –'mercado relevante del producto'– en el que deben evaluarse las condiciones de la competencia y el poder de la empresa en posición dominante.

En segundo lugar, hay que demostrar que la empresa tiene una cuota de mercado persistentemente alta en tal mercado.

En tercer lugar, hay que demostrar que no es probable que rivales actuales o potenciales erosionen la posición de la empresa en posición dominante.

En cuarto lugar, hay que demostrar que la posición dominante existe en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo". BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. "Derecho de la Competencia en el Mercado Común". Madrid: Civitas. 1992. p. 508. En esta cita, los autores refieren y remiten a trabajos de WISH, KORAH y SHARPE.

¹⁷ COLOMA, Germán. "Defensa de la Competencia". Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2003. p. 68.

¹⁸ En comentario del contenido del artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, un sector destacado de la doctrina europea señala que el contenido de las normas comunitarias "no establece en ningún caso la incompatibilidad de la mera posición de dominio con el mercado común; lo que se prohíbe, en efecto, es el abuso de dicha posición dominante llevado a cabo por quien la ostenta –individual o colectivamente según se desprende del texto del precepto y la jurisprudencia reconoce– (...) (d) e lo dicho se deriva que en Derecho europeo resulta imprescindible en orden a la identificación de prácticas abusivas punibles no sólo la determinación, en primer término, de aquello en lo que consista la posición dominante; igualmente y en segundo lugar, resulta exigida la concreción de aquello en lo que consista el abuso de ella por parte de quien la posee". ILLESCAS, Rafael. "Los instrumentos jurídicos de la aplicación". En: Tratado de Derecho de la Competencia. Tomo 1. Barcelona: Bosch. 2005. p. 117.

cuanto, como dijimos, el Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia tiene por objeto: " la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores " ¹⁹.

a) La fijación de precios predatorios

Contando con la posición de dominio como antes se ha señalado, cuando una empresa coloca sus precios a un nivel por debajo de sus costos es capaz de generar un deterioro a sus competidores actuales o potenciales de modo tal que puede expulsarlos del mercado o levantar una barrera para impedir su ingreso, respectivamente. Los precios predatorios, también llamados precios ruinosos²⁰, en lo inmediato generan un aumento del bienestar del consumidor que ve elevado su excedente. Sin embargo, logrado el objetivo de excluir a sus competidores reales o potenciales, el perjuicio que sobreviene en el futuro podrá ser mayor cuando el agente con posición de dominio retorne al nivel de precios usual o, incluso coloque uno mayor, generando que el excedente del consumidor se vea nuevamente reducido. Es claro que si un oferente que carece de posición de dominio intentara desarrollar una estrategia de precios predatorios no solamente sería un minimizador de beneficios (lo contrario a lo que espera de él el modelo de competencia perfecta) sino que además será un obsequioso empresario camino a la quiebra.

Esta estrategia predatoria, pese a ser potencialmente maximizadora para el agente que cuenta con posición de dominio y consecuencia de una conducta estratégica, se opone a la necesidad de que el sistema competitivo no presente barreras artificiales causadas por razones distintas a los postulados de eficiencia. Los precios predatorios tienen por efecto excluir al competidor actual o potencial.

b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios

Aquí, por ejemplo, si el agente productor de lavadoras de la marca OMEGA ubicado en Brasil impone a sus distribuidores en la Comunidad Andina una exigencia

para que vendan y otorguen servicio técnico únicamente respecto de sus lavadoras, difícilmente estaríamos ante una conducta abusiva. Ello, debido a que el distribuidor, como demandante de dicho bien y, a la vez, intermediario en la cadena de comercialización puede elegir la oferta de cualquier otra empresa fabricante de lavadoras para intermediar en su venta y prestar servicio técnico si las condiciones no le son favorables. Estarán allí Bosch, LG y Mabe, entre otras. En este caso, la distribución exclusiva es una condición que persigue la transmisión de valor al consumidor, a efectos de que la marca pueda atesorar un valor sobre los productos al hacer exclusiva, por especial, una atención y enfoque para las ventas y el servicio técnico.

Será distinto el caso de una empresa que posee la posición de dominio en la Comunidad Andina (95% de la participación del mercado) sobre la provisión de *software* para trabajos de oficina (incluidos procesadores de texto, hojas de cálculo y bases de datos), que impone a sus distribuidores la distribución exclusiva de sus productos impidiendo que distribuyan *software* de otra empresa, bajo condición de retirarle la distribución de sus productos. Aquí sí nos encontraremos ante un abuso de posición de dominio, conforme al cual se excluirá, en los hechos, del mercado, a cualquier productor de *software* que, pese a poder ser más eficiente si vende a menores costos con calidad equiparable, no tendría acceso a los canales de distribución el tiempo necesario para lograr participación en el mercado.

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos

Este es un típico supuesto en el que el agente que ostenta posición de dominio en el mercado desarrolla una práctica abusiva *explotativa*, esencialmente. Imaginemos si la empresa antes referida que posee la posición de dominio en la provisión de *software* para trabajos de oficina, a nivel de todos los estados de la Comunidad Andina, decide exigir a los demandantes, para venderles dicho *software*, que adquieran además un *drive* de puerto USB (Universal Serial Bus).

¹⁹ En este punto, también podemos considerar que la Comunidad Andina ha diseñado un sistema compatible con la experiencia peruana en cuanto el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha considerado, al aplicar el cuerpo normativo de nivel legal que defiende la libre competencia, el Decreto Legislativo 701, que:

" [cuando la norma hace referencia a que la conducta cause *perjuicios a otros* el legislador se refiere necesariamente a los otros agentes del mercado, es decir, competidores y consumidores (...) la norma nacional, siguiendo sus orígenes y fuentes, así como las propias manifestaciones positivas del texto, alcanza tanto a las conductas abusivas de naturaleza exclusoria como explotativa " .

Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente 001-2003-CLC en el que se investigó la conducta de AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP y Asociación de AFPS, por denuncia de Central Unitaria de Trabajadores del Perú y de Javier Diez Canseco Cisneros. En: http://www.indecopi.gob.pe/upload/legislacionyjurispru/resolu_02251.pdf

²⁰ " La expresión 'precios ruinosos' también denominados predatorios, se asocia con una política de precios por una empresa en posición dominante que tiene como principal objetivo la eliminación o la debilitación seria de un competidor " . BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op. Cit. p. 537.

Notaremos que un consumidor de *software* para trabajos de oficina no requiere necesariamente dicho *drive* y, principalmente, su adquisición conjunta con el referido *software* no es condición necesaria ni usual respecto del objeto del contrato de licencia de derechos de autor que implica el uso del *software*. De hecho, será más repulsivo el asunto si lo que exige la empresa en cuestión es que los demandantes, para adquirir dicho *software*, adquieran además una carpa para acampar en la playa²¹.

El abuso de posición de dominio en esta modalidad puede generar una grave afectación al excedente del consumidor en cuanto le “obliga” a adquirir un producto sobre el cual podría ni siquiera tener planteado precio de reserva alguno. En este contexto, cualquier desembolso es pérdida pura para el consumidor, dado que no necesitaba y, menos aún, valoraba el producto que se le “obligó” a adquirir.

Esta conducta además tendrá un efecto negativo de exclusión, al restringir la competencia con los demás oferentes de carpas para acampar en la playa que, pudiendo tener menores costos de producción, con cada transacción, podrían generar un mayor excedente para sí mismos, por tener un mayor margen respecto del precio de mercado, y, en consecuencia, sumar al agregado social de excedente traducido en bienestar. Ello, por cuanto cada carpa “obligada” es una carpa menos que podría comprar el “obligado” a hacerlo.

- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva

Un agente que ostenta posición de dominio en el mercado, no puede diferenciar las prestaciones que otorga o que exige a los agentes con los que contrata respecto de aquellos bienes o servicios en los que se sustenta su condición dominante en el mercado.

Esta conducta puede producir, entre otros, dos efectos diferentes, pero potencialmente coexistentes que restringen la competencia. Imaginemos que la discriminación se presenta en la prestación de servicios de transporte marítimo de mercancías, en la que la empresa prestadora con posición de dominio cobra, a una empresa por trasladar un contenedor lleno de maíz desde el Callao a Guayaquil, como precio \$100,

y por el mismo servicio cobra a otra \$70.

Con estos datos, no será posible determinar que existe una adopción de condiciones desiguales en situación análoga, pues habrá que determinar en cada caso, entre otros, si: i) el peso de los contenedores era el mismo; ii) si la oportunidad del embarque se realizó en la misma temporada, baja o alta; y, iii) si la oportunidad de pago fue la misma, diez días antes del embarque o el mismo día, sea al contado o al crédito. En cada caso, factores como estos deberán permitir a la autoridad comunitaria decidir en cada caso si existe: i) una situación análoga de contratación; y, ii) condiciones desiguales que han colocado en desventaja competitiva a un agente económico: de modo tal que generan una restricción de la libre competencia.

- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios

Nuevamente, en este punto, como en los anteriores se aprecia que la conducta enunciada es solamente restrictiva de la libre competencia siempre que exista en el agente que la desarrolla una posición de dominio en el mercado de que se trate. Estos agentes tienen jurídicamente la obligación de contratar la venta del bien o la prestación del servicio sobre el cual recae su condición de dominio como oferente en el mercado, o la adquisición de los insumos sobre los que recae su condición de dominio en el mercado.

Por ejemplo, una empresa que controle la mayoría de las fundiciones de la región andina podría negarse a adquirir metales ferrosos en bruto de los extractores mineros de la región. ¿Ello es un abuso de posición de dominio? Todo depende de la justificación. Sin duda, esgrimir la justificación de una negativa a contratar siempre nos llevará a un análisis caso por caso. Será justificado que la empresa que controla las fundiciones de la región se niegue a contratar con un extractor minero que ha incumplido reiteradas veces con la entrega del mineral, o con otro que entregue mineral ferroso junto con mezclas de mineral no ferroso, impidiendo una adecuada fundición. No será justificado, por el contrario, que dicha empresa se niegue a contratar con un extractor minero debido a una antipatía personal entre los gerentes o dueños, lujo que sí se podría dar una empresa sin posición de dominio²².

²¹ Si será, por el contrario, condición usual a la venta de gaseosas, la exigencia de adquirir los envases para que ésta sea vendida. Si una empresa ostentara posición de dominio a nivel subregional, dicha exigencia no sería un abuso de posición de dominio del tipo analizado.

²² Un sector de la doctrina nacional ha recogido como conclusión que “(s)i una empresa tiene una posición de dominio no puede negarse injustificadamente a satisfacer las demandas de compra o de adquisición, u ofertas de venta de productos o prestación de servicios, porque si incurre en esta situación puede ser considerado un abuso de su posición de dominio”. FLINT BLACK, Pinkas. “Tratado de Defensa de la Libre Competencia”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2002. p. 532. Sin embargo, nos queda la obligación de hacer una precisión de lo antes citado como conclusión para evitar confusiones, pues, de hecho, una empresa con posición de dominio “sí puede negarse a contratar injustificadamente”, sin embargo “no debe hacerlo” para mantener su conducta ajustada a Derecho y, además, si esta negación injustificada se produce no es que “pueda ser considerada” como un abuso de posición de dominio, dado no “no habrá duda alguna” de que lo que aquella conducta constituye como ilícito contrario a la competencia.

Si la negativa es de venta, la justificación que puede tener un agente con posición de dominio podría consistir en negarse a vender a aquél que le adeuda pagos vencidos o a aquel que se niega a pagar al contado, solicitando crédito, cuando ello no es otorgado a otros compradores²³.

- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros

Como conducta realizada por un agente o agentes que cuentan con posición de dominio en el mercado, ésta constituye "el suceso en el que un sujeto o grupo de sujetos rescinde, o se niega a iniciar total o parcialmente relaciones económicas con otro u otro grupo de sujetos, como consecuencia de un requerimiento recibido en tal sentido por una tercera parte, la cual tiene intención de irrogarle un perjuicio directo o indirecto, de no llevar a cabo la conducta encomendada"²⁴.

La claridad de esta conducta, conforme es descrita en el tipo enunciado, ejercida por quienes ostentan posición de dominio en el mercado, nos exime de mayor comentario. Queda únicamente enfatizar que la conducta referida consiste en una coerción a determinados agentes bajo el poder los dominantes, con el fin de dañar a otro agente en el mercado, obstruyéndole el acceso a la demanda o a la oferta necesaria para desarrollar su actividad económica.

- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica

Este supuesto contiene una cláusula general, abierta, que permitirá que la autoridad comunitaria pueda desarrollar acciones contra conductas restrictivas de la libre competencia por ser abusos de posición de dominio, aunque no se encuentren enunciadas expresamente en los acápites anteriores.

Queda claro que las conductas que son materia de las disciplinas que protegen la libre competencia evolucionan con la dinámica de los mercados por lo

que este acápite abierto y comprensivo es necesario para que la autoridad comunitaria pueda hacer frente a ellos con determinaciones de ilícito y las sanciones respectivas.

Este supuesto sí permite que una empresa pueda defender y mantener su posición de dominio si ello es consecuencia de una conducta eficiente de competencia por combinaciones de precio y calidad que, ante el demandante, puedan ser apreciadas como aquellas de mayor valor respecto de otras.

5. APUNTES SOBRE LOS ÓRGANOS COMPETENTES Y SU PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El procedimiento que regula el proceso comunitario de defensa de la libre competencia es una manifestación del poder supranacional que se ha constituido por la transferencia de competencias que han efectuado los estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela. Estos estados han decidido integrarse, sobre la base de intereses compartidos, para formar una comunidad de naciones que goce de un mercado ampliado.

El poder público supranacional "se concreta mediante una transferencia de competencias que no afecta la personalidad de los estados, sobre la base de intereses comunes, los cuales se ponen bajo la tuición de autoridades también comunes"²⁵. En el caso de la Comunidad Andina, las autoridades comunes han emitido la Decisión 608 y serán las encargadas de ejercer su aplicación. Así, la Comunidad Andina ha ejercido la función normativa del poder público al emitir la Decisión bajo comentario y ejercerá la función administrativa al conocer cada uno de los casos que se contrarios que se planteen como contrarios a la libre competencia y sancionar en aquellos en los que encuentre mérito, conforme hemos desarrollado en el punto precedente.

Como parte de las características multidimensionales del proceso comunitario de defensa de la competencia, debido a la magnitud y diversidad del ámbito territorial sobre el cual se aplican las normas de la Decisión 608

²³ Analizando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, la doctrina constata que "una empresa en posición dominante deberá mostrar una "justificación objetiva" para negarse a suministrar a un cliente suyo. Ello es así también cuando se subordina el pedido a la aceptación de términos no razonables". BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Op. Cit. p. 533.

²⁴ EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. "El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia". Madrid: Civitas 2000. p. 31. Este autor cita en este punto a BERGERHOFF, Marcus. "Nötigung durch Boykott". Frankfurt am Main. 17. En la misma entrega, el referido autor considera que: "(e)l fundamento de la deslealtad del boicot reside en que se trata de un comportamiento contrario a la competencia eficiente, pues busca la consecución de una mejora en su posición induciendo a otros sujetos a que cancelen las relaciones comerciales con sus competidores, en lugar de potenciar sus propias prestaciones, como correspondería en consonancia con el principio de competencia eficiente".

²⁵ PÉREZ MONASTERIOS, Marcelo. "Discurso de Inauguración del Simposio Integración y Supranacionalidad". La Paz, 20 al 21 de noviembre de 2000. En: COMUNIDAD ANDINA. "Integración y Supranacionalidad. Soberanía y Derecho Comunitario en lo Países Andinos". Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina. 2001. p 15.

y tomando en cuenta la necesidad de realizar actuaciones probatorias en el territorio de los estados miembros, la participación de las agencias nacionales en materia de defensa de la competencia (en adelante, agencias nacionales), resulta de la mayor importancia, dado que se constituyen en una suerte de “brazos largos” de la Secretaría General de la Comunidad Andina (en adelante, la Secretaría General), como autoridad comunitaria, para tramitar los procesos y decidir sobre el fondo de los casos. Solo con la colaboración de las agencias nacionales, la Secretaría General podrá proyectar su actuación administrativa en cada uno de los estados miembros con la incidencia y alcance necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Asimismo, para el desarrollo del mencionado proceso, y considerando que, por su naturaleza comunitaria, produce efectos en un ámbito territorial significativo, se requiere de la mayor reflexión y evaluación al momento de ejecutar las actuaciones administrativas. Por esta razón, se ha establecido como necesaria la intervención del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, El Comité) como entidad que desarrolle una función de orientación y aporte técnico, el cual está conformado por un representante de cada uno de los estados miembros.

5.1 La Secretaría General de la Comunidad Andina

Encargada principalmente de impulsar y conducir la investigación, así como de emitir un pronunciamiento final sobre los resultados de la misma. Su participación es imprescindible para el inicio del proceso de investigación, porque es la encargada de admitir las solicitudes de investigación, o impulsar, de oficio, investigaciones orientadas a determinar la realización de conductas que pudieran resultar contrarias a la competencia en los espacios del mercado ampliado comunitario. Será competente cuando la realización o los efectos de la conducta involucren el territorio de más de un estado miembro de la Comunidad Andina²⁶.

Con la finalidad de contar mecanismos de valoración que involucren las distintas realidades y contextos de los estados involucrados, en el desempeño de su rol conductor, la Secretaría General solicita cooperación a las agencias nacionales de los estados en los cuales se desarrollan las conductas investigadas y en los cuales se producen los efectos de las mismas. Por ello, la realización de investigaciones que contribuyan a

determinar la ocurrencia de la conducta sindicada como restrictiva de la competencia será realizada por las agencias nacionales conforme al “Plan de Investigación” según lo determinado por la Secretaría General.

Asimismo, en ejercicio de las potestades otorgadas en el seno comunitario, la Secretaría General se encuentra investida de poder suficiente para exigir a los agentes del mercado regional la exhibición de todo tipo de documentos referidos a su actividad comercial y a la estructura empresarial, de ser el caso, así como los registros magnéticos que contengan información relevante para los fines de la investigación. En este mismo sentido, con la finalidad de que la Secretaría General cuente con la mayor cantidad de elementos de valoración posible, la Decisión 608 le concede la facultad de citar e interrogar, a los agentes económicos involucrados en los hechos que son materia de la investigación, así como realizar las visitas inspectivas necesarias en los locales correspondientes, pudiendo obtener registros magnetofónicos y filmográficos, entre otros, que le permitan acopiar la mayor cantidad de información posible para emitir una decisión adecuada²⁷.

No obstante, la información recogida de las agencias nacionales, la Secretaría General, en su condición de conductor del procedimiento, podrá realizar sus propias determinaciones y actuaciones probatorias, así como solicitar a las agencias nacionales correspondientes información complementaria. Ello se debe a la necesidad de la Secretaría General de involucrarse de manera directa en el proceso de investigación, dada la responsabilidad que implica ser el órgano encargado de emitir el pronunciamiento final de la controversia.

De otro lado, en la etapa intermedia del proceso, como instructora, la Secretaría General tiene la función de elaborar un informe sobre los resultados obtenidos en el transcurso de la investigación, el cual remite a las partes del proceso y a los miembros del Comité antes de resolver²⁸.

En el desarrollo del proceso, la Secretaría General desempeña una función dispositiva preponderante, pues tiene un poder de decisión significativo que se revela en cada una de las etapas del procedimiento. Así por ejemplo, la Secretaría General puede imponer de oficio o a pedido de parte las medidas cautelares que sean necesarias, previa opinión de la agencia nacional del estado en el que recaerá la medida²⁹.

Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado

²⁶ Consultar el artículo 5 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

²⁷ Consultar el artículo 16 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

²⁸ Consultar el artículo 20 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

²⁹ Consultar los artículos 31, 32 y 33 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

Asimismo, determina la necesidad de convocar a una audiencia pública para confrontar los alegatos de las partes, audiencia que puede ser realizada de oficio o a pedido de parte, y tiene la potestad para aceptar o desestimar los compromisos voluntarios para cesar la conducta objeto de investigación, requiriendo a las partes, en caso de aceptar el compromiso, informes trimestrales que den cuenta del cumplimiento de dicho compromiso³⁰.

Finalmente, el poder de decisión que ejerce la Secretaría General a lo largo del proceso de investigación tiene su mayor expresión al final del mismo, pues tiene la responsabilidad de emitir el pronunciamiento final sobre el fondo del asunto, determinando la aplicación de medidas correctivas o sancionadoras correspondientes contra los agentes infractores. Al emitir el pronunciamiento final deberá dar cuenta del informe que haya emitido por el Comité como contraparte del suyo. Si discrepara con las conclusiones y recomendaciones del informe del Comité, la Secretaría General deberá manifestar de manera expresa los fundamentos de la discrepancia en el pronunciamiento final³¹.

5.2 Agencias nacionales en materia de defensa de la competencia

La Secretaría General requiere de mecanismos que le permitan extender el alcance de su potestad administrativa en cada uno de los estados miembros. De este modo, en el proceso bajo comentario se hace necesaria la colaboración de las agencias nacionales de los estados involucrados en el caso, como lo es el INDECOPI en el Perú. En este sentido, durante el desarrollo del proceso estas agencias cumplen una labor de cooperación constante con la Secretaría General.

En este sentido, las agencias nacionales tienen el encargo de colaborar con la Secretaría General en la elaboración del "Plan de Investigación", y gozan, además, también de la facultad de citar e interrogar, a los agentes económicos involucrados en los hechos que son materia de la investigación, así como de realizar las visitas inspectivas necesarias en los locales correspondientes, pudiendo obtener registros magnetofónicos y filmográficos, entre otros, que le permitan acopiar la mayor cantidad de información posible para emitir una decisión adecuada. Es importante anotar que las agencias nacionales

encargadas de la investigación, aplicarán sus normas nacionales en lo que respecta a la determinación del procedimiento a aplicar, las facultades de la autoridad, la actuación probatoria, entre otras, no especificadas en la Decisión 608³².

Las agencias nacionales competentes, dada su cercanía a las realidades fácticas involucradas, cuentan con la capacidad de acceder a pruebas e indicios respecto a las conductas contrarias a la libre competencia que se investiguen en cada caso. Por esta razón, la Decisión 608 contempla, por ejemplo, la posibilidad de que puedan solicitar el inicio de una investigación, así como la continuación de oficio de la misma, en caso ésta haya sido retirada por el solicitante³³.

Otra intervención muy relevante de las agencias nacionales, en el transcurso del proceso, es la opinión motivada que emiten para que la Secretaría General dicte una medida cautelar con ejecución en el territorio de su estado, lo cual revela una necesidad de coordinar criterios para este tipo de decisiones, tanto en el ámbito comunitario como nacional³⁴.

5.3 El Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

Se encuentra conformado por un representante de la agencia nacional de defensa de la libre competencia de cada uno de los estados miembros de la Comunidad Andina. Es un órgano que cumple una función deliberante y técnica en el procedimiento comunitario. Principalmente, luego de la ejecución del "Plan de Investigación", se encargará de emitir un informe que confronte las consideraciones del informe de la Secretaría General respecto de lo actuado en el procedimiento y de lo alegado por las partes en él. Dicho informe, pese a no vincular, a la Secretaría General, la condicionará, pues si ésta discrepa de las consideraciones del Comité, deberá sustentar dicha discrepancia en la resolución que emita sobre el fondo del caso.

Puede considerarse incluso que nos hallamos ante una especie de co-decisión, en la que el peso técnico y representativo de los miembros del Comité generaría una tensión positiva ante las consideraciones finales a las que podría llegar a la Secretaría General por sí misma. El Comité se conforma así en un *alter ego* calificado de la Secretaría General, por la autoridad

³⁰ Consultar los artículos 26, 27, 28, 29 y 30 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³¹ Consultar los artículos 22 y 34 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³² Consultar el artículo 16 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³³ Consultar el artículo 10 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

³⁴ Consultar el artículo 31 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

de sus conocimientos en los temas de libre competencia.

6. COMENTARIO FINAL

Como el título de la presente entrega lo revela, hemos pretendido solamente presentar una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia que ha establecido la Decisión 608 en el mercado ampliado andino, desde inicios del presente año y como sucesora de la desfasada e impracticable Decisión 285.

La importancia de los temas vinculados a la defensa de la libre competencia y la necesidad de profundizar en cada uno ellos requiere de una extensión que la presente entrega no permite, notando que el estudio de la defensa de la libre competencia en mercados ampliados es una materia que bien vale la pena

observar a profundidad, en un contexto actual en el que se desarrolla un proceso de liberalización progresivo y convergente en los estados del mundo. Dejamos para otra entrega la posibilidad que tienen los estados miembros de proponer exclusiones para determinadas actividad respecto del cumplimiento de la Decisión 608, propuesta que solamente podría ser aceptada por la Comunidad Andina en pleno, solamente si existe recomendación del Comité³⁵.

Como conclusión podemos ofrecer la constatación de los retos que se presentan para la institucionalidad de la Comunidad Andina y de los estados miembros, a efectos de operar un sistema de defensa de la competencia a nivel del mercado ampliado que, en sede comunitaria, coexistirá con las funciones, en jurisdicción nacional, de las agencias nacionales para casos que solo generen efectos al interior de cada estado andino.

Pierino Stucchi López Raygada
Luis Gabriel González Delgado

³⁵ Consultar el artículo 6 de la Decisión 608 en: <http://www.comunidadandina.org/normativa/dec/D608.htm>

“EL DERECHO NO SE PUEDE FUNDAR SOLAMENTE EN TÉCNICA ARGUMENTATIVA”

Entrevista a Franco Bonsignori* **

A continuación se presenta una interesante entrevista realizada al destacado profesor italiano Franco Bonsignori, quien tuvo la gentileza de reunirse con nosotros en el mes de noviembre, con motivo de su visita a Lima para la presentación de los libros de los también profesores italianos Pissoruzzo y Romboli, organizada por la Maestría con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

La entrevista trata problemas como: los límites de la interpretación, si el Derecho debe derivarse de las normas o viceversa, qué tan importante es la política o la moral en la aplicación del Derecho, cuál es la naturaleza de la argumentación jurídica, entre otros.

Como se podrá apreciar, los temas abordados, si bien son de Teoría General, tienen importantes repercusiones en el ejercicio “diario” de la profesión del abogado, por lo que, creemos que será de lectura imprescindible y de gran utilidad.

* Profesor Ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Pisa, Italia. Agradecemos al profesor Gorki González, sin cuya colaboración, hubiera sido imposible la realización de la presente entrevista.

** La entrevista fue realizada por Milagros de Pomar, miembro de la Comisión de Contenido, sobre la base de preguntas elaboradas por Luis Miguel Velarde, miembro de la Comisión de Contenido y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido.

1. ¿Cuál considera es la función de la filosofía del Derecho? ¿Cuáles son los aportes de dicha rama en la formación de la mentalidad del aplicador del Derecho?

La función de la filosofía del Derecho es la función de la filosofía en general. Es un conocimiento más general, más amplio que la ciencia. Va más allá de las cuestiones particulares. Trata los problemas sustantivos, sean de tipo axiológicos, sean de tipo ontológicos; de problemas epistemológicos, problemas terminológicos que desarrolla el Derecho, y los problemas –al interior de los problemas epistemológicos– de la posible evolución del Derecho o de la condición en que debe evolucionar el Derecho.

Asimismo, trata problemas estructurales del Derecho; es un tipo de conocimiento importante. Suele ser muy importante para los operadores del Derecho porque obliga al operador jurídico a interrogarse sobre cuestiones que no son meramente técnicas. Estas cuestiones son fundamentales en el Derecho, no solamente para el conocimiento del Derecho, sino también para la aplicación del Derecho. Cuando se opera a través de las normas, a través de la aplicación de la norma en particular, se opera en contacto con aspectos teóricos, con principios; y por eso la filosofía estudia estos aspectos teóricos u ontológicos.

Yo creo que la tendencia típicamente anglosajona de utilizar la enseñanza jurídica en una dirección técnica operativa no es apropiada. Yo creo que la tendencia antigua, que era más cultural, es más apropiada, porque permite la formación de un jurista con cultura, que no solo es un jurista técnico, sino un jurista que tiene una visión más amplia de los problemas, y por eso está en condición de tratar las cuestiones particulares de una manera más precisa.

2. Como es ampliamente conocido, existe una fuerte tendencia a seguir la corriente positivista, la cual otorga prioridad y mayor énfasis a la ley frente a las demás fuentes del Derecho. ¿En qué medida el positivismo es beneficioso para una sociedad? ¿Cuál debe ser la manera –y los límites– en que deben interpretarse los postulados de dicha corriente?

Pienso que el positivismo es muy importante porque permite la concretización de la cultura jurídica en dirección de reglas específicas. Es un elemento

fundamental de la legalidad, a través de las normas. Pero pienso también que un exceso de positivismo, de formalismo, de referencia a la ley como única fuente, un exceso de estatualismo legislativo puede ser una camisa de fuerza. Sería una prisión jurídica, a pesar que debería ser por su naturaleza más elástica.

El positivismo pone una distinción clara entre moral y Derecho. Si el Derecho es una estructura que atraviesa continuamente los valores, en la cual continuamente la moral y el Derecho se enfrentan, yo pienso que el positivismo rígido no es útil para un conocimiento general del Derecho.

Por eso, el constitucionalismo contemporáneo es una forma en que el iusnaturalismo evoluciona poniendo de referencia a la Constitución. Así, la constitución pone referencia en un núcleo de principios generales que son de tipo ontológico y axiológico, los cuales fundan el sistema y se vuelven criterios de reconocimiento de las demás normas. Por eso se funda el ordenamiento positivo sobre valores, pero son valores que no son derivados directamente del mundo extra jurídico de la moral, sino que son valores que son positivizados como normas, pero que no son únicamente normas, ya que siendo valores tienen una semántica abierta. Así, trabajando con esos principios y valores el jurista debe necesariamente hacer Derecho pero también moral, creando un puente entre Derecho y moral.

En general podemos decir que el constitucionalismo es una concepción que funda el ordenamiento sobre una base en la cual moral y Derecho se integran.

3. Se ha señalado que la “intención” del legislador no puede ser usada como fundamento de la interpretación de los textos legales. En ese sentido, se sostiene que el “límite” de la interpretación debe encontrarse en el significado literal de las palabras¹. Por otro lado, también se señala que, si bien la interpretación no se puede fundar en la voluntad “real” del legislador, sí es posible encontrar una voluntad “abstracta”, según la cual existiría una determinada “opción política” que constituiría, a su vez, el límite de la interpretación de los textos legales². ¿Cuál es su postura acerca de los límites de la interpretación?

Yo pienso que todas esas figuras son figuras ambiguas, no son datos reales. Cada intérprete a la que se refieren esas figuras hace necesariamente una interpretación

¹ En ese sentido, DE TRAZEGNIES, Fernando. “La verdad construida: algunas reflexiones heterodoxas sobre la interpretación legal”. En: THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

² En ese sentido, ZEGARRA, Gonzalo. “ “Y mi palabra es la ley” : INDECOPI, publicidad comparativa e interpretación *contra legem*”. En THEMIS-Revista de Derecho 50. 2005.

sobre cuál es la letra, sobre la voluntad real del legislador y sobre la voluntad abstracta de éste. Así, se vuelve en el sujeto último de la elección.

Considero que la interpretación es necesariamente creativa, pluralista. Es creativa bajo dos perfiles: bajo un perfil elitístico semántico, porque la norma jurídica no es un dato de hecho, implica siempre interpretación, y, bajo un perfil también ontológico, porque la letra jurídica es un proceso que empieza con la creación del legislador y acaba con la interpretación del intérprete.

El legislador es el primero que crea una especie de material bruto que debe ser modelado por el intérprete. Con la interpretación, el proceso concluye, pero se concluye solo respecto de la particular situación, porque se reabre continuamente con cada otra interpretación.

La imagen que puede reflejar este proceso es la imagen de un río, en donde el río emana de una fuente, el legislador, desarrolla su vida, y se concretiza cada vez que, a través de las fuentes que son las interpretaciones, llega al fin de su vida que es la derogación.

Entonces la regla jurídica es este proceso en el cual tanto el legislador como el intérprete son los sujetos creativos. Ahora, yo creo que el legislador debe ser respetado, porque es la voluntad política. Si entendemos que la voluntad política en un Estado democrático es la voluntad del pueblo, el intérprete no puede hacer lo que quiere, tiene límites fuertes en la norma y en la voluntad legislativa que se expresa. Pero un ámbito de la ontología de la semántica de la norma es totalmente dirigida por el legislador. Lo importante es que se realice un equilibrio, porque no es justo que un legislador quiera dominar la interpretación, ni tampoco un intérprete que quiera hacer todo. La creatividad de la interpretación no es total creatividad, es parcial creatividad al interior de la norma.

Es como la relación entre un dibujo formal que debe ser llenado de colores. El legislador pone los límites y el intérprete elige los colores que pone en el interior. Estos límites pueden ser políticos, que se traducen en límites jurídicos en la norma.

4. El sistema peruano tiene como base para la resolución de conflictos la interpretación y aplicación de la ley por los jueces y demás funcionarios administrativos. ¿En qué medida el concepto de "cultura jurídica" influye en la aplicación de la ley? ¿Considera que existen los llamados "valores de contrabando" que todo aplicador del Derecho utiliza inconscientemente al momento de resolver una controversia, interpretar o aplicar una norma?

Si la interpretación es una operación creativa, cada operación creativa implica diferentes valores. Los valores no se desprenden solamente de las normas, de la moral, sino también de la persona. Entonces la interpretación de Derecho es continuamente involucrada por la cultura. El intérprete es un sujeto cultural que lleva su operación en el sentido de su cultura. Por eso es que es importante que la interpretación sea compartida por la cultura general porque eso es un elemento fundamental de salud del ordenamiento.

Los elementos políticos deben ser fundados sobre un equilibrio de la aplicación del Derecho y la aplicación de la moral, lo que se llama la conciencia jurídica formal y la conciencia jurídica material. Este equilibrio implica una continua interposición de un mundo con otro.

Esto implica preocuparse en cómo piensa la política y cómo piensa la sociedad, en cómo piensa el Derecho, la cultura y la moral. El intérprete es un sujeto que necesita que la cultura sea el ambiente, el contexto, el marco en el cual se cumple la aplicación del Derecho.

5. Constantemente se efectúan comparaciones entre el sistema americano, el cual se sustenta en el *common law* y, por ende, en los precedentes para juzgar las situaciones que se presenten, y el sistema romano-germánico, el mismo que parte del *ius commune*, esto es, de la aplicación de las leyes. En el tiempo en que vivimos, ¿qué modelo le parece más adecuado?, ¿en cual de ellos considera que el juzgador tiene mayor libertad para resolver las controversias?

Entre el sistema del *common law*, en el cual el juez está fuertemente vinculado con los precedentes, y el sistema del *civil law*, en el cual el juez está fuertemente vinculado con la determinación política de la ley, no hay una diferencia sustancial. Se trata de una diferencia de organización de la política, de la organización del Derecho.

El problema no es cual es mejor, sino que haya un equilibrio entre las dos libertades: el creador de la regla, sea judicial o sea legislativo, y el aplicador o intérprete de la regla.

Yo creo que la utilidad depende de los sistemas, de las culturas, de las tradiciones. Por ejemplo, en la cultura anglosajona, considero que el sistema del *common law* funciona bien. Ahora, existe una tendencia en todos los países del *common law* de Europa a desarrollar algunos ámbitos en la forma del *civil law*. Esto se da porque el *common law* es más útil para sociedades más tradicionales, menos economizadas.

El sistema del *civil law* es más útil para sociedades que tienen una fuerte configuración económica. Así, como el mundo contemporáneo está volviéndose un mundo totalmente economizado, puede ser que la ley se convierta en un instrumento más útil en el futuro, pero no podemos decir nada de forma teórica o rigurosa, depende de las circunstancias, de las situaciones, de los tipos de culturas.

6. Se ha dicho respecto a la naturaleza de la argumentación que ésta busca principalmente resolver un problema y que esta “solución” pasa por lograr que algunos “terceros” actúen conforme a nuestros intereses. Adicionalmente, se dice, nuestra argumentación va dirigida a convencer a un auditorio de gente con preocupaciones de tipo moral o política. En ese sentido, se niega que la estructura de la argumentación jurídica deba basarse en un tipo de discurso lógico-formal o que se logre inferir correctamente de un sistema jurídico, sino que debe ser lo suficientemente coherente y persuasivo para lograr que nuestros interlocutores actúen de conformidad con nuestros intereses. De esta manera, en cierta medida se vuelven relativos los principios de la moral o la corrección de los argumentos jurídicos³. ¿Está usted de acuerdo con esta postura? ¿Cuál es su visión acerca de la naturaleza de la argumentación jurídica?

No estoy muy de acuerdo, porque filosóficamente es como inducir las conclusiones *a posteriori*. Yo considero que en la estructura de la cultura jurídica, el ánimo del Derecho, es también lógica. La relación no debe ser que el intérprete derive directamente el Derecho del hecho, y el Derecho no se deriva del intérprete, sino del legislador. El hecho de que exista un legislador que ponga límites a la interpretación es un principio fundamental de garantía.

Existe la posibilidad de que una aplicación demasiado amplia del proceso argumentativo de la aplicación del Derecho pueda resultar en una enemiga de la legalidad. Debemos estar muy atentos a lo que el Derecho formal, con sus operaciones lógicas, o los límites que esas operaciones lógicas ponen, realiza en dirección del espectro de legalidad, en la relación entre política y Derecho, porque la política actúa en dirección del Derecho en la visión totalizadora del Derecho, también a través de las normas. Son los límites que las normas formales ponen en las operaciones que los juristas deben cumplir para realizar las normas formales.

Ahora, yo digo que la interpretación es creativa, es una libertad que se apoya en otra libertad, por lo que creo que debe existir un respeto en esa otra libertad. El intérprete respeta al legislador en la medida en que cumple una operación que también es limitada por la lógica.

Esto no significa que exista una sola verdad. Sin embargo, el Derecho no se puede fundar solamente en técnica argumentativa, sea en un sistema de *common law*, sea de *civil law*.

7. En Perú es muy extendido el caso de las invasiones de propiedades, en la cuales existiría una costumbre según la cual el “invasor” se convierte en propietario de lo que construye, contrariando la norma según la cual un edificio construido en determinado terreno será propiedad del “propietario formal” de dicho predio. Al respecto, se ha señalado, realizando un análisis económico aplicado al estudio de las fuentes del Derecho, que éstas no estarían ordenadas de manera jerárquica, sino mas bien compitiendo entre sí, de tal modo que son los propios “administrados-usuarios” quienes –haciendo un análisis costo-beneficio– deciden la conveniencia de aplicar una norma u otra⁴. ¿Está usted de acuerdo con esta manera de enfocar el Derecho, es decir, partiendo del análisis sociológico para adaptar las reglas formales a lo que sucede en la realidad, incluso al punto de modificar los procedimientos para la resolución de conflictos entre normas? ¿Cuál es su opinión acerca de la posibilidad de que se reconozca validez a las costumbres *contra legem*? ¿Debería admitirse el desuso como causal de derogación de normas legales?

El ejemplo siembra más que un problema jurídico un problema político, no es el Derecho el que es llamado a resolver dicha situación, modificando el régimen de la propiedad. No podemos volver jurídico un problema social y político.

Hablando desde una perspectiva jurídica, yo creo que, como hemos dicho antes, las reglas formales impiden dejar de lado la legalidad. Los procedimientos que invierten la relación entre interpretación y legislación, entre política y Derecho, entre cultura política y cultura jurídica, pueden encontrar el riesgo de terminar en problemas fundamentales de legalidad.

³ VALENZUELA, Rodrigo. “La naturaleza de la argumentación jurídica”. En THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

⁴ GHERSI, Enrique. “Diálogo entre el juez y el profesor”. En THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

No estoy de acuerdo con esta inversión que pone por encima el entendimiento de los hechos, haciendo derivar de ellos el Derecho. Son dos cosas que deben armonizar. El Derecho es la concepción que tenemos hoy, un Derecho fundamentalmente político, que es la concepción que es desarrollada a partir de un constitucionalismo moderno, que es la idea en la cual todas las sociedades democráticas se fundan en un Estado de Derecho. Estado de Derecho significa que la vida política, la relación entre los ciudadanos, se pone al interior del Derecho, se realizan a través del Derecho y con las garantías de los derechos fundamentales, de la legalidad en sentido amplio. Así se crea el constitucionalismo. Esto presupone ante todo una jerarquía total de la Constitución, presupone el respeto de la ley independientemente de lo que sucede en la sociedad. Naturalmente el respeto de la ley debe ser modelado sobre la vigencia social. Una ley rígida, excesivamente formal, no es una ley que realice totalmente su idea de justicia.

Un Derecho formal que entre demasiado en contradicción con la situación social deja de ser un Derecho que signifique una garantía verdadera. Pero no podemos sacar de esta consideración que la sociedad guía el Derecho. Si cada regla del Derecho se coloca en una relación no jerárquica, en una relación aproximada, en una relación que se modifica continuamente, el principio de legalidad es profundamente herido.

En relación al desuso, hay sociedades que lo reconocen como causal de derogación de las normas. En realidad son los jueces quienes no aplican más una norma. Ahora, un ordenamiento puede introducir una disposición que indique que si una norma no ha sido aplicada o no ha sido eficaz, podemos considerarla extinguida. Sin embargo, yo pienso que es preferible un reconocimiento jurídico que establezca los mecanismos de derogación de normas que considere el desuso. Prefiero esto porque confiere más claridad, más precisión al ordenamiento, y sirve al principio de legalidad.

8. ¿Existe alguna diferencia entre la Teoría General del Derecho y la Filosofía del Derecho?

Decimos que la filosofía del Derecho se interesa más por cuestiones históricas, de conocimiento jurídico, ético, en los derechos humanos; y también en cuestiones de tipo ontológico metodológico. Se dice que la filosofía del Derecho se interesa por problemas muy generales. Por el contrario la Teoría General del Derecho se interesa por problemas más cercanos al Derecho positivo que a la ciencia jurídica positiva.

Por ejemplo, cómo es hecha la norma, diría que es un problema más de Teoría General del Derecho. Por eso se dice que la Teoría General del Derecho se interesa por problemas centrales, bastante amplios pero no como los problemas filosóficos generales. La filosofía del Derecho tiene más conexión con problemas de la filosofía general. La Teoría General del Derecho tiene más conexión con problemas del ordenamiento jurídico, mira más en dirección de la ciencia positiva.

Pueden existir juristas que se hacen teóricos generales del Derecho, o juristas que se hacen filósofos del Derecho. Roberto Bobbio, en los años cincuenta, fue el primer ejemplo de crear una filosofía analítica del Derecho, que después se ha desarrollado mucho en Italia. Él dijo que la mejor filosofía del Derecho no es la filosofía hecha por los filósofos generales, que no saben nada del Derecho, que lo tratan como un argumento secundario marginal dentro de la filosofía general. Para él la mejor filosofía del Derecho es aquella hecha por los juristas, que tienen una formación jurídica, que conocen el Derecho, que pueden realizar una abstracción jurídica. Es una filosofía que va de lo particular a lo general, de manera inductiva, en vez de una filosofía que va de lo general a lo particular. Sin embargo, yo creo que puede existir un filósofo que conoce el Derecho y que integra ambas posturas.

ACERCA DE “ARBITROFOBIAS” Y “ARBITRALITIS”*

Entrevista a Ignacio Suárez Anzorena** y Alejandro Garro***

Es indudable que el arbitraje ha tenido un gran desarrollo en las últimas décadas como mecanismo de solución de conflictos. La mayor rapidez que ofrece, la especialidad y tecnificación del mismo, así como la mayor seguridad que da a la protección de inversiones internacionales, son algunos ejemplos de por qué es preferido en el ámbito del comercio internacional.

A continuación presentamos interesantes entrevistas realizadas a dos de los mayores expertos en arbitraje de habla hispana en el mundo, quienes visitaron Lima en el mes de octubre para presentarse en el “Primer Seminario Internacional de Arbitraje” organizado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

* La entrevista a Alejandro Garro fue realizada por Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS, mientras que la entrevista a Ignacio Suárez fue realizada por Milagros de Pomar, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS. Ambas entrevistas fueron realizadas sobre la base de preguntas preparadas por la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos especialmente a Víctor Madrid, del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, sin cuya ayuda hubiese sido imposible la realización de las presentes entrevistas.

** Abogado de la Universidad de Buenos Aires. Master en Derecho por la Universidad de Harvard. Consejero especial de Clifford Chance, Londres, e integrante de los grupos de Arbitraje Comercial Internacional y de Derecho Internacional.

*** Master en Derecho por la Universidad del Estado de Louisiana. Doctor de Derecho por la Universidad de Columbia. Profesor de Derecho Adjunto y Senior Research Scholar del Parker School of Foreign and Comparative Law de la Universidad de Columbia.

1. ¿Cuáles son las principales ventajas que el arbitraje brinda frente a la resolución judicial de los conflictos?

SUAREZ: Si nos referimos al campo internacional, la primera ventaja del arbitraje que merece ser señalada es que permite una planificación más eficiente en materia de resolución de disputas. Ello significa que cuando en una transacción internacional se incluye un acuerdo de arbitraje, las posibilidades de que la disputa sea resuelta por quien uno pactó, es decir, por un tribunal arbitral, son más altas que cuando uno pacta otros mecanismos de resolución de controversias. Ello es así porque el acuerdo arbitral está protegido por convenciones internacionales como la Convención de Nueva York. En tales convenciones se establece que cuando un juez de los más de ciento cuarenta países miembros se encuentra con una transacción que tiene una cláusula arbitral debe, como regla, inhibirse de conocer en el asunto. La Convención de Panamá tiene efectos similares en el ámbito interamericano. Pero el dato importante es que no hay ningún tratado internacional que establezca un deber semejante frente a un pacto de foro judicial como “tribunales de la ciudad de Lima” o que unifique pautas en materia de jurisdiccional internacional de los Estados, con los alcances de, por ejemplo, la Convención de Nueva York.

Esto genera problemas prácticos importantes. Cuando en un contrato internacional que tiene puntos de conexión con varios Estados no se planifica jurisdicción; es decir, cuando uno no pone nada, hay altos riesgos de que una disputa relativa a su ejecución termine siendo resuelta por tribunales inesperados, ya que puede suceder que los distintos Estados involucrados en la contratación se consideren con jurisdicción sobre la base de elementos distintos de la relación contractual internacional, como domicilio de las partes o lugar de ejecución del contrato, etcétera. Ello se presta a que las partes especulen con esta situación y procuren llevar la disputa a la jurisdicción que perciben como más favorable en razón de sus normas procedimentales, sus normas sustanciales o la ubicación de los activos de la contraparte. Esto se suele llamar “secuestro jurisdiccional”, una variante del “*forum shopping*”, y es muy disruptivo de las relaciones entre las partes, y muy costoso e ineficiente ya que puede derivar en juicios paralelos en distintas jurisdicciones. Pero hay que señalar también que incluso cuando se pacta jurisdicción en los tribunales de determinado país, sigue habiendo riesgos de que los tribunales de otro país también se consideren con jurisdicción pese a que hay un pacto de foro, en razón de normas internas sobre jurisdicción exclusiva u otro tipo de criterios.

En este sentido, el arbitraje permite una planificación de jurisdicción eficiente si uno lo compara tanto con

el pacto de foro nacional como, por supuesto, con los gravísimos problemas que se pueden plantear ante la omisión absoluta en materia de calificación de jurisdicción. Desde este punto de vista, el arbitraje hace más probable que la disputa sea resuelta de la manera que las partes originalmente planearon.

La segunda ventaja importante del arbitraje, especialmente en el campo de las transacciones internacionales, es que transmite una percepción de neutralidad que no existe en igual medida cuando se somete una disputa a tribunales judiciales, y con mayor razón cuando se trata de los tribunales judiciales del Estado de una de las partes o, más aun, cuando una de ellas es una dependencia gubernamental. Desde este punto de vista, los agentes del comercio internacional perciben en el arbitraje una forma de evitar quedar expuestos a localismos en materia de resolución de disputas. Esto se aplica tanto a países como los nuestros como a otro tipo de países; es decir, si yo fuera un empresario peruano que hace negocios con una empresa en Houston, yo no querría como regla general quedar sometido a los tribunales de Texas. No se debe leer entonces en esta afirmación algún tipo de prejuicio regional sino simplemente una percepción que se aplica tanto cuando uno hace negocios en países como los nuestros como cuando uno hace negocios en países de otras latitudes.

La tercera ventaja del arbitraje es el *expertise*. El arbitraje permite que la disputa sea resuelta por profesionales familiarizados con la materia. Todos sabemos que hay jueces evidentemente preparados, con un gran dominio del Derecho, pero, hoy en día, la sofisticación de los negocios hace que ciertas industrias tengan tecnicismos y prácticas altamente complejas y que, por razones de tiempo y recursos, pueden ser extremadamente difíciles de asimilar para jueces que tienen un volumen de causas muy grande y que no tienen experiencia práctica en la industria del caso. De esta manera, lo que permite el arbitraje es que la disputa sea resuelta por expertos en la específica materia con la que ésta se relaciona.

La última ventaja importante del arbitraje, en lo que hace a la esfera internacional, es que un laudo arbitral como producto normativo es de mucha más fácil ejecución en la esfera internacional que una sentencia judicial. Esto ocurre porque a diferencia de lo que sucede en el campo de reconocimiento de ejecución de sentencias judiciales, los laudos arbitrales están cubiertos por uno de los instrumentos más exitosos del Derecho Internacional contemporáneo que es, como ya dijimos, la Convención de Nueva York. Es decir, si yo tengo un laudo arbitral dictado en un país miembro de la Convención que, como decía, son alrededor de ciento cuarenta países, sé que mi laudo

sólo puede ser resistido en su ejecución sobre la base de limitadas causales, estando la carga de la prueba en la parte ejecutada. En cambio, en materia de sentencias judiciales no existen instrumentos internacionales de tal cobertura, por lo cual uno tendría que ir país por país a ejecutar la sentencia según las reglas de reconocimiento de ejecución de cada uno de los países, las cuales suelen ser bastantes más dificultosas que las que exige la Convención de Nueva York para el reconocimiento de ejecución de laudos arbitrales. En general, suelen poner la carga de la prueba en el ejecutante, pueden tener una lista de causales de resistencia más amplia y a la vez puede ser que exijan un doble *exequatur*, es decir, que antes de iniciar el trámite de ejecución y reconocimiento en el país, uno tenga que obtener una declaración de los tribunales originales diciendo que la sentencia es definitiva y vinculante en el país de origen.

Hay otras ventajas más, pero que son comunes al arbitraje doméstico y al internacional, relacionadas con cuestiones de costos, celeridad y confidencialidad. Este último aspecto es de particular importancia y merece un breve comentario. El arbitraje garantiza en general que las materias que sean debatidas por un tribunal arbitral permanezcan en ese seno y no sean objeto de escrutinio público, salvo que se verifique algún tipo de recurso judicial posterior. Sin embargo, un arbitraje no se ventila en un expediente de acceso público como sucede en el campo de las jurisdicciones nacionales. Este tema puede ser muy importante por muchas razones; algunas partes no quieren que el mundo sepa que hay una disputa grave entre ellas por razones comerciales, o muchas veces se pueden estar ventilando aspectos relativos a secretos industriales o a cuestiones comerciales cuya divulgación podría ser extremadamente dañina para los intereses de las partes. Sin embargo, quiero hacer notar que en el arbitraje bajo tratados de inversión hay una tendencia importante a hacer más transparente y abierto al procedimiento, como está sucediendo en casos bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, más conocido como NAFTA, o como probablemente ocurra en el marco del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) en un futuro próximo.

En pocas palabras, hay muy buenos motivos para entender por qué los agentes del comercio internacional se inclinan hacia el arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. En este sentido, es importante tener en cuenta que, como sucede en la física, nada se pierde, todo se transforma; quiero decir con esto que perfectamente un Estado o una parte local puede imponerle a su contraparte internacional los tribunales locales si la otra parte lo acepta. Yo no descarto que en situaciones

determinadas, por las razones que sean, una parte extranjera acepte someterse a las cortes locales. Eso de por sí no tiene nada de malo, pero lo que es probable es que si la contraparte internacional es un peruano en Texas o un texano en Perú cargue a sus costos contractuales los riesgos que asume como consecuencia de someterse a los tribunales locales. Es decir, para dar un ejemplo, si el valor de un bien es "x", pactando un arbitraje internacional, el valor del bien será "x + 1" pactando tribunales locales, por el simple hecho de que el riesgo tiene un costo y este costo se carga a los precios.

GARRO: La respuesta en principio tiene que destacar las dificultades en crear un Poder Judicial confiable, eficiente y ágil. El problema de la ineficiencia del Poder Judicial es una de las razones por las cuales el arbitraje, la conciliación y la mediación se van imponiendo como métodos alternativos más populares, pero no la única. El arbitraje, la conciliación y la mediación muchas veces son aconsejables por el hecho de que son métodos más aptos y más idóneos para solucionar determinado tipo de conflictos, aun cuando el Poder Judicial funcionara muy bien. Aun en ese caso, las partes pueden beneficiarse de que el conflicto sea resuelto por un mediador o por un árbitro, dentro de un contexto más conciliatorio. Es por eso que quería destacar que es "una" de las razones, nada más.

En países donde el Poder Judicial atraviesa una gran crisis, como son la mayoría de países de nuestra región, el arbitraje cuenta, además, con un incentivo muy grande, el que derivar estas cuestiones al Poder Judicial directamente lleva un costo y un tiempo que muy poca gente está dispuesta a pagar. Así que la gente que puede va a recurrir al arbitraje, especialmente en el área comercial, por ejemplo, pero no exclusivamente en ella.

2. Los costos de acudir a un arbitraje son bastante elevados, por lo que el ciudadano común no tiene acceso a éste y tiene que conformarse con acudir al Poder Judicial. En un país de grandes desigualdades sociales como el Perú hay quienes sostienen que incluso la justicia para los que tienen dinero es mejor. ¿Qué implicancias tiene esto? ¿Resulta de algún modo injusto o discriminatorio que no todos puedan acceder a un arbitraje?

SUAREZ: No tengo ninguna duda de que el acceso a la justicia tiene que ser asegurado a toda la población pues está asociado a aspectos básicos de igualdad entre los ciudadanos. De ninguna forma puede concebirse una sociedad que funcione con justicia para pocos y falta de acceso jurisdiccional para muchos. Ahora, el

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

arbitraje es tan caro como las partes quieren que sea. Recordemos que el arbitraje es una figura contractual, por lo que no debería descartarse que las partes en los contratos pequeños entre ciudadanos comunes, de compra-venta de mercadería simple, u otro tipo de contratos cotidianos de menor cuantía, puedan acceder a un arbitraje razonablemente económico. Es simplemente cuestión de que cuando las partes pacten un convenio arbitral pacten centros de arbitraje o mecanismos *ad hoc*, teniendo en cuenta los posteriores costos del procedimiento.

Ahora, también se suele decir que el arbitraje requiere de una técnica procesal que se considera solamente en manos de gente sofisticada y preparada y que, por ende, los costos de representación son muy altos. Pero el arbitraje, en su potencialidad y utilidad, excede al prototipo de arbitraje entre grandes empresas, que es caro y sofisticado porque son operaciones complejas que involucran grandes sumas de dinero y, por ello, abogados bien remunerados y costos significativos. Yo soy el primer interesado en defender que los que hacemos arbitraje tenemos que ser muy caros porque somos muy sofisticados, pero en realidad no me parece que ello sea enteramente cierto, especialmente en el marco del arbitraje doméstico. En el campo de disputas internacionales sí pueden verificarse problemas más delicados de Derecho Internacional Privado y Público, y cuestiones relativas a la familiaridad con ciertas prácticas y reglas, y por ello hay una tendencia a la especialización en este campo legal.

Podríamos concebir otro escenario si las partes en los pequeños contratos tomaran como práctica pactar arbitrajes y hubiera mecanismos *ad hoc* o institucionales que transmitieran tranquilidad y certeza en materia de costos. Confieso que desconozco la infraestructura institucional en Perú para estos fines. Conozco la labor y el merecido prestigio de la Cámara de Comercio de Lima o del CONSUCODE, éste último en el ámbito de la contratación estatal, pero no estoy familiarizado con la forma de operación de otras instituciones del país.

Este es un tema de «cultura legal», y todavía, por desconfianza, desconocimiento, o, justamente, preconceptos sobre los costos del arbitraje, los pequeños contratos no suelen incluir este tipo de cláusulas.

Yo creo que el principal problema del arbitraje es la falta de difusión, y también el que existe el prejuicio de que el arbitraje es necesariamente caro. Esos serían los dos principales motivos de que no haya penetrado más profundamente en la cultura legal de nuestros países.

También puede ser que exista un tema ideológico que tiene que ver con la percepción en algunos sectores

del poder público, incluyendo algunos jueces, en el sentido de que el arbitraje es como una privatización de la justicia. Esto es un error de concepto. En las democracias liberales se reconoce a la voluntad de las partes como la principal fuente de obligaciones e incluso de la legitimidad del Estado. En este sentido, el arbitraje, como expresión de la autonomía de la voluntad, no puede ser privatizado por la simple razón de que siempre ha sido privado y respetado como tal. Sin perjuicio de ello, evidentemente hay supuestos, como la de contratación por adhesión, en los que el Estado obviamente debe ejercer una tutela de los sectores menos informados para evitar que se transforme en un instrumento de abuso. Pero dejando de lado supuestos como esos, en el marco de las relaciones contractuales ordinarias, me parece difícil concebir al arbitraje como algo que de alguna forma haga mella en el poder estatal.

GARRO: Es una crítica que he escuchado desde el comienzo a organizaciones gubernamentales (bien intencionadas), quienes cuando discutíamos los temas de arbitraje, en su época, me expresaron su preocupación porque el arbitraje condujera a la aplicación de una justicia de segunda, contra una justicia de primera (la justicia de segunda para los pobres y la de primera para quienes pueden solventar los costos del arbitraje). Por lo tanto, no me parece descabellada la pregunta, me parece importante la preocupación. De ahí que, a mi juicio, encontrando en el arbitraje un método alternativo de dirimir conflictos justo y en muchos aspectos más ágil que el Poder Judicial y más apto en muchos casos, yo propugno que el arbitraje se convierta en un método accesible a la población en general y para ello me parece irrito que sólo exista la posibilidad de nombrar árbitros para aquellos que pueden pagarlo. Considero que debería haber un sistema, por ejemplo, de tribunales de pequeñas causas y esos árbitros podrían estar subsidiados por el Estado, al menos en aquellos casos en que las partes no los puedan pagar. Los costos deberían ser proporcionales a la envergadura de la cuestión que se les somete.

Supongamos que usted es un campesino del interior del Perú cuyos derechos han sido violados, o sus contratos no han sido cumplidos, o alguien no le pagó los treinta soles que le debía, ¿qué diferencia sustancial existe entre eso y el problema de la EXON de que no le pagan un contrato de cinco millones de dólares? En nivel de justicia, ninguno, porque la injusticia que sufre ese campesino peruano es tan lesiva, aunque el monto sea tan irrisorio como el que estamos hablando, como al de la empresa a la que no le cumplen un contrato. Ambos casos deben tener una solución. Ahora, como la gran empresa está en condiciones de pagarlo, considero que la gran empresa debería pagar sus

propios árbitros y, por qué no, establecerse un sistema de disputa en el propio contrato, libremente pactado con la otra que lleve ante un árbitro su problema. El problema del campesino, que probablemente ni siquiera tiene un contrato por escrito y si lo tiene por escrito, no tenía asesoramiento para ver como calibraba el contrato, yo creo que la ley, en ese caso, debería suplir su falencia, otorgarle acceso a un sistema arbitral que sea de poco costo. Obviamente, probablemente no se necesita para resolver un problema de esa envergadura designar a un jurista que cobre sesenta dólares la hora, puede ser un abogado que preste sus servicios gratuitamente, *ad honorem* al Estado, para solucionar estos problemas. Yo creo que la buena noción del arbitraje implica también la regulación de un Estado que lo haga accesible a menores costos. Con el ejemplo que le acabo de dar me parece que es algo que podría ser posible.

3. En el Perú, la Ley General de Arbitraje establece que los arbitrajes pueden ser de Derecho o de conciencia. Serán de Derecho cuando los árbitros resuelvan la controversia con arreglo a la normativa aplicable y serán de conciencia cuando la controversia sea resuelta de acuerdo al conocimiento y leal saber y entender de los árbitros. Sin embargo, la citada norma no se pronuncia respecto de las normas que protegen el derecho al debido procedimiento en la aplicación de los arbitrajes de conciencia¹. ¿Considera usted que la aplicación de dichas normas debe ser imperativa incluso en los arbitrajes de conciencia?

SUAREZ: No tengo ninguna duda de que el arbitraje de conciencia no implica bajo ningún punto de vista una renuncia a los principios fundamentales del debido proceso. El hecho de que los árbitros estén apoderados para ajustar el resultado del procedimiento a lo que perciben como justo más allá de la pura legalidad no implica que las partes no tengan derecho a ser debidamente escuchadas y que no se respeten todos los aspectos básicos de la bilateralidad del proceso. De hecho, en la mayoría de las normativas que yo conozco, incluso en el caso de arbitrajes de conciencia, nunca se puede presumir la renuncia tanto a cuestionar judicialmente la extensión de los poderes de los árbitros como al cumplimiento y acatamiento de los principios básicos del debido proceso. El arbitraje de conciencia no es un cheque para la arbitrariedad sino simplemente

un acto de confianza en la integridad del juzgador para que, como decía, ajuste el resultado a la justicia más allá de la mera legalidad, pero siempre respetando los principios del debido proceso.

GARRO: La pregunta es muy pertinente ya que el arbitraje de conciencia es *aequo et bono*, el arbitraje de equidad, por “árbitros arbitradores”. Ese es un tema que inevitablemente conduce a la polémica porque, aun cuando el arbitraje sea de conciencia, es muy difícil desvincularse de ciertos parámetros para determinar qué significa dar a cabo con la solución. Es muy difícil desvincularse de principios básicos del Derecho. Ahora claro, estamos hablando entre abogados que llevamos una idea innata de que no existe la discrecionalidad absoluta; de que, en todo problema jurídico, para llegar a una solución justa, tenemos que usar cierto tipo de reglas. Por esto, el concepto de “arbitraje de conciencia” es, más que nada, una “llamada de atención” a la flexibilidad. Es decir, que por más que hayan principios jurídicos inherentes que uno vaya a utilizar, el arbitraje de conciencia está llamando la atención de que, como toda norma jurídica, se la puede morigerar con una dosis de equidad, de compasión, de comprensión, de justicia “salomónica”, digamos. Esto es una gran fuente de incertidumbre, de ahí que los arbitrajes donde están en juego cuestiones muy importantes, las partes raramente se van a inclinar por un arbitraje de conciencia y de ahí que la legislación española –a diferencia de la peruana– estipule que, en caso de silencio entre las partes, el arbitraje será de Derecho. Se podría decir que esto es un problema porque siempre vamos a depender de los abogados, sin embargo, no necesariamente es así en tanto yo puedo ser árbitro ingeniero, psicólogo, o maestro de obras (constructor), y haber sido designado por las partes como árbitro. En ese caso, cuando tengo que decidir cuál es el monto de los daños y perjuicios, si se debieron pagar intereses o no, o si hay un daño no pecuniario que corresponde pagar; como yo soy ingeniero y no tengo ni idea de esto, probablemente pueda llamar a un abogado como experto, perito. Así como yo, como abogado, no tengo idea de aspectos de ingeniería civil y voy a llamar como perito a un ingeniero.

Por lo tanto, respondiendo a la pregunta, cuando uno habla de arbitraje de conciencia a lo que se refiere es a que no debe haber un apego estricto a la norma jurídica, pero, aun cuando fuera de Derecho tampoco debe haber un apego estricto a la norma jurídica,

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

¹ Ley General de Arbitraje. Ley 26572. Publicada con fecha 03 de enero de 1996 en el Diario Oficial “El Peruano”. “**Artículo 3. Arbitraje de derecho o de conciencia.** El arbitraje puede ser de derecho o de conciencia. Es de derecho cuando los árbitros resuelven la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable. Es de conciencia cuando resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender. Salvo que las partes hayan pactado expresamente que el arbitraje será de derecho, el arbitraje se entenderá de conciencia. Los árbitros tendrán en cuenta, de tratarse de asuntos de carácter comercial, los usos mercantiles aplicables al caso”.

porque toda norma jurídica viene interpretada, y uno no la puede interpretar divorciada de la equidad o de la justicia. Entonces, respondería diciendo que es un tema conceptual, teórico, pero en la práctica me parece difícil concebir que alguien llamado a decidir un caso por conciencia no vaya a preocuparse en fundamentar, aunque sea interiormente, si no lo tiene que hacer en el laudo, su decisión, para estar tranquilo con su conciencia, siguiendo parámetros jurídicos. No diré nada en el laudo, porque no estoy obligado a decirlo, pero inherentemente me va a preocupar.

Pongamos un ejemplo, supongamos que una parte se ha dormido sobre sus derechos y está haciendo un reclamo que pudo haberlo hecho dos años atrás y recién lo está haciendo ahora. Usted se va a debatir, como árbitro, entre rechazar el reclamo por haber prescrito o aceptarlo teniendo en cuenta que la parte contra la que se ha hecho el reclamo va a ser perjudicada porque la parte reclamante lo hizo con demora. Si el arbitraje es de Derecho, probablemente voy a tener que estar muy ligado a los términos de prescripción, pero aun dentro de los términos de prescripción, si yo veo que ha habido razones para demandar, me voy a fijar en si ha habido causales de suspensión o de interrupción de la prescripción, punto de partida, ¿cuándo comienza a “correr” la prescripción? Voy a tratar de morigerarlo, si yo veo que tiene razón la parte que reclama. La norma jurídica está inescindiblemente al lado de un criterio de equidad. Entonces, ¿qué quiero decir eligiendo un arbitraje sobre otro? Que si es de equidad, voy a poder decir en voz alta “estoy haciendo justicia” que no consiste necesariamente en aplicar estrictamente la norma jurídica. Pero si dijeran lo contrario y fuera de Derecho haría exactamente lo mismo, aplicaría la norma pero morigerada con la equidad.

4. Entonces, ¿es una cuestión de grados o en el fondo implica negar la distinción entre ambos tipos de arbitraje? ¿Se puede en un arbitraje de conciencia seguir las normas jurídicas?

GARRO: Yo le diría que es una cuestión de grados. No estoy negando la distinción conceptual, ella está en la legislación peruana y hay que aceptarla. Si usted me dijera que voy a legislar de nuevo, tendría mis dudas si aceptar la distinción entre equidad y Derecho como algo tan tajante. Pero ya que está, diría que inevitablemente es una cuestión de grados.

Así, como es una cuestión de grados, precisamente, como yo tengo la misión de decidir, en equidad, mi primera reacción va a ser tratar de ver en que medida el problema que tengo que resolver encuentra una solución, más o menos sensata en alguna norma jurídica que yo encuentre razonablemente aplicable.

Entonces, voy a decir que, como es de conciencia, probablemente no tenga yo la necesidad de fundamentarla en un artículo específico o en una doctrina en especial. Sin embargo, yo creo que mi fundamento, ya sea expresamente o implícitamente, dentro de mi conciencia, va tener en cuenta la norma jurídica y no veo que exista ninguna disposición que me prohíba a mi, árbitro en conciencia, fundamentar mi decisión en una norma o en una doctrina jurídica o en una jurisprudencia. Lo que obviamente yo no podré hacer, si el arbitraje es en equidad, es negarle razón a una parte o dársela, exclusivamente en base a una norma jurídica que pretenda dar una solución matemáticamente precisa a un problema fáctico determinado. Creo que el supuesto es más académico que real. En la vida real, las partes grises se dan mucho más frecuentemente.

5. Recientemente en el Perú, el Poder Judicial, a través de actuaciones que han sido seriamente cuestionadas, ha amparado pedidos de suspensión de procesos arbitrales o de suspensión de los efectos de laudos arbitrales. ¿Qué opinión le merece esta situación? ¿En qué supuestos considera correcta la intervención del Poder Judicial en procesos arbitrales? ¿Cuáles considera usted que son los principales peligros de dicha actuación?

SUAREZ: Hay que distinguir dos cosas; una cosa es la intervención del Poder Judicial o la suspensión de procedimientos durante el trámite del proceso arbitral y otra cosa es el involucramiento del Poder Judicial como consecuencia de los remedios legales que la normativa aplicable provee a las partes luego de que se haya dictado el laudo arbitral, sea en el marco de la revisión de laudos o de la ejecución de laudos extranjeros.

La suspensión de procesos arbitrales en trámite es una hipótesis que como regla general es preocupante. El arbitraje descansa sobre un principio fundamental que es el principio de *kompetenz kompetenz*, es decir de «competencia de la competencia». Esto quiere decir que son los árbitros los que deciden en primer lugar y sin posibilidad de cuestionamiento judicial durante la vigencia del proceso, cuál es el alcance de su propia jurisdicción; aunque la parte demandada alegue la nulidad del contrato que contiene un acuerdo arbitral o incluso la nulidad misma del acuerdo arbitral. Por supuesto, tal decisión es atacable judicialmente una vez que haya un laudo, de conformidad con las causales previstas en la legislación procesal que resulte aplicable al arbitraje, también llamada *lex arbitri*. Tal legislación es como regla la de la sede del procedimiento.

Si no se respetara este principio de *kompetenz kompetenz*, todas las ventajas de celeridad y eficiencia

del arbitraje se perderían, ya que las partes demandadas reticentes que quieren frustrar y estirar *ad aeternum* el procedimiento, cuestionarían la jurisdicción del tribunal ante los tribunales judiciales con la expectativa de suspenderlo hasta que haya decisión firme sobre el punto.

Si esto se permitiera, significaría la muerte segura del arbitraje ya que se transformaría en un mecanismo de solución de controversias de duración indefinida y sometido a los tiempos y circunstancias del Poder Judicial. Paradójicamente esto es lo que se pretende evitar al pactar arbitraje.

Vale señalar también, como dato preocupante, una tendencia en varios países del mundo a admitir lo que se llama *anti-suit injunctions*, que es el dictado de medidas de naturaleza generalmente cautelar por parte de jueces que ordenan a las partes o a los árbitros suspender procedimientos bajo amenaza de sanciones económicas o penales. Medidas con estas características han sido adoptadas por tribunales en países de distintas latitudes, y constituyen una práctica peligrosa que puede prestarse a abusos.

Otro tema distinto es el tema de revisión de laudos, porque esto implica una actuación judicial luego de culminar el procedimiento arbitral que desde el punto de vista funcional no presenta los mismos inconvenientes que se advierten cuando se pretende la interrupción del procedimiento arbitral. En materia de concederle eficacia a los laudos arbitrales es cierto que muchas veces hay jueces que suelen interpretar de manera demasiado amplia las restrictivas causales de revisión que proveen las legislaciones. Las legislaciones más avanzadas limitan las causales por las que uno pueda revisar un laudo a causales de nulidad, es decir, causales que versan sobre la legitimidad del proceso, tales como las jurisdiccionales o las relativas al debido proceso. Raramente las legislaciones modernas permiten una revisión de un laudo arbitral por la vía del control de sustancia, es decir, del control de corrección acerca de lo que fue la aplicación del Derecho o la interpretación de los hechos. Los remedios generalmente disponibles se basan en que el laudo carece de integridad procesal y no en que el laudo es incorrecto. La mera incorrección se soluciona eligiendo mejores árbitros la próxima vez y no revisando el laudo.

Sin perjuicio de que las causales de no ejecutabilidad o de nulidad suelen ser muy limitadas, tanto en la Convención de Nueva York como en la ley modelo de UNCITRAL, permiten que no se ejecute o que se anule, en uno y otro caso, un laudo que no es acorde con el orden público. Muchas veces ha sucedido que los jueces han usado tal noción para ingresar a aspectos

sustanciales del laudo bajo el argumento de supuesta afectación de tan indefinido parámetro, siguiendo una visión exageradamente expansionista de tal noción.

El inconveniente de expandir la noción de orden público, por ejemplo, en materia de reconocimiento de un laudo extranjero, es que se corre el riesgo de afectar el crédito de todos los agentes económicos de esa jurisdicción. Así, si una parte extranjera firma un contrato con un peruano que lleva una cláusula de arbitraje en París, por ejemplo, y la parte extranjera gana el caso y cuando viene a Perú un tribunal le deniega el reconocimiento de ejecución por razones de orden público, con base en una noción de orden público exageradamente localista y expansiva, el mensaje a los demás agentes económicos que hacen negocios con partes peruanas es el siguiente: Atención cuando uno firma un contrato con un peruano, aunque se pacte arbitraje internacional en el extranjero y obtenga un laudo favorable, corre el riesgo de nunca poder cobrarse sobre activos en Perú. Pero como yo decía antes, nada se pierde, todo se transforma. Lo que harán los agentes económicos internacionales cuando hagan negocios con un peruano es pedirle que pague en efectivo o que ponga garantías en el extranjero, o, alternativamente, le van a cargar los precios de la transacción para cubrirse del riesgo adicional. Y no va a importar demasiado que se trate del empresario peruano más cumplidor del universo, ya que el extranjero no va a poder determinar *ex ante* si su contraparte va a intentar beneficiarse de semejante sobreprotección en el futuro. Los justos terminan pagando por los pecadores.

GARRO: Es una pregunta muy importante en la práctica. Estratégicamente, comenzaré diciendo que la intervención judicial es, muchas veces, inevitable. Inevitable para complementar, ayudar y auxiliar al árbitro. Empezando por cuestiones de imperio que el árbitro no tiene; puede requerir el auxilio judicial para hacer comparecer a un testigo recalcitrante, hacer ejecutar una medida precautoria que las partes no pueden aplicar por sí mismas, en algunos sistemas jurídicos para designar árbitros, en otros para poder confirmar o revocar una decisión de los árbitros acerca de su propia competencia u otros aspectos. Así que, la intervención judicial es muchas veces inevitable.

Sin embargo, como usted bien dice, se corre el gran peligro que ese auxilio o complemento o cooperación del Juez se convierta en interferencia indebida, cosa que, en algunas jurisdicciones, ocurre con inusitada frecuencia. Jueces que en lugar de seguir el mandato de que un laudo arbitral no se puede "tocar", sino por las causales de anulación taxativamente dichas en la ley y tratado aplicable, entran a analizar el mérito de la cuestión y hacer una especie de revisión del laudo, cosa

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

que se da con frecuencia. Por lo tanto, respondiendo la pregunta, le diré que la cooperación judicial es inevitable, pero ofrece grandes riesgos, y los grandes riesgos muchas veces porque el Juez no entiende que si las partes se sometieron a un arbitraje, hay que dejar a los árbitros que armen el proceso, tomen sus propias decisiones y, solamente en casos patológicos, en que el árbitro ya no pueda actuar, o se encuentra ante una situación de gran arbitrariedad, solamente en esos casos excepcionales el Juez puede y debe intervenir, no en otros casos. Esto es muy difícil de hacerlo entender a jueces que no están entrenados en lo que es un arbitraje y en lo importante que es darle al árbitro, aunque sea en primera instancia, la oportunidad de decidir y después, si el árbitro pide ayuda o una de las partes pide ayuda, que es lo que finalmente puede ocurrir, el Juez decida prestarla solamente en aquellos casos en que se justifique.

6. Uno de los principales problemas que enfrenta el arbitraje es el monopolio por parte del Estado de la facultad de ejecutar sentencias. ¿Considera usted que sería recomendable adoptar alguna medida a fin de remediar dicha situación?

SUAREZ: Bueno, todavía no me he adherido a ninguna forma de anarquismo. Yo no soy de los que consideran que el Estado es un mal necesario. Yo creo que el Estado está legitimado, sobre todo en el marco de regímenes republicanos y democráticos, para tener el monopolio de la fuerza. Y es bueno que así sea.

En materia de arbitraje, los árbitros, como regla general, pueden ordenar medidas compulsivas e incluso medidas preventivas, pero carecen de facultades de ejecución o *imperium*. Considero que el mecanismo para superar esta problemática no pasa por trasladar o modificar el ejercicio de las funciones que legítimamente tiene el Estado, sino por crear una cultura legal en la que los miembros del Poder Judicial perciban al arbitraje no como una competencia sino como un producto de la autonomía de las partes que, como agregado, coadyuva a la fundamental misión de los jueces de administrar justicia. Uno puede concebir muchas variables procesales e institucionales para facilitar la ejecución de laudos y de decisiones arbitrales, pero creo que lo fundamental es fomentar una cultura de colaboración.

7. Siendo el arbitraje un mecanismo de resolución de conflictos voluntario, ¿considera válido que la Administración Pública, al igual que los particulares, pueda someterse al mismo bajo similares términos y condiciones?

SUAREZ: Yo creo que el arbitraje en materia estatal debe ser analizado sin llegar a posiciones extremas que

muchas veces suelen verse en los grandes enemigos de arbitraje o en los exagerados defensores del arbitraje. A veces uno se encuentra con quienes padecen de "árbifobia", sobre todo en materia de arbitraje con el Estado, y quienes padecen de "arbitralitis", que es una inflamación severa de la glándula arbitral que implica una excesiva confianza en la operación del arbitraje para cualquier escenario y para cualquier terreno. La mejor forma de defender y preservar la sustentabilidad del arbitraje es ser consciente de su utilidad, de su dimensión y de su funcionalidad, pues tiene también sus límites como consecuencia de ello. En materia de arbitraje estatal, desde el punto de vista práctico y hasta filosófico, no conozco argumentos razonables que se opongan a que se le utilice, especialmente en la esfera contractual.

Ahora, hay que hacer una importante clarificación. Yo considero que en el caso de arbitrajes con partes estatales donde están de por medio prerrogativas públicas o política económica, los árbitros deben actuar con un importante grado de deferencia cuando emiten una decisión. Esto no significa que un árbitro no pueda decidir que existió, por ejemplo, un incumplimiento contractual que tuvo como origen el ejercicio de prerrogativas públicas. Es decir, las consecuencias patrimoniales del ejercicio de prerrogativas públicas son como regla arbitrables.

También, en este campo, nada se pierde, todo se transforma. No es acertado, desde mi punto de vista, pensar que necesariamente es una ventaja que los contratos estatales se sometan a jurisdicción estatal local, ya que en definitiva lo que se percibe como una ventaja resultante de pactar foros "más amigables" o "más comprensivos" se termina pagando, en general más onerosamente, en materia de precios de contratación.

GARRO: Si es válido o no, eso está determinado en la misma legislación peruana que, ya sea al regular arbitrajes especiales o en las normas generales de la Ley General de Arbitraje, habilita al Estado a arbitrar. En primer lugar, nadie obliga al Estado a arbitrar así que si va a participar en un arbitraje va a ser por propia voluntad. Voluntad que se supone estará precedida de una discusión y la consideración sería de otras alternativas. Lo que no debería ser aceptable es que una vez que el Estado decida aceptar se le permita renegar de la palabra y pueda salir. Eso no creo que deba ser permitido.

Otra pregunta es si sería conveniente que el Estado pudiera someterse a arbitraje con la misma facilidad con que se somete a los tribunales de justicia, y como yo soy un creyente de que así como hay jueces buenos y malos, hay árbitros buenos y malos, y así como hay

arbitrajes buenos y malos, hay litigios buenos y malos, yo soy favorable al arbitraje. Creo que, en muchas circunstancias, le conviene al Estado arbitrar. Mi respuesta sería que no me parece mal que se convalide la facultad del Estado para someterse a arbitraje. Lo importante es que, si el Estado compromete su voluntad a arbitrar, cumpla su palabra.

8. Existe la prohibición de someter cuestiones de *ius imperium* a arbitraje². Sin embargo, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo señala que sí se pueden someter a arbitraje actuaciones administrativas. Esto es un dilema cuando se presenta una controversia en el marco de la ejecución de un contrato de concesión, en el que habitualmente se dictan actos administrativos, pero que influyen en el desarrollo del contrato. ¿Cuál es su opinión al respecto? ¿Debería permitirse que se sometieran actos administrativos al control de árbitros?

GARRO: A mi juicio, el árbitro, en la medida en que está facultado por una cláusula de arbitraje a expedirse acerca una determinada disputa, tiene el derecho y la obligación de expedirse sobre la validez o invalidez de un acto administrativo. No creo de ninguna manera que exista una prohibición intrínseca a que el árbitro se pronuncie acerca de si esa actuación es válida. Sin embargo, reconozco que es un tema sumamente controvertido que ha llevado a decisiones contradictorias. Probablemente se mencione que en la legislación peruana existen normas sobre arbitraje, además de la Ley General de Arbitraje, que disponen que ciertos tipos de cuestiones, tales como temas presupuestarios, no pueden ser sometidas a arbitraje.

Creo que es una contradicción eso que puede surgir, por ejemplo, en la controversia clásica acerca de si los árbitros pueden pronunciarse acerca de cuestiones de constitucionalidad. Yo estoy a favor de que se den a los árbitros esas facultades, porque si las partes van preocupadas ante los árbitros para un caso en particular, que no necesariamente va a tener validez para otros casos en el futuro, ni tampoco para terceros, ese árbitro tienen la obligación de ejecutar ese mandato que le han dado las partes. Y por qué voy a excluir la cuestión relativa a la validez de un acto administrativo, si para poder dirimir la disputa es necesario saber de antemano si ese acto es válido o no. Yo creo que no es sólo un derecho de los árbitros, sino una obligación

expedirse sobre dichos actos, en la medida en que en la cláusula arbitral se les otorgue dicha facultad. No hay ninguna razón valedera para que no lo haga. Que si es una cuestión de orden público, que si uno está acostumbrado a que sean jueces de la nación los que decidan esas cuestiones, yo estoy de acuerdo, pero esto implica ir en contra de los propios principios del arbitraje que es lo que estamos tratando de propugnar: hacer realidad la voluntad de las partes.

9. En nuestro país para aquellos casos referidos al reconocimiento de laudos extranjeros suele aplicarse la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (conocida como la Convención de Nueva York de 1958). Sin embargo, también ha suscrito la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (conocida como la Convención de Panamá de 1975), la misma que no suele ser utilizada. ¿A qué atribuye usted este fenómeno?

SUAREZ: Es cierto que Perú, como la mayor parte de países de la región, es parte tanto de la Convención de Nueva York como de la Convención Interamericana, y también es cierto que la normativa en materia de ejecución de laudos es idéntica tanto en una como en otra. Lo que me parece puede explicar este fenómeno es que, por razones de prácticas legales y razones económicas, haya habido un mayor número de casos relacionados con laudos emitidos en países que no son de la continente. Un gran número de transacciones internacionales relacionadas con la región contienen pacto de arbitraje con sede en París, Suiza o Londres, por ejemplo, lo cual implica laudos que no están cubiertos por la Convención Interamericana. De esta manera, creería que la explicación acerca de la mayor utilización de la Convención de Nueva York tiene que ver con la mayor cobertura geográfica de esta Convención, con la sedes de arbitraje que suelen ser pactadas, y, finalmente, con el volumen de inversiones y transacciones de origen no interamericano que se reciben en Perú y en la región. Es decir, hay más inversionistas franceses, españoles, ingleses o alemanes invirtiendo en grandes proyectos en Perú con cláusula de arbitraje internacional generalmente fijando la sede del procedimiento en Europa, que inversores argentinos o ecuatorianos con vocación de pactar sede en Buenos Aires o en Montevideo, por dar un ejemplo.

Ignacio Suárez Anzorena
Alejandro Garro

² Inciso 4 del artículo 1 de la Ley General de Arbitraje. Ley 26572. Publicada con fecha 03 de enero de 1996 en el Diario Oficial "El Peruano".

“EL DERECHO DE COMPETENCIA TIENE QUE FORMAR PARTE DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA DE UN ESTADO”*

Entrevista a William E. Kovacic** y Antonio Creus***

Con motivo del seminario internacional “Institucionalidad y Políticas de Libre Competencia” organizado por THEMIS y la Maestría de Derecho de la Empresa en mayo de 2005, estos dos reconocidos juristas visitaron nuestro país. Naturalmente, no podíamos dejar pasar la oportunidad de entrevistarlos y escuchar sus opiniones respecto de asuntos de interés nacional.

En las páginas siguientes el lector se encontrará con respuestas tan interesantes como discordantes, que sin duda constituyen un gran aporte para mantener vivo el debate sobre algunos temas neurálgicos del Derecho a la Libre Competencia.

* Las preguntas de las entrevistas fueron elaboradas por Javier Calmell del Solar, ex Director de la Comisión de Financiamiento de THEMIS y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. La entrevista a William E. Kovacic fue realizada por Jimena Aliaga, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, quien a su vez tuvo a su cargo la traducción de la misma. La entrevista a Antonio Creus fue realizada por Óscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido de THEMIS. Agradecemos al doctor Alejandro Falla, sin cuya ayuda hubiera sido imposible la realización de las entrevistas.

** Profesor E. K. Gubin de Contratos de la facultad de Derecho de la Universidad George Washington. Ex asesor de la U.S. Federal Trade Commission.

*** Profesor de la Maestría en Derecho de las Telecomunicaciones y Tecnología de la Información de la Universidad Carlos III de Madrid.

1. ¿Qué sentido tiene aplicar Derecho de Libre Competencia en un país como el Perú, en el que cerca del 80% de la economía es informal? ¿Es el derecho de libre competencia uno pensado exclusivamente para regular a las grandes compañías que dominan el mercado o, como necesario desarrollo de la constitución económica de un país, los principios de libre competencia se deben integrar a toda la economía, como principios rectores?

KOVASIC: Creo que existe cada vez más evidencia que demuestra que incluso en los países en los que una parte significativa de la actividad comercial se da en el sector informal, las políticas de competencia pueden resultar ser muy beneficiosas. Así, pueden obtenerse beneficios de las políticas de eliminación de las prácticas restrictivas, y de las que impone el Derecho, antes que cualquier entidad estatal, para dismantelar las barreras de entrada al mercado. Un área particularmente importante en la que se han visto mejoras es la relacionada con los carteles internacionales. Hoy en día es más que conocido que algunos de los carteles internacionales más importantes, como el de las vitaminas, literalmente operaban en todo el mundo, y era inusual encontrar un país que no fuera afectado con las alzas de precios atribuidos a estos.

Pienso que una nación que cuenta con una política de competencia tiene la capacidad de recuperarse de los daños causados por ese tipo de comportamiento propio de un cartel internacional. El Derecho, creo yo, puede jugar un papel muy importante al asistir la conversión del sector informal al sector formal estipulando medidas que favorezcan la eliminación de las barreras artificiales a la participación en el mercado, apuntando a reducir las restricciones innecesarias que las autoridades públicas imponen al conceder licencias a las empresas nuevas que entran al mercado, eliminando normas artificiales sobre quién y quién no puede participar en éste logrando, así, reducir los impedimentos que los informales deben encarar para formalizarse, en la medida que el Estado pueda llevar a cabo tal conversión.

Esto aumenta la base imponible sobre la que el gobierno opera; hay muchas investigaciones, entre las que lideran las realizadas por peruanos, que demuestran que los informales pueden ser atraídos al sector formal hasta el punto que estos pueden beneficiarse de la protección, de las estructuras legales que promueven la inversión en bienes globales y de la inversión de capital a largo plazo que tiende a ser muy importante para promover el crecimiento.

CREUS: Evidentemente, el Derecho de Libre Competencia tiene grados y, por tanto, contestando

la primera parte, se puede aplicar perfectamente cuando hay empresas que no están en la superficie. Esto no es anormal, en muchos países se aplica sin que esté toda la economía visible de alguna manera y, por lo tanto, no debería ser un problema. Yo creo que más bien la contestación está en la última parte, el Derecho de Competencia tiene que formar parte de la constitución económica de un Estado y es un poco el equivalente, casi, a la democracia en el contexto político. Es decir, lo que nos dará la libre competencia es un libre juego y que nadie intente distorsionar el juego. Por lo tanto, no beneficia de alguna manera a unas empresas frente a otras, beneficia a todas, y perjudica a todas. Es decir, beneficiará a quien lo sepa usar y perjudicará a quien no lo sepa usar. Entonces, perjudicará también a quien abuse o intente romper el sistema y sea denunciado, no le perjudicará si éste consigue que no le denuncien, pero en principio es parte de este sistema. Por lo tanto, son unas reglas muy básicas. Tampoco hay que complicarse mucho, al final, si cogemos el sistema americano o europeo, encontraremos que hay unas tres o cuatro reglas de juego básicas, no hay más. Luego, a partir de ahí, somos capaces de crear unas construcciones muy avanzadas, pero ahí es donde la gran construcción avanzada debe ir acompañada con lo que sea la economía real de cada país.

2. En el Perú se sancionan los llamados «precios abusivos», sin embargo, algunos creen que la lógica del mercado nos diría que si una empresa pone precios abusivos, en realidad, esto haría que ingresen nuevos competidores, porque no se pondrían mantener dichos precios, con lo cual, ya no existiría el propio monopolio, lo que nos lleva a pensar en la conveniencia de que el Estado intervenga en este caso en lugar de dejarlo simplemente a la regulación del mercado. ¿Cuál es su opinión al respecto?

CREUS: Esta pregunta no es fácil. El precio abusivo como tal no me plantea a mí ningún problema en la medida en que haya un mercado relativamente abierto que suponga que, ante la imposición de tales precios, vayan a entrar otros operadores al mercado. Por lo tanto, lo que hay que examinar es no tanto si el precio es abusivo sino si hay barreras de entrada al mercado, o barreras de salida, es decir, barreras en definitiva, para entrar u operar en el mercado. Si estas barreras existen tenemos un problema. Entonces, evidentemente hay que ver cuáles son esos precios y si son abusivos o no. Los precios abusivos como tales pueden cuestionarse pero yo creo que dentro de unos marcos muy especiales.

Los precios abusivos también pueden ser significativos si es que estamos hablando de una infraestructura

básica o esencial, lo que se llama una *essential facility*. Si estamos ante una *essential facility* y hay precios abusivos, puede haber un problema económico y otro de competencia. Si no, si de lo que estamos hablando es de que alguien se aprovecha y simplemente pone precios muy altos y por esto se le condena, primero habría que definir si está en una posición de dominio y si este precio abusivo representa un abuso y afecta el mercado. Pero si no a lo que nos arriesgamos es a cambiar el Derecho de Competencia por un Derecho de control de precios y, evidentemente, el Derecho de Competencia no es un Derecho de control de precios sino que es un Derecho, más bien, de control del juego de estructuras del mercado. Lo contrario sería pensar, precisamente, en contra de lo que propone la competencia, que es la intervención pública, continuada sobre los precios. No es esto lo deseado, sin embargo es cierto que en muchos países se ha utilizado el Derecho de Competencia para controlar los precios de forma que no suban mucho y se mantengan hasta cierto punto estables.

3. En INDECOPI se cambian los precedentes de observancia obligatoria cada vez que se modifica la composición de las Salas. En ese sentido, ¿qué problemas puede acarrear la poca estabilidad de los precedentes? Además, ¿qué tan importantes son los nombramientos (y que permanezcan en sus puestos las personas nombradas) para el eficaz funcionamiento de este tipo de instituciones?

KOVASIC: Debemos tener en cuenta que muchos sistemas de competencia evolucionan así como lo hace el aprendizaje académico y la teoría económica estatal, y es común que la doctrina de las políticas de competencia cambien con el tiempo y ésta ha sido precisamente la característica de muchas jurisdicciones. Considero que lo fundamental es tomar en cuenta el proceso por el que los cambios se llevan a cabo y las bases dadas para tal cambio.

Es un hecho que siempre habrá cambios. Las preguntas críticas a las que debemos avocarnos son: ¿por qué ha habido cambios y cuál es el proceso que la autoridad de Competencia ha seguido para realizar tales cambios? ¿Se buscó involucrar en la discusión pública acerca de la viabilidad de los estándares existentes y sobre la necesidad de hacer ciertos tipos de ajustes a otras instituciones como las Universidades, al Colegio de Abogados o la comunidad comercial? ¿Se puede decir que en la comunidad existe un consenso sobre la sensatez del ajuste? Considero, de esta forma, que uno de los exámenes más importantes a realizarse es el cuestionamiento de cómo es que los cambios se dan, y si estos se han fundado sobre la base de la discusión y consulta pública.

Hay dos cambios que considero merecen una especial y continua atención: El primero es el cambio del estándar que prohibía ciertos tipos de acuerdos restrictivos al considerárselos ilegales, es decir, *per se* violatorios, haciéndolos (quizá el término sea relativo) estándares razonables. Considero que hay consenso en que algunas conductas como los carteles de productores (verbigracia el de vitaminas) no tienen nada de redimibles. Es decir, la sociedad no deriva beneficios de ellos y existen justificaciones muy sólidas para tener un principio claro que no permite excusas en la mayoría de casos. Es por eso que pienso que un área digna de observar es la consistencia con la que algunos de los cambios han surgido para volverse normas y estándares globalmente aceptados.

El segundo es la forma en que se lidió con los precios excesivos. En muchas jurisdicciones se tienen estándares de abuso de dominio que derivan del artículo 82 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, y se permite al agente de competencia controlar el precio excesivo impuesto por las firmas dominantes. La mayoría de jurisdicciones han descubierto que éste es un concepto extremadamente difícil de aplicar en la práctica. Es por eso que pienso que debe haber una aproximación cuidadosa teniendo en cuenta esta experiencia y para reconocer las dificultades severas que la Comisión Europea y sus miembros tuvieron que pasar al tratar de aplicar tal estándar.

Por último quisiera hacer una sugerencia referida a la publicidad comparativa. Considero que es posible ver desde la experiencia de otras jurisdicciones y deducir que en muchas de ellas obtuvieron beneficios reales al establecer que los productores hagan representaciones veraces de las características de sus productos. Los consumidores tienden a ser buenos distinguiendo las aseveraciones que son claramente cuestión de opinión de las que están fundadas en hechos. Creo que se puede diferenciar una aseveración que dice "vendo la mejor taza de café del mundo" de otra que dice "tengo encuestas que muestran que la mayoría de consumidores piensan que sirvo la mejor taza de café". La primera de éstas será tomada como una opinión y el efecto esperado es: "prueba mi café, si no te gusta, no lo vuelvas a probar"; en cambio en el segundo caso aseguro que he llevado a cabo una investigación que demuestra que mi café es bebido por la mayoría de consumidores. Los consumidores, a mi parecer, pueden distinguir perfectamente ambos.

CREUS: En esta pregunta hay una parte que no voy a poder responder porque soy español, europeo y, por lo tanto, no voy a poder contestar sobre temas internos, si bien puedo formarme yo mi propia opinión. Voy a contestar, más bien, con las cuestiones genéricas.

William E. Kovacic
Antonio Creus

En primer lugar, los cambios de precedentes. Implícitas hay varias preguntas, primero, ¿los precedentes pueden cambiar? No, los precedentes, creo que no deben cambiar. ¿Los precedentes deben cambiar porque cambien los miembros de los tribunales? La respuesta también es clara, no, no deben cambiar, deben ser una cosa que sobrepase la existencia de unas personas físicas que desempeñan una función determinada. Los precedentes están para crear una línea doctrinal, que muestran donde tenemos que ir. Hay ejemplos de situaciones difíciles en las que se han cambiado los precedentes. Creo que es difícil plantearse en ciertas operaciones reglas de la razón. Aunque debemos admitir que habrá ciertos conceptos donde habrá una regla *per se* y en otros reglas de la razón. En una práctica cartelizadora, sin embargo, aplicar una regla de la razón no es algo que entienda desde mi filosofía, seguramente, me debe faltar algo, algún elemento, pero, como tal, no la entiendo.

Dicho esto, es cierto que ha habido un cambio en algunas economías de reglas *per se* a reglas de la razón, pero sin duda en otros tipos de acuerdo, los que sean verticales o restricciones que tengan algún sentido más allá de lo económico, pero respecto a los cárteles tradicionales nuestra legislación a utilizado la regla *per se*, en Europa y España, y no se nos ocurre cómo lo puedan cambiar. Por lo tanto, yo creo que es importante decir que los precedentes no sólo pueden, sino que deben cambiar, pero los cambios no deben ir acompañados con los cambios de grupos que desempeñan la competencia. Sí deben entrar nuevas personas, con nuevas teorías, pero no tendría porque estar cambiando en un sistema de oscilación pendular o *cuasi* pendular que nos puede llevar a ciertas dudas acerca de cómo funcionan nuestros sistemas. Esto, en Europa lo veríamos como una politicación de la institución: dependiendo a quien se nombra o no se nombra hay cambios de precedentes. En cuanto al nombramiento, no conozco el sistema de nombramiento de Perú en concreto, pero sé que por ejemplo en España se está utilizando el nombramiento por el parlamento, es decir, que no sea el propio ejecutivo el que intervenga, sino que sea el legislativo (esto se hace además en Italia). Esto se hace para crear una cierta independencia y eliminar ciertos vaivenes de tipo personal. Por ejemplo, en España, hemos cambiado de gobierno pero el presidente de la autoridad competente, que fue nombrado durante el anterior gobierno, sigue en su cargo, y lo mismo ocurrió con el anterior cambio de gobierno: por muchos años tuvieron a un presidente de la autoridad competente, nombrado por gobierno distinto; y no por ello ni es mejor ni es peor. Yo creo que, algunas veces, el gobierno no tiene por qué inmiscuirse en un tema tan importante como es la gestión de la actividad económica a través de la libre competencia.

4. Posner, Bork y Sullivan al referirse al Derecho a la Libre Competencia establecen que siempre existe una opción política para conducir la economía en una forma específica. ¿Cuál considera que debería ser la opción política adecuada para una economía incipiente como la nuestra?

KOVASIC: Considero que la opción política involucra el decidir la mezcla correcta de propiedad privada y propiedad estatal que ha de existir en la economía nacional. Estas son las principales bases. Es una decisión fundamental que todo país debe tomar. En la mayoría de países las opciones no se reducen a tener 100% de una y 0% de la otra. La mayoría de economías están mezcladas hasta el punto que virtualmente en cada economía existen empresas del Estado y se tiene a la vez algún nivel de iniciativa privada. La pregunta política fundamental es cuál es la mezcla correcta aproximada de ambos. Si partimos de una experiencia comparativa e histórica, tenemos por un lado sistemas de control central dirigidos y por el otro los sistemas descentralizados. Creo que existe bastante evidencia que sugiere que el progreso hacia la descentralización se da más que todo para aumentar la riqueza y el desarrollo antes que confiar en un sistema de control central dirigidos.

La estrategia que ha de seguirse como probablemente la más eficiente es que antes de confiar en la propiedad estatal como mecanismo para lograr los fines de bienestar social, es mejor confiar en las decisiones descentralizadas hechas para la promoción de los objetivos sociales al usar las políticas tributarias locales o nacionales para acumular rentas para programas de bienestar social. De esta forma usar la propiedad estatal como mecanismo para lograr directamente los objetivos de bienestar social no sería la opción recomendable. Las políticas de competencia cumplen un rol importantísimo al asegurar que se elija la descentralización. Si el consenso político se muestra de acuerdo con esta opción, el mecanismo llega a funcionar más eficientemente ya que no es improporcionado por intervenciones públicas ni privadas.

Creo que hay una consecuencia política importante de la descentralización puesto que las políticas de competencia tienen el efecto de hacer más fácil a los individuos el participar en el mercado. Esto logra dismantelar las innecesarias barreras públicas de entrada. Pueden obtenerse muchos beneficios sociales, lo que otra vez nos lleva a nuestra discusión sobre la formalidad en una pregunta anterior. Esta opción hace más fácil que los individuos con habilidades puedan ejercerlas, y no sólo origina una fuente importante de la economía sino que también puede crear un ambiente importante para el desempeño personal. Los

países que ponen los menores obstáculos en el camino de aquellos que tienen habilidades para ser desarrolladas progresarán más que esos que no.

Parte de nuestra satisfacción personal como seres humanos consiste en usar las habilidades que tenemos, incluyendo el trabajo. Considero que en parte trabajamos no sólo porque es una necesidad sino porque tenemos rasgos de nuestra personalidad a los que el trabajo le da efectos pues permite satisfacer altamente la creatividad. Un sistema económico que permita que los individuos den la máxima expresión a tales habilidades y capacidades probablemente, en una forma personal y política, pueda contribuir a incrementar la satisfacción individual también. Así, el decidirse por la descentralización, y por tener un sistema de políticas de competencia que reduzcan las restricciones de entrada al mercado y las restricciones artificiales significa negarse a transmitir el siguiente mensaje al individuo: "has de soportar un sinnúmero de requerimientos para obtener licencias y permisos", y, por ende, optar por un proceso simple de incorporación del negocio. Esto no sólo es una buena oportunidad para lograr los fines económicos importantes sino que también para mejorar la satisfacción de los ciudadanos también a un nivel personal.

5. ¿Cuál es su opinión acerca de la implementación de un sistema de control de fusiones, considerando que éste es un sistema que se presume costoso, la poca institucionalidad que sufre el Perú y el peligro de captura de empresas por parte del Estado? Y, en todo caso, si se considera que debería haber un sistema de control de fusiones, este control, ¿debería ser *ex post* o *ex ante*?

KOVASIC: Yo soy de la opinión de que depende mucho de cómo el control de concentración de fusiones es diseñado. Considero que es muy importante que los países de recursos limitados que están en las etapas iniciales de desarrollo de instituciones sólidas se cuiden de tomar responsabilidades que excedan las capacidades institucionales actualmente existentes. Tenemos la experiencia de un buen número de países en los que se comprobó que si ciertos tipos de fusiones son permitidas sin la supervisión de las autoridades de competencia pueden tener efectos dañinos, especialmente en los mercados de servicios en los que el tráfico internacional no provee de límites, pudiendo, así, concentrarse toda la capacidad comercial de un mercado en particular en una sola empresa. Así también, cuando un Estado está en proceso de privatización habrá beneficios en tanto la privatización se de de tal forma que promueva la competencia, y que las firmas recientemente privatizadas no recreen simplemente la configuración de aquella empresa única

que prevaleció durante el período que el Estado fue el propietario.

Creo también que ha de darse un ajustamiento a fin de tener un sistema de control de fusiones, y no un control de fusiones *ex ante*, centrado en la revisión de las fusiones que competitivamente resulten ser más serias. Eso significa que las revisiones no se darán en los niveles bajos, es decir, se llevarán a cabo sólo cuando con las transacciones se busque reducir el número de participantes relevantes en el mercado de tres a dos, o de dos a uno. En pocas palabras, el mecanismo de control se ha de centrar en los niveles altos como es el del monopolio o cuando se busque reducir a un mercado con tres firmas a uno con dos, como ya se comentó.

CREUS: Control de concentraciones: ¿sí o no? Yo no soy quién para decirle a nadie si debe o no debe tenerlo, mas voy a dar elementos y claves para que la gente piense al respecto, ésta es mi finalidad. Por lo tanto, vamos a abordar el tema, se dice que el Perú es un país muy pequeño, bueno, hay países mucho más pequeños que tienen control concentraciones. Entonces no veo por qué éste deba ser un impedimento.

El costo del control de concentraciones tampoco tiene por qué ser muy alto pues se tiene que adaptar a la realidad de concentraciones a analizarse en cada país. Es decir, no se trata de crear una institución para analizar mil operaciones de concentración. No, en España vemos cien al año y de las cuales el 90% son en primera fase, es decir, un simple intercambio de información. ¿Qué hay destinado al control de concentraciones? En España debe haber unos seis o siete funcionarios dedicados a llevar los procedimientos en primera fase y unas tres o cuatro a nivel de Tribunal. Así, estamos hablando de trece o catorce funcionarios para un país con una economía, a lo mejor, distinta a la peruana. Si hiciéramos una regla de tres, no estaríamos hablando de muchos más funcionarios para gestionar un control de concentraciones aquí. Pero, pueden haber otros problemas y es el tema de politización del control de concentraciones, pero éste no es un tema de este país, ni de cualquier otro en particular; lo es en Estados Unidos, lo es en Europa, lo es en España, en Italia, en Alemania y en todos los países. Tiene, pues, una connotación económica muy fuerte.

El siguiente tema era el control *ex post* o *ex ante*. El control *ex post* no sirve, no es control de acuerdo a las reglas de Libre Competencia. Si voy a hacer un control, tendría que ser *ex ante* y por lo tanto, tiene que salvar de alguna manera este obstáculo a la competencia. Entonces, creo que claramente el control tiene que ser

William E. Kovacic
Antonio Creus

ex ante. El *ex post* no ha funcionado en casi ningún país: ocurre que es muy difícil deshacer lo que ya está hecho. Es decir, si el control ocurre *ex post*, ya se ha producido la concentración y después es muy complejo deshacerla, casi raspando lo imposible. Los conceptos, respecto de la concentración, tienen que ser abiertos, sencillos, fáciles de aplicar –sobre todo fáciles de aplicar– más que correctos jurídica o técnicamente. Entonces, si se hacen fáciles, se adecua uno a los mercados. Ahí tenemos una virtud. Por lo que oído respecto del Perú, como integrante de la comunidad andina, ya empieza a ser un poco grande, entonces hay que empezar a pensar dónde colocamos el control de concentraciones. En Europa, el control de concentraciones no empezó por España, ni por Francia, ni por Italia, empezó a nivel de la Comunidad Europea y, luego, unos años más tarde, lo implementamos hacia abajo. Entonces, quizá es un ejemplo a estudiar, yo no digo que sea “a seguir”, digo “a estudiar”.

La regla de la razón es una regla necesaria, sobre todo, donde existe algo que ustedes aquí no tienen, pero que en Europa la tenemos, que es la aplicación judicial del Derecho de Competencia. En ésta, el juez tiene que ver cuáles son los hechos que se han presentado y éstos deben tener alguna racionalidad. Yo creo que pueden convivir ambas reglas dependiendo de las situaciones. Podemos pensar que hay cosas que son *per se* prohibidas y algunas donde es aplicable la regla de la razón, yo siempre lo he entendido así, no creo que sea lo uno o lo otro, creo que hay posibilidades de tener las dos. Ahí donde estén involucrados asuntos relativos a precios, intercambio de información y control de territorios, creo que siempre será aplicable una regla *per se* y la regla de la razón estará restringida a las operaciones cuya validez dependa de la racionalidad que haya detrás de ella.

6. ¿Están el derecho a la Libre Competencia y la Competencia Desleal relacionados de alguna forma?

KOVASIC: Creo que existe un vínculo importante entre las dos áreas pues a veces al hablar de la competencia desleal o injusta nos referimos a una forma de protección al consumidor. Así, creo que uno de los nexos más importantes entre ellos es que los principios de las normas sobre competencia y la especial atención que prestan al establecimiento de medidas en pro de una mejor situación de los consumidores son una forma de imponer disciplina en el desarrollo de los principios de la competencia desleal. Creo que existen instancias en las que mediante un estudio comparativo puede

demostrarse que los principios y conceptos desarrollados en las normas de competencia constituyen un armazón importante y, además, estipulan los principios para el entendimiento de la mejor forma de aplicación de las medidas de competencia desleal.

Un gran número de jurisdicciones tienen contenidos en sus leyes de competencia ambos tipos de medidas y es frecuente que se le asigne a una sola institución la responsabilidad del *enforcement* de ambos. Sobre la base de esa experiencia, creo que pueden ser compatibles, armónicos. Sin embargo, desde la perspectiva analítica que nos presentan las normas de competencia, los elementos de tales normas de Derecho Administrativo tienden a ser muy estrictos en la interpretación de lo que constituye competencia desleal.

7. ¿Se debe implementar un sistema de ejecución pública o privada del Derecho a la Competencia?

KOVASIC: Creo que ambos cumplen un rol valioso. Este es uno de los casos en los que ha de tenerse en cuenta el diseño institucional y no puede soslayarse que la decisión de cómo diseñar una institución es muy importante. El sistema de *enforcement* privado del Derecho depende en gran parte de la fuerza y las cualidades de los tribunales. La decisión de proceder con un sistema privado de *enforcement* hace suponer básicamente que el sistema judicial ha logrado un nivel esencial de calidad, confiabilidad, honestidad y eficiencia. Si tal presupuesto es incorrecto, el *enforcement* privado no será exitoso. Por eso una de las preguntas claves es: ¿está el Poder Judicial preparado para esto? El que haya una respuesta positiva es una condición esencial para tener los derechos de acción privada¹.

Otra pregunta es la forma en la que los derechos privados han de ser diseñados. Los Estados Unidos tienen mucha experiencia con los derechos de acción privada y creo que las jurisdicciones que están considerando esta posibilidad pueden aprender mucho del estudio de la experiencia de ese país y otros países que se decidieron por ellos. Es posible también identificar problemas o debilidades en el sistema americano y evitarlos. No hay necesidad, por ejemplo, de normar que todos los daños deben ser multiplicados por tres. Una jurisdicción puede elegir otro tipo de medidas al decidir cómo hacerlo.

De ahí que crea que el *enforcement* privado puede jugar un rol útil pero para esto el país necesita tener confianza en que su sistema judicial puede trabajar

¹ Nota del Traductor: el término usado por el Profesor Kovacic fue “private rights of action”. Según el diccionario jurídico Black’s la denominada “private action” es toda pretensión llevada a los tribunales por un privado para la ejecución o protección de un derecho civil o privado.

eficientemente, y debe estudiar muy cuidadosamente lo que otras jurisdicciones han hecho porque son esos experimentos los que pueden informar a un país cómo es que deben llevar a cabo los programas.

CREUS: En cuanto a la ejecución privada del Derecho de la Competencia, llevo ocho años escribiendo a favor de ello. En España estamos modificando la ley en ese sentido. A nivel comunitario se ha modificado hace un año y ya se está aplicando. Yo creo que es básico y fundamental. Esto por cuanto descarga al órgano público de una serie de temas y se puede plantear a niveles paralelos. Además, da a las empresas la posibilidad de poder ejecutar ante la jurisdicción que corresponda lo que sea el Derecho de Competencia. Me parece indispensable y me cuesta entender el Derecho de la Competencia sin esta posibilidad, porque, sin ésta, el particular siempre queda dependiendo de un órgano administrativo y si alguien quiere preguntar cuánto se paga por daños y perjuicios, por ejemplo, en un cartel, cuando no hay este *enforcement* privado, pues el monto es bajísimo. Entonces, es necesario contar con este sistema si queremos contar con un Derecho de la Competencia fuerte y serio.

8. En caso sea pública la ejecución ¿se debería dejar a la administración o se debería ser un sistema apoyado en el Poder Judicial y tener al INDECOPI como una especie de fiscal que solo se encargue de la “acusación” y labores de investigación?

KOVASIC: Creo que el modelo que mejor funciona en los sistemas que están todavía en las décadas iniciales del establecimiento de nuevos programas es el de establecer una revisión que han de llevarse a cabo por las cortes de apelación de mayor grado del país. Esto es, confiar en las decisiones administrativas, es decir, la presentación y evaluación de evidencia ha de hacerse ante un Tribunal Administrativo, y contar a la vez con una posterior revisión de un tribunal superior para asegurar que el tribunal administrativo haya actuado correctamente. Como tribunal superior puede tenerse al sistema existente de apelación de los tribunales de la jurisdicción o a cámaras especiales como las creadas en otros países para lidiar con los problemas que puedan surgir respecto de las políticas de competencia, o también pueden ser tribunales creados exclusivamente para ver cuestiones de políticas de competencia.

La principal razón por la que prefiero el mecanismo administrativo es que creo que de esta forma hay una mayor probabilidad de desarrollar un cuerpo coherente de políticas y doctrina sobre todo en las jurisdicciones en las que existen grandes dudas respecto de la calidad

de los tribunales, especialmente aquellos de primera instancia. Creo que esta es una razón bastante fuerte como para tener una administración experta cuya función sea ser el principal vehículo para la solución de los casos.

CREUS: Ésta es una pregunta muy compleja. Primero, si yo creo que debe haber ejecución privada del Derecho de la Competencia, me preocupa un poco menos que esté en manos del ejecutivo la eficacia pública del Derecho de la Competencia, porque en la medida en que tenga un remedio privado, ya sea que se trate de una empresa o un interesado, podré acudir al remedio privado, es decir podré acudir a los tribunales y ejercitar y hacer valer mis derechos. Por lo tanto, de ahí a que la entidad pública no quiera hacer valer mis derechos o quiera darle influencia política, no me va a afectar, ya que ésta incurre en responsabilidad.

Dicho esto, está la otra pregunta, es decir, pongámonos en el caso en que no hubiera un sistema de ejecución privada, y sólo dependiéramos del público y, por lo tanto, sea para nosotros más relevante qué tipo de ejecución pública tengamos. En este caso, yo creo que lo que me interesaría, sobre todo, es que tuviera independencia, no tanto en la fase de instrucción, sino en la de resolución. En algún momento, había pensado que hubiera un tribunal, no administrativo, sino jurisdiccional, como tienen algunos países, y sea éste quien resuelva y la autoridad administrativa actúe como corrector del caso, fiscal, investigador o acusador. Pero, nuevamente, nos encontraremos aquí con que el problema no lo acabamos de salvar, porque se plantea el dilema de qué pasa si la autoridad pública no quiere llevar el caso. Entonces, si no lo quiere llevar, necesitamos, nuevamente, la acción privada. Por mucho que queramos solucionar los problemas de la ejecución pública, si no tenemos la acción privada estamos siempre muy mal. Lo importante es tener la acción privada. La cuestión es compleja, lo importante es determinar primero lo privado y luego entrar a analizar que parte del sector público es quien va a analizar los casos.

9. Suponiendo que la ejecución privada es escogida, ¿cuáles son las desventajas de esta decisión?

KOVASIC: La desventaja más saltante es que el país pierde la habilidad de tratar de formular políticas coherentes o de establecer una sola política que es establecida a un nivel nacional. La descentralización básicamente le quita a la autoridad nacional el monopolio que tiene sobre la creación de políticas. Los privados pueden usar teorías con las que el

William E. Kovacic
Antonio Creus

gobierno no siempre coincidirá para sustentar ciertos casos por lo que pueden generarse costos por tal discrepancia.

Una postura intermedia se daría si se permite que los derechos de acción privada estén limitados inicialmente

a los comportamientos más dañinos. El país podría empezar estableciendo los derechos de acción privada para cubrir los daños impuestos por los carteles y luego expandirlo a otras áreas. Así tenemos que es posible crear derechos de acción privada concentrándolos en tipos específicos de comportamiento.

REGIONALIZACIÓN Y DESCENTRALIZACIÓN*

Efraín Gonzales de Olarte

Vicerrector Administrativo y Jefe del Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto de Estudios Peruanos. Autor de diversos libros acerca de descentralización y desarrollo económico.

Francisco Morales Bermúdez

Ex presidente de la República del Perú.

Yehude Simons

Presidente de la Región Lambayeque.

Luis Thais

Presidente del Consejo Nacional de Descentralización.

* La presente Mesa Redonda estuvo a cargo de Carmen María Accinelli, Luis Miguel Velarde, miembros de la Comisión de Contenido, y Oscar Súmar, Director de la Comisión de Contenido.

Nuestro país atraviesa un proceso de Descentralización iniciado ya hace algunos años, el mismo que aún no ha podido ser implementado completamente y, por ende, no ha producido los beneficios esperados. En aras de complementar el proceso antes referido, se ha llevado a cabo un referéndum para evaluar la posibilidad de instaurar una Regionalización, la cual brindaría cierta autonomía, independencia y poder a las regiones, a fin de que puedan desarrollarse de una manera más equitativa, dejando de lado el centralismo imperante en nuestro país.

Tomando en cuenta la relevancia de dicho proceso en el desarrollo de nuestro país, THEMIS ha considerado de vital importancia compartir la opinión de distintos especialistas en la materia, y personas involucradas directamente con el proceso de regionalización, los cuales, desde un enfoque multidisciplinario, abordan los puntos fundamentales de dicho proceso, a fin de coadyuvar al mayor entendimiento de esta iniciativa y brindar un aporte para su implementación¹.

1. Con el transcurso del tiempo, hemos podido apreciar el constante desarrollo producido en la ciudad de Lima, situación que se ha visto reflejada en aspectos como el progreso de la industria, el incremento del número de puestos de trabajo, entre otros. Asimismo, apreciamos una fuerte visión centralista y etnocentrista por parte de los miembros de la población y los distintos gobernantes de turno, quienes no han sido capaces de implantar acertadas políticas de Descentralización.

Estos acontecimientos han creado una fuerte dependencia e inferioridad de las regiones respecto de la ciudad de Lima², situación que se ha visto fortalecida a lo largo del tiempo. ¿Cómo cree que se llegó a dicha situación y cuáles fueron las principales causas? ¿En qué se relacionan dicha dependencia e inferioridad con el proceso de Descentralización?

GONZALES DE OLARTE: Lo de inferioridad es más una percepción que algo concreto. Lo cierto es que en Lima se ha concentrado la economía –producción, comercio, empleo y finanzas– y la ha convertido en un “centro muy fuerte” que, como en la teoría de la gravedad, tiene una fuerza de atracción muy grande, lo que inhibe el desarrollo relativamente mayor de otros centros secundarios, es decir, de otras ciudades como

Arequipa, Chiclayo o Trujillo. El origen de este centro está básicamente en el modelo primario exportador y semi-industrial que tuvimos durante los cuarenta años posteriores a la segunda guerra mundial, que generó un proceso de migración del resto del país hacia Lima, precisamente por sus atractivos económicos, educativos y de bienestar. Durante el Gobierno de Fujimori, que re-primarizó la economía y diezmó la industria, sobre todo provinciana, se dio un proceso de re-centralización económica debido al cambio de parte del modelo económico, que viró hacia uno primario-exportador y de servicios, cuya principal característica es la de haber reducido las interrelaciones entre Lima y el resto de regiones, no sólo porque la producción industrial fue reemplazada por mayor producción de servicios, sino porque los productos industriales se importaron masivamente, apoyados por la liberalización del comercio y la abundancia de dólares baratos. El efecto de este proceso ha sido letal para el empleo, pues no sólo ha cambiado sus determinantes, sino que las mayores importaciones generan relativamente más empleo en el exterior que en las regiones. Así, actualmente la concentración económica de Lima es un poco más fuerte que antes, pero sobre todo su interrelación con otras regiones se ha debilitado.

MORALES BERMÚDEZ: Podemos señalar que el centralismo ha sido un vicio histórico de nuestra organización política. Por contraste, se ha apoyado mucho en el caciquismo y gamonalismo regionales de tendencia federalista. Pero los federalistas no expresaban un anhelo popular y los partidos políticos no sintieron la urgencia de terminar con el centralismo. Los ensayos de Descentralización en la historia republicana han adolecido del vicio original de representar una concepción semi-centralista. A lo sumo, han llegado a determinados niveles de desconcentración administrativa.

Los partidos y los líderes han optado varias veces la tesis de la Descentralización, muchas veces por oportunismo político, pero cuando han tratado de aplicarla no han sabido ni han podido moverse fuera del concepto centralista.

La Descentralización llevada con eficacia es el mejor medio que permitirá el desarrollo de las diferentes zonas del país, lo cual requiere recursos y voluntad política para alcanzar resultados en un proceso de mediano a largo plazo.

¹ Las preguntas de la presente Mesa Redonda fueron absueltas previamente a la realización del referéndum para la conformación de las regiones efectuado el 30 de octubre de 2005, salvo la última pregunta, la misma que se planteó luego de conocer los resultados.

² Ponemos especial relieve en presentar la gran concentración de recursos y posibilidades de la “Gran Lima” versus el estancamiento de recursos de las provincias que constituyen el “Perú profundo”. CENTRO DE ESTUDIOS DEL DESARROLLO. “La crítica del centralismo y la cuestión regional”. Lima: Centro de documentación e información andina. 1984. p. 62.

SIMONS: La centralización como razón principal de los problemas peruanos es un punto común de todos los analistas que han tenido que ver con nuestra historia.

Desde Mayo de 1821, es decir, dos meses antes a la Declaración de Independencia, se advertía la necesidad de hacer una “distribución conveniente de las riquezas en todas las ramas haciendo discreta combinación”³. La macrocefalia capitalina orientó siempre la ubicación de recursos y de expectativas hacia el centro, en un flujo constante que culminó deformando totalmente a Lima, al extremo que la ha convertido en una antítesis cívica y, en la actualidad, por efectos de la alta presión social, ha generado estados intermedios a través de una atomización con la emergencia de los conos, constituidos en grandes enclaves socioeconómicos de insospechadas capacidades.

La ubicación de posibilidades de aprendizaje y negocio en la capital despobló, asimismo, al resto del Perú y, al mismo tiempo, subjetivizó el tema, haciendo que los habitantes circunstanciales o coyunturales de Lima se desprendan avergonzados de sus costumbres y modos del interior y produzcan una forma cultural que se distinga luego por la informalidad y el acomodo, por la falta de respeto a las leyes y por la improvisación. Ahora y por mucho tiempo, los modos aislados y faltos de toda ética se han consolidado en una cultura llamada “chicha” que ha logrado escalar posiciones y asentarse firmemente, devorando por completo al “centrum” capitalino y amenazando con cercar totalmente al enclave limeñísimo que conforman solamente algunos distritos: San Isidro, San Borja, Miraflores y otros. En ellos es en donde se refugian los últimos rezagos de la capital, además del perímetro que rodea la Plaza de Armas, frente a Palacio de Gobierno.

Así, la superioridad objetiva de Lima sobre el resto del Perú, por contar con las armas de recursos y posibilidades, se dio la mano con la superioridad subjetiva, aquella “que se cree” o “asume limeñismo”, provocando un fenómeno de absorción que ha terminado por complicar el panorama capitalino con una explosión demográfica totalmente desordenada e imposible de manejar.

Ahora que se habla con fuerza del proceso de Descentralización se procura, con emergencia, distribuir facultades y competencias y lograr que el fenómeno revierta, esto es, que los flujos de

concentración varíen su orientación convirtiéndose en flujos de dispersión. Este proceso tiene que ser de largo aliento pero no debe tener pausa alguna en su desarrollo. “Salvar a Lima” es también una de las justificaciones para impulsar la desconcentración.

Igualmente, la conveniente distribución de recursos y de oportunidades en todo el territorio patrio refuerza la identidad nacional y garantiza el proceso de inclusión, debido a que al acercar la gestión gubernativa a los ciudadanos, las oportunidades para que todos participen conscientemente del tema llamado “gestión pública” se incrementan tremendamente.

THAIS: Esto es un proceso histórico que discurre a lo largo de 184 años de vida republicana y que el actual proceso de descentralización iniciado en el 2002 trata de enmendar por vez primera en nuestra historia.

2. ¿Cuáles deberían ser los objetivos de la Descentralización? ¿Por qué debemos darle importancia a la Descentralización como proceso tendiente a lograr el desarrollo del país?

GONZALES DE OLARTE: La Descentralización estatal es un medio para lograr dos objetivos:

1. La desconcentración del poder del Gobierno Central hacia los Gobiernos sub-nacionales. La centralización política o estatal ha sido un problema que ha impedido una mejor participación y gestión del Estado, generando desigualdad de acceso a las oportunidades que brinda el Estado en temas como la provisión de servicios públicos y la administración del desarrollo.
2. La Descentralización fiscal, como medio para permitir que los Gobiernos satisfagan los pedidos y necesidades de la población de una manera equitativa y sin importar donde se encuentra una persona. Actualmente, si uno vive en la sierra en una comunidad campesina a más de 3000 metros sobre el nivel del mar, las probabilidades de que el Estado le suministre educación, salud e infraestructura son mucho menores que si vive en una ciudad o en Lima.

El desarrollo económico del país, definido como el desarrollo de todas sus regiones y localidades a un mismo compás, es una tarea que va más allá de la actual Descentralización y Regionalización. El desarrollo depende de mayores inversiones, más empleo y más ingresos en todos los confines del país y ello no depende

³ La Real Orden del 31 de mayo de 1821, señala el último intento de España por adoptar su organización a los nuevos tiempos. En dicha Real Orden se propugna la organización de juntas encargadas de un plan de división política del territorio, teniendo presente: primero, los límites naturales (ríos, montañas, etcétera); segundo, que haya proporción en la extensión y las distancias; tercero, que se distribuyan equitativamente las riquezas en todas las ramas, haciendo discreta combinación.

sólo de la descentralización estatal, en realidad depende más bien de la descentralización del sector privado y de la descentralización de las capacidades humanas, que hoy se centralizan en Lima y en las grandes ciudades.

MORALES BERMÚDEZ: La finalidad de la Descentralización es la ruptura del centralismo, cediendo poder. El proceso de Descentralización debe abarcar los aspectos político, económico, social y administrativo.

Considero que los objetivos generales de la Descentralización son:

1. Lograr el desarrollo integral, armónico y sostenido del Perú. Al desarrollar las partes, el todo también se desarrolla. Este es el objetivo principal.
2. Crear mercados donde no existen y ampliarlos donde son reducidos.
3. Reducir las migraciones del campo a la ciudad.

La Descentralización es hoy el instrumento más importante para lograr el desarrollo de un país con las características del Perú: de geografía variada y difícil, pluricultural, pluriétnico y con grandes vacíos de la presencia del Estado en el interior del país.

SIMONS: Ya hemos expresado que la Descentralización garantiza la aplicación de una verdadera democracia en el territorio de la patria. Al manejarse con criterios inclusivos y de plena transparencia, el mando en la gestión tiende a ser compartido, en programación y en responsabilidades, garantizando la co-responsabilidad en el manejo del Estado y el reconocimiento de ese Estado como un ente dentro del cual todos interactuamos. Así lograremos generar el círculo perfecto que encierre a la generación de riqueza, la contribución impositiva y la aplicación del fondo común y público en proyectos beneficiosos para todo el grupo, como pilares de la convivencia ciudadana. Esta situación en un entorno general de transparencia y práctica en valores configura el ideal que justifica la existencia del mismo Estado y garantiza su permanencia en el espacio y en el tiempo, evitando que la quiebra de todos los conceptos termine con un proceso de dispersión y extravío de la patria.

La Descentralización por ello es urgente. Aquella justifica la declaración unitaria del Perú constituido y sus objetivos no deben quedar limitados a la redistribución de

competencia y recursos, sino que debe comprender un fuerte proceso de identidad que permita alimentar autonomías sin descuidar la integridad nacional.

THAIS: Es la única manera de lograr un sano equilibrio entre las regiones del país. Primero, acabando con el centralismo limeño, demanda reclamada por muchos desde la década de 1920 y plasmada por este gobierno como una política de estado. Segundo, conformando regiones para que el país tenga mayores oportunidades de crecimiento y auténtico desarrollo. Y, tercero, creando las condiciones para un nuevo ordenamiento territorial de la sociedad nacional, un nuevo mapa del Perú, con el fin de construir un Perú moderno y desarrollado.

3. La gestión y políticas regionales se rigen por una serie de principios establecidos en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y la Ley de Bases de la Descentralización, entre los que se encuentran los principios de Subsidiariedad e Integración⁴. ¿Considera que se están cumpliendo dichos principios? En general, ¿qué opinión le merece la manera como se está efectuando el proceso de Descentralización y qué puntos considera podrían modificarse?

GONZALES DE OLARTE: El proceso de Descentralización apenas está empezando, en consecuencia aún no se puede evaluar si se están cumpliendo estos principios. Todavía falta que se apruebe la Ley de Competencias del Gobierno Central, que se transfieran las competencias o funciones a los Gobiernos Regionales y Locales que la Ley de Descentralización y las leyes de Regionalización y de Municipalidades contemplan, y que se transfieran los recursos o las capacidades para generar los mismos a los Gobiernos sub-nacionales.

Para mi gusto, la Descentralización se está haciendo a la peruana, es decir, con una gran dosis de voluntarismo, con improvisación y de manera poco informada. Imagínese que justo cuando se necesita la mayor información sobre todos los confines del Perú, el Instituto Nacional de Estadística e Informática deja de producir estadística económica por departamentos y hace un censo por demás deficiente para poder dar a los Gobiernos Regionales y Locales la información básica para orientar sus acciones.

Creo que la carencia más importante es no tener una estrategia de Descentralización, Regionalización y

⁴ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ley 27867, publicada con fecha 18 de noviembre de 2002. " **Artículo Octavo:** 10. (...) Subsidiariedad: (...) El Gobierno Nacional no debe asumir competencias que pueden ser cumplidas eficientemente por los Gobiernos Regionales y éstos, a su vez, no deben involucrarse en realizar acciones que pueden ser ejecutadas eficientemente por los Gobiernos Locales, evitando la duplicidad de funciones".

14. Integración: (...) La gestión regional es parte de la gestión pública del Estado, lo cual implica el redimensionamiento gradual del Gobierno Nacional; la transferencia continua de competencias y funciones a los Gobiernos Regionales y Locales, fortaleciendo sus capacidades e incrementando recursos; el respeto en materia de competencias constitucionales y exclusivas (...)" .

desarrollo. Los componentes de un proceso de Descentralización, como son la parte político-legal, fiscal, administrativa y económica, están entremezclados, no tienen plazos y no se sabe cómo se integrarán. Es, obviamente, una Descentralización a la peruana.

MORALES BERMÚDEZ: El proceso de Descentralización debe realizarse en forma progresiva más que en forma acelerada, debiendo cubrir varios períodos de Gobierno, de modo de cimentar cada paso y aspecto principal del proceso.

Uno de los aspectos más importantes a considerar es que en nuestro país no hay conciencia regional, sino más bien una fuerte conciencia departamental. La Regionalización no es ni debe ser la finalidad del proceso, sino la Descentralización. La Regionalización bien llevada y con metas claramente establecidas, puede ser un procedimiento para descentralizar.

A nuestro modo de ver, debió en una primera fase cimentarse la Descentralización por departamentos, para pasar en una segunda fase a la Regionalización bien estudiada y de acuerdo también con las preferencias de los pueblos respectivos.

Más que puntos a modificar hay que contemplar una reorientación del proceso, el cual también adolece de una necesaria acción pedagógica y de una adecuada difusión.

Considero que los principios de Subsidiaridad e Integración se vienen cumpliendo débilmente y en forma desordenada porque no guardan relación en su ejecución con el principio de Gradualidad (adecuada y clara asignación de competencias y transferencias de recursos del Gobierno Nacional hacia los Gobiernos Regionales y Locales, evitando la duplicidad).

SIMONS: La Descentralización es un proceso de largo aliento. No existe la posibilidad de que un país se acueste centralista y se levante al día siguiente descentralizado, ni siquiera por procesos compulsivos y dictatoriales, pues la actuación de los ciudadanos está impregnada de una manera "centralista" o "descentralista", y ello no se puede modificar fijando una legislación aparente. Esto significa que los mismos principios que sustentan un proceso descentralizador no puedan ser aplicados de inmediato, sino que resultan objeto de un aprendizaje. Por ejemplo, el tema de **la Subsidiaridad**. La misma es imposible de cumplir pues aún no se han distribuido las fuentes de recursos. Además, la tendencia asistencialista del Estado peruano a lo largo de 180 años ha fijado en el

entendimiento común la idea de que mientras más alto sea el nivel de Gobierno, tenga mayor cantidad de recursos y las expectativas de solución, grandemente insatisfechas, se dirijan equivocadamente a la fuente que no corresponde, ello se convertirá en un asunto de clientela política y de manejo interesado de la demanda social. Ello superpone y confunde acciones, y no se consigue una exacta coordinación escalonada ni se actúa en concordancia con la tecnopolítica, sino más bien en directa intención del provecho partidario o personal.

En el caso de la transferencia de competencias y funciones, la misma tropieza con una normativa estrecha que impide contar en los nuevos niveles con la infraestructura necesaria para asumir los cambios. No existe forma de insertar en la Administración los recursos humanos imprescindibles y adecuados para el manejo moderno de la gestión. Tampoco se puede equipar convenientemente los despachos gubernativos gracias a las normas de austeridad fiscal. De esta forma, la transferencia corre el riesgo de fracasar ya que, al no encontrar una correcta atención a sus expectativas, la ciudadanía entenderá como indebida a la Descentralización y justificará el retorno o la subsistencia del centralismo en el País.

Considero que se precisa una exigencia de capacitación en la gestión pública que vaya más allá de los círculos laborales del Estado en todos sus niveles y que comprenda, urgente y obligadamente, a quienes postulan un cargo que resulte fruto del voto mayoritario para su ejercicio.

THAIS: La descentralización y la conformación de regiones es un proceso de muchos años, necesario para consolidarse. Desde hace tres años se están cumpliendo estos principios.

Poco a poco está en marcha una serie de cambios, actividades y transferencias. Por lo pronto existe en funcionamiento un nuevo orden conformado por tres grandes estamentos: el gobierno nacional, el gobierno regional y el gobierno local.

4. Se ha dicho que uno de los "pasos" en el proceso de Descentralización es la creación de macroregiones⁵ 6; no obstante, hay quienes sostienen que ella solo traerá la creación de economías de escala y la "Simplificación Administrativa". En su opinión, ¿cómo y en qué medida contribuirá la creación de macroregiones al proceso de Descentralización?

⁵ Mediante el referéndum que se llevó a cabo el 30 octubre del presente año.

⁶ THAIS, Luis. "La Descentralización". En: Enfoque Derecho 41. 2005. p. 13.

Específicamente, respecto al modo como se está llevando a cabo la Regionalización, ¿le parece válido crear una serie de incentivos⁷ para que se creen regiones, teniendo en cuenta que esto está siendo sometido a referéndum? Adicionalmente, parecen haberse dejado de lado temas tan sencillos como la determinación de la sede de la macroregión que se constituya, entre otros. ¿Qué opinión le merece esto?

GONZALES DE OLARTE: Las macroregiones no sólo son necesarias porque permiten obtener economías de escala, que en un país con las carencias del Perú, es un factor nada desechable. La característica más importante de una macroregión es la de constituir una economía regional, es decir, un mercado territorialmente organizado e integrado en torno a una o varias ciudades eje que funciona con relativa autonomía de otras regiones contiguas, entre otras razones por las distancias y los costos de transporte. Si existe una economía regional, entonces habrá Sociedad regional; si es así, será posible conformar más fácilmente los distintos niveles de Gobierno y la gobernabilidad descentralizada será más sencilla. Si la Descentralización y Regionalización no logran consolidar Sociedades regionales, allá donde existen, o crearlas donde no existen, las posibilidades del desarrollo regional o local descentralizado serán menores.

El ofrecimiento de incentivos se dio debido a que el proceso de Descentralización, en su apresuramiento, se inició con la elección de Gobiernos Regionales sin macroregiones constituidas, es decir, se puso los bueyes detrás de la carreta y ahora, para ponerlos adelante, se requiere de estos incentivos, los cuales ayudan a definir el perfil de instrumentos fiscales, financieros e institucionales con los que deberán contar todas aquellas regiones integradas.

La sede de la región es la trampa que podría impedir la integración de regiones, simplemente por la idea de que donde está la capital está el poder –lo que constituye una contradicción con el espíritu descentralista–. En verdad, es necesario distinguir la sede administrativa y de gestión, que debe quedarse en un lugar fijo para facilitar la administración, de la sede política (el lugar donde se toman las decisiones importantes), que puede ser rotativa.

MORALES BERMÚDEZ: Debemos partir de lo impropio de la nomenclatura que se ha empleado y no corregido en el proceso, lo cual trae confusiones de fondo. Aclaro: los actuales departamentos no son regiones y las

llamadas macroregiones deberían ser las regiones. Por ello, deberíamos hablar de integración de los departamentos en regiones. En mi opinión, la creación de macroregiones (regiones) es apresurada cuando todavía no se ha consolidado la Descentralización en las regiones (departamentos) ni se ha podido lograr una motivación psicológica en las poblaciones respectivas. Además, por experiencias producidas en la década de los años setenta y ochenta, sabemos que resulta difícil y complicado la determinación de sedes regionales (de la denominada macroregión).

En síntesis, creo que el proceso de Descentralización puede tener complicaciones en la conformación de las mal denominadas macroregiones.

SIMONS: De lo que se habla es de regiones –no de macroregiones–, pues el paso inicial de este proceso significó el reconocimiento oficial de Gobiernos Regionales sobre territorios departamentales. La posibilidad de conformar regiones gira sobre la decisión ciudadana en referéndum. El objetivo de la Regionalización no queda en crear economías de escala y simplificar el trámite burocrático; nosotros hemos propuesto una integración con una fuerte médula constituida por los recursos humanos del norte y sus evidentes particularidades, los cuales la reconocen como sustento de cualquier posicionamiento al interior y exterior del proceso.

Una misma identidad fijada en el plano valorativo construirá el espacio viable suficiente para experimentar una nueva ciudadanía, participativa y confiada, creativa y crédula, de la mano con una representación gubernativa eficiente y honesta, capacitada y justa. Este proceso ubicado en un territorio geográfico determinado logrará distinguirse y proyectarse como un valor agregado al territorio y revertirá los beneficios de su producción y de su gestión hacia la misma población y hacia toda la población del Perú. Las identidades regionales no deben enfrentarse con una identidad nacional. Nada de eso. El Gobierno Central debe ser entendido como un *summum* patriarcal y sereno, no intervencionista pero sí capaz de generar el respeto suficiente como para incrementar las dosis de amor a la unitariedad y a los símbolos comunes de un único origen nacional. Los temas íntimos del proceso son muy volubles y débiles. Por ejemplo, la designación de capital para los nuevos espacios conformados, si se lograra pasar sobre la elevada valla de la exigencia electoral (cincuenta por ciento (50%) más uno de los votos emitidos), contribuye a desvirtuar la propuesta de unidad porque estimula chauvinismos y provincianos fuera de época. Resulta muy duro entender que, por

ejemplo, luego de haber sido capital de departamento pasemos a ser una sede de dependencias orgánicas, lo cual se relaciona con la eficacia de la administración, de forma instantánea.

Los incentivos deben entenderse como una suerte de muletas de apoyo para el primer impulso, pero tienen que ser estructurados para que el beneficio de su concesión sea apreciable. Los incentivos puestos en la ley sirven de muy poco, ya que solamente los pueden entender los académicos; no obstante, la derivación de recursos que pueden apreciarse en la gestión eficiente sí es muy bien entendida por todas las personas, y ello asegura el camino hacia adelante en la Descentralización. Además, tenemos que reconocer que los presupuestos nacionales son de carácter inercial. Se reproducen de un año a otro con ligeras variables y un cambio o reorientación a favor de uno u otro de los espacios interiores generaría un terremoto en la estructura general. La derivación de recursos para disposición de proyectos de inversión tiene que ser muy cuidadosa.

THAIS: Por ahora no ha sido posible conformar regiones que agrupen tres o cuatro departamentos afines geográfica, histórica, económica y culturalmente. Pero es la meta. Tener un Gobierno Nacional que sería la Gran Lima Metropolitana, 5 o 6 Regiones con sus respectivos gobiernos regionales, elegidos por sus pobladores, así como la elección de su sede y un gran conjunto de Gobiernos Locales integrados por Municipios.

5. El artículo 43 de la Constitución Política de nuestro país establece que nuestro Estado es unitario y descentralizado, lo cual supone, según lo dispuesto por el Tribunal Constitucional⁸, que las regiones tienen la capacidad de dictar normas con rango de ley. Asimismo, el literal a) del artículo 35 de la Ley de Bases de la Descentralización⁹ dispone como competencia del Gobierno Regional la planificación del desarrollo integral de su región, la misma que, según la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales¹⁰, deberá ser acorde con las políticas nacionales del Estado.

Como puede apreciarse de los dispositivos mencionados, los Gobiernos Regionales tienen facultades normativas respecto de materias relacionadas con el desarrollo óptimo de su región, las cuales no podrán contravenir las políticas nacionales. Podría afirmarse que dicha limitación es razonable debido a la coherencia normativa que debe existir en un mismo país; sin embargo, conscientes de las distintas necesidades, de la disímil realidad de los Gobiernos Regionales y del centralismo imperante en nuestra sociedad, ¿hasta qué punto se justifica que todas las medidas adoptadas deban tener coherencia con las disposiciones nacionales (principio de lealtad regional)? ¿No debieran existir criterios, como razonabilidad y proporcionalidad, para poder apartarse de dichas disposiciones?

GONZALES DE OLARTE: Desde mi perspectiva, en un Estado unitario como el peruano no se pueden introducir rasgos de experiencias federales, pues pueden llevar a la balcanización. Justamente, la Descentralización debería establecer una estructura de gobierno con normas genéricas para homogeneizar las instituciones. Una dosis de autonomía está contemplada en cada disposición; sin embargo, en una primera fase de la Descentralización se requiere de un orden y control para que el proceso establezca las nuevas reglas del juego. Posteriormente, quizás se pueda pensar en mayores flexibilizaciones.

MORALES BERMÚDEZ: La autonomía política y la capacidad de dictar normas con rango de ley de los organismos descentralizados no puede ser ilimitada ni absoluta, porque si así fuera, no estaríamos en un Estado descentralizado como manda la Constitución sino en un Estado federal. Por ello, debemos entender la autonomía de los organismos descentralizados teniendo en cuenta las políticas nacionales del Estado.

Para aclarar este concepto, es conveniente tener en cuenta cuáles son las políticas nacionales que deben mantenerse centralizadas: principalmente, la macroeconomía, la política de defensa y la de relaciones

⁸ Sentencia de fecha 21 de setiembre de 2005, contenida en los expedientes 0020-2005-PL/TC y 0021-2005-PL/TC (acumulados), en la que el máximo intérprete constitucional sostuvo que "nuestra Constitución no solo ha conferido a los gobiernos descentralizados (regiones y municipios) autonomía administrativa, sino también económica, y, lo que es más importante, autonomía política. Esta última se traduce, de un lado, en la elección de sus órganos por sufragio directo (artículo 191° de la Constitución), y, de otro, en la capacidad de dictar normas con rango de ley (artículo 192°6 y 200°4 de la Constitución)" (subrayado agregado). Cabe destacar que, en la citada sentencia, el Tribunal Constitucional sostuvo la fundamental importancia del principio de lealtad regional (es decir, que las decisiones de los Gobiernos Regionales no pueden contravenir las políticas nacionales), señalando que: "Opera como una garantía institucional, pues asegura que el proceso de Descentralización no degenera en uno de desintegración en el que los Gobiernos Regionales puedan confundir el principio de autonomía que le ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 191°) con los de autarquía o soberanía interna".

⁹ Ley de Bases de la Descentralización. Ley 27783, publicada con fecha 20 de julio de 2002. "Artículo 35: Competencias exclusivas:

a) Planificar el desarrollo integral de su región y ejecutar los programas socioeconómicos correspondientes".

¹⁰ Ley Orgánica de Gobiernos Regionales. Ley 27867, publicada con fecha 18 de noviembre de 2002. "Artículo 45: "(...) Los Gobiernos Regionales definen, norman, dirigen y gestionan sus políticas regionales y ejercen sus funciones generales y específicas en concordancia con las políticas nacionales y sectoriales".

exteriores. En cuanto a la educación y salud, por ejemplo, el Gobierno Central establecerá políticas generales y los Gobiernos Regionales podrán dictar las políticas correspondientes adaptadas a sus regiones, normándolas mediante dispositivos con el rango de una ley regional.

Igualmente, habrá una política de desarrollo nacional de la cual las regiones tomarán los aspectos generales para establecer la planificación del desarrollo regional, en función de sus características y necesidades particulares. Sin embargo, pueden haber algunos criterios regionales que no se amolden a las normas de carácter nacional, tal como ha ocurrido últimamente en el caso de los sembríos de coca. En dichos supuestos de conflicto entre la política nacional y la política regional, será el Tribunal Constitucional quien dirima la situación.

SIMONS: La coherencia entre las disposiciones regionales y nacionales amerita una nueva distribución dentro del Poder Legislativo. Quizá los conflictos provengan de esa dualidad que se ha reconocido y que debía ser transitoria: la coexistencia de Congreso Nacional y los Consejos Regionales. La solución debería ir por el establecimiento de los Congresos Regionales y una bicameralidad fijada en la capital nacional, en Lima, una Cámara de Revisiones: el senado y los integrantes de esos Congresos descentralizados que estamos proponiendo.

THAIS: Los Gobierno Regionales tendrán autonomía plena, pero habrá una coordinación con las políticas nacionales y con los Gobiernos Locales que son el gran organismo de base. Las disposiciones nacionales están relacionadas con los principios generales que norma la Constitución y se refieren a principios y normas básicas genéricas como soberanía, defensa nacional, buen gobierno y otras.

6. El proceso de Regionalización tiene connotaciones de orden político, económico, administrativo y social. Específicamente en el ámbito social, se busca propiciar una mayor integración de las regiones, a fin de superar la discriminación y exclusión existentes y, al mismo tiempo, generar ciertos efectos sobre el nivel de las migraciones, la conservación de las distintas tradiciones, mitos y culturas propias de cada región¹¹. ¿Cuáles considera serán los principales cambios a nivel social y en qué

medida ello propiciará el desarrollo integral de nuestro país?

GONZALES DE OLARTE: Muchos creen que la Descentralización es para frenar las migraciones, yo diría que es todo lo contrario: una buena descentralización política y una desconcentración económica deberían acelerar las migraciones laborales, pues serían signos de dinamismo económico. Si esto sucede, se debería generar una nueva cultura social, menos piramidal, más democrática y con mayores oportunidades en todas partes.

El mayor cambio que debería generar una Descentralización es el cambio de la cultura. Hoy el peruano del Perú profundo es muy centralista, mucho más que el que vive en Lima, porque está esperando que la solución de sus problemas pase por Lima o por el Presidente de la República. Mientras esto no cambie no habrá desarrollo integral. Sin embargo, el cambio cultural es un largo proceso, no se da por decreto, ni ley; se da por el cambio en las condiciones económicas, sociales y políticas, casi como un aprendizaje con retardo.

MORALES BERMÚDEZ: Si se lleva a cabo un buen proceso de Descentralización, esto significará, desde el punto de vista social, contar en las zonas regionales con un buen sistema de salud (hospitales, postas médicas, etcétera), un sistema educativo eficiente (maestros capaces, colegios, institutos técnicos, universidades), así como niveles mínimos de desocupación y subempleo, condiciones todas que contribuyan a afincar al poblador en su terruño, limitando las migraciones a las capitales de departamento y a la capital de la República.

Nada impide también que en el proceso de Descentralización se constituyan polos de desarrollo regional con mayor desarrollo agroindustrial que incrementen el desarrollo social.

SIMONS: No hay cambio social si al mismo tiempo no se redistribuyen recursos que lo habiliten. De otra forma, todos nos quedaremos en los preciosos discursos. El cambio social implica una reconsideración verdadera de nuestras posiciones. Quienes son Estado se deben a la ciudadanía, y esta última debe participar en las tareas del Estado. Dicha apertura facilitará y mejorará las condiciones para el cambio social.

El índice de desarrollo humano se reorientará también al compás de la tecnología aplicada. Todos sabemos

¹¹ Si el proceso de Regionalización se ejecuta de acuerdo a lo planeado, la necesidad de migrar hacia Lima para poder obtener una buena educación, un buen trabajo, entre otros aspectos, se reducirá, ya que las distintas regiones contarán con mayor autonomía y recursos para satisfacer sus propias necesidades y lograr un mayor desarrollo. Esto permitirá la vigencia de muchas creencias que son de fundamental importancia para los miembros de las regiones.

que el analfabetismo se ubica ahora en el terreno de la informática y, sin embargo, se siguen analizando los promedios en función a la capacidad de lecto-escritura que tienen las personas. Si toda la estructura del Estado y de la Sociedad camina por el terreno de la tecnología, los criterios de cualidades y cantidades también tienen que orientarse en ese sentido, siendo hacia allá donde debe caminar la tarea del Gobierno Regional no solo para distribuir recursos, sino para emprender grandes tareas con la cooperación internacional que superen los límites del mero asistencialismo.

THAIS: El proceso de regionalización que recién está en marcha con los Gobiernos Regionales y Locales en cada uno de los 24 departamentos del país, busca en lo social la integración nacional, la plena participación de todos en sus ámbitos respectivos y la procura de fomentar identidades nacionales, es decir crear condiciones para que el desarrollo sea sustentable, armónico e integral en plena concordancia con los intereses de las regiones y de la nación.

7. La Ley de Descentralización Fiscal y su Reglamento establecen que los Gobiernos Regionales cuentan con la facultad de crear tasas y contribuciones, más no impuestos¹². A diferencia de lo que sucede respecto de los dos primeros tributos nombrados, la recaudación y distribución de los impuestos se realiza desde el Gobierno Central, por intermedio de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT)¹³. En el marco del proceso de Regionalización en marcha, ¿qué opinión le merece esta situación? ¿Cómo considera que se podría mejorar el proceso de Descentralización Fiscal? ¿Cuál es la importancia de ésta en el marco de la Regionalización?¹⁴

GONZALES DE OLARTE: El proceso de Descentralización fiscal recién está comenzando. Creo que las normas, si se implementan bien, van a generar una estructura tributaria descentralizada. Lo que me preocupa es que no van a cambiar el carácter regresivo del sistema tributario, fuertemente sesgado a los impuestos al consumo, que son relativamente desfavorables a los sectores de menores ingresos. En una primera etapa, la Descentralización fiscal debería

tener como meta la ampliación de la base de contribuyentes, para lo cual los Gobiernos Regionales y Locales deberían jugar un papel importante, pues están cerca de los contribuyentes, saben quién tiene mayor ingreso o riqueza y quién no. Si se reducen la evasión y la elusión en las PYMES y las exoneraciones en los grandes contribuyentes, los recursos para los Gobiernos Locales y Regionales podrían aumentar drásticamente y cumplir con sus funciones de una manera tal que la población notaría que la Descentralización es mejor que el centralismo.

MORALES BERMÚDEZ: La Descentralización fiscal es básica en el proceso de Descentralización y comprende la descentralización del gasto público y la Descentralización tributaria. En cuanto al gasto público, cada región debe tener su presupuesto aprobado al mismo nivel con el que se aprueba el Presupuesto de un Ministerio, formando parte del Presupuesto Nacional. En cuanto a la Descentralización tributaria, debe constituirse en cada región un órgano recaudador de tasas y contribuciones implantadas por la región. En cuanto a los impuestos recaudados por el Gobierno Central, es conveniente que SUNAT recaude y asigne a la región el cincuenta por ciento de los impuestos que se hayan generado en ella. Cuando se tenga un mayor avance en la organización de la Descentralización, esto puede ser a la inversa, es decir, que la región recaude y envíe a SUNAT el cincuenta por ciento (50%).

SIMONS: Sin Descentralización fiscal no hay Descentralización posible. No obstante, subsisten temas generales que nos atan: el volumen de la deuda es uno de ellos, porque ninguno de los nuevos componentes puede manifestarse reacio a asumirla. Si bien es cierto que los Gobiernos Regionales no pueden crear tributos, sí pueden, gracias a una política de plena transparencia y honestidad a toda prueba, lograr que la ciudadanía de su jurisdicción contribuya con mayor voluntad a la bolsa común impositiva. Siempre es duro pagar impuestos cuando el ciudadano percibe que su dinero es derrochado en viajes, lujos y sueldos astronómicos; una Administración honesta, cercana y austera, sin llegar a los extremos de un franciscanismo que coaccione, mejorará la recaudación como efecto inmediato.

8. Las provincias del Perú, en general, y las zonas rurales, en particular, han sido olvidadas por mucho tiempo, siendo el Estado el principal

¹² Ley de Descentralización Fiscal. Decreto Legislativo 955, publicado el 05 de febrero de 2004; Reglamento de la Ley de Descentralización Fiscal. Decreto Supremo 114-2005-EF, publicado el 09 de setiembre de 2005; Constitución Política del Perú, publicada con fecha 30 de diciembre de 1993. Artículo 74.

¹³ Del monto total recaudado por concepto de impuestos, el Gobierno Nacional asignará el cincuenta por ciento (50%) a la región donde se hayan devengado. Asimismo, cabe destacar que la SUNAT tiene también la potestad de recaudar y administrar las regalías mineras, luego de lo cual deberá asignar dichos montos a las regiones donde se hayan realizado las actividades mineras (así lo dispone la Ley de Regalías Mineras).

¹⁴ Esta pregunta no fue contestada por Luis Thais, no obstante le fue formulada.

responsable de esta situación¹⁵. En este contexto, surge el problema de la responsabilidad social empresarial de las empresas mineras al momento de desarrollar sus actividades económicas en las distintas regiones. En determinados casos, las empresas han asumido una posición activa frente a estas circunstancias, brindando a la población servicios básicos tales como salud, educación e infraestructura; no obstante, la regla general ha sido la inversa, esto es, la despreocupación respecto de las nefastas consecuencias que pudieran generarse como consecuencia de la no adopción de políticas que aseguren la estabilidad ambiental y seguridad de los pobladores. En este contexto, ¿cuáles considera son las obligaciones de las empresas mineras¹⁶? ¿Hasta qué punto ha influido la inactividad del Estado en esta situación? En general, ¿qué políticas o "soluciones" propondría para mejorar este escenario?

GONZALES DE OLARTE: Para mi, el mayor problema de la minería con el desarrollo regional y local es que ha generado la "enfermedad holandesa", es decir, sus altos rendimientos que generan rentas diferenciales y que incrementan drásticamente el ingreso de divisas, tienden a sobrevaluar la moneda nacional; en consecuencia, tenemos un tipo de cambio barato que permite una importación masiva de productos con los que los sectores rurales alrededor de las minas no pueden competir. La consecuencia social es la generación de desempleo y pobreza. Aquí es donde el Estado debería intervenir, aprovechando los dólares baratos para promover la inversión y el cambio tecnológico en la agricultura, la agroindustria, la manufactura y los servicios. Si esto no se hace, como sucede actualmente en el Perú donde no se tiene políticas para impulsar estos sectores, no hay que extrañarse de que hayan tensiones sociales cerca de los centros mineros.

Obviamente, no estoy contra la producción minera que por sus características es lo que es. Mi problema es que el Estado y el Gobierno no logran aprovechar la parte favorable del dólar barato, por ejemplo, proponiendo una estrategia de desarrollo no minero en las zonas mineras.

MORALES BERMÚDEZ: Nadie en el Perú puede negar que las empresas mineras, con excepciones, han

abusado de las condiciones del medio ambiente y de la seguridad de las poblaciones. El Estado es el primer responsable, por lo que la solución debe ser establecer una clara política de Estado que cambie la situación preexistente. La forma sería, basándose en una buena Ley de Seguridad del Medio Ambiente, establecer reglas precisas para la actividad minera mediante una Ley de Explotación Minera. Dicha ley debe prescribir que antes de iniciarse las primeras actividades para la explotación de una mina, se debe establecer una comisión institucional constituida por representantes de la empresa minera correspondiente, del Gobierno Regional de la zona donde está ubicada la mina, representantes de los Gobiernos Municipales (provinciales y distritales) del área posiblemente afectada por la explotación y un representante del Gobierno Central, a fin de que se defina cómo y con qué medios deben realizarse los estudios ambientales respectivos y la seguridad ambiental durante la etapa de explotación, así como los beneficios que puede y debe recibir la población.

SIMONS: Aunque Lambayeque no tiene actividad minera reconocida, es necesario fijar una política definida regional y estatal de lucha por la defensa del medio ambiente y de los recursos naturales. Lo que sucede es que, como nunca hemos sentido las carencias de los mismos, hemos dado por supuesto que jamás se acabarán, lo cual ha originado que solamente determinados y muy contados grupos se interesen por el asunto. Hay que entender que, guardando las distancias respetuosamente, los dineros que se mueven dentro del tema de la inversión minera son de tan grandes dimensiones que se prestan a la manipulación y a la ambición por los administradores jurisdiccionales, de igual manera como podría suceder, por ejemplo, con el narcotráfico. Ello significa que las reglamentaciones siguen quedando en el papel y las regulaciones y sanciones dependen muchas veces de los buenos o malos "arreglos" entre los actores. Por ello, el rol de la Sociedad civil, como directamente afectada por los errores o abusos de la explotación de los recursos, debe incrementarse y asumirse con mucha seriedad. No todos aquellos que protestan lo hacen por el simple prurito de levantar su propia imagen. En el seno de la Sociedad civil vive mucho de la verdad popular.

THAIS: Los grandes pilares que apoyarán y apoyan el proceso de descentralización y que serán las que potencien las regiones son las exportaciones minera y pesquera, las agroindustriales y el turismo. Las empresas

¹⁵ El Estado no ha establecido políticas ni planes adecuados para evitar, o en todo caso disminuir, esta situación.

¹⁶ Sentencia de fecha 20 de noviembre de 2004, contenida en el expediente 1752-2004-AA/TC: "Es de verse en dicha sentencia, que alude expresamente a la relación de las empresas con las preocupaciones sociales y medioambientales a través de sus actividades comerciales, que ser socialmente responsable no significa solamente cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá del cumplimiento invirtiendo en el entorno local y contribuyendo al desarrollo de las comunidades en que se inserta, sobre todo de las comunidades locales".

mineras aportan un canon proporcional a las regiones donde están, lo cual significa un ingreso fundamental. Lo interesante es que con la descentralización y los Gobiernos Regionales ese canon funciona plenamente de acuerdo a la ley y las disposiciones vigentes para todas las empresas mineras a favor de sus respectivas regiones, favoreciendo el desarrollo y crecimiento de sus principales ciudades, mejorando servicios y comunicaciones y, sobre todo, apoyando la satisfacción de las necesidades básicas de los pobladores de las localidades y comunidades vecinas a estos centros mineros.

9. El desarrollo capitalista ha determinado que los centros de producción se desplacen del campo a la ciudad. En ese sentido, la ciudad (Lima) se ha convertido en el centro de los intereses económicos, pudiendo este fenómeno también trasladarse a las propias "regiones descentralizadas" (diferentes a Lima) donde la mayor parte de las relaciones se concentran en las ciudades-eje. De esta manera, el "centralismo" parece ser un fenómeno inherente al desarrollo capitalista. ¿Cuál es la relación entre la Descentralización (y la Regionalización) y el desarrollo económico? ¿La Regionalización está siendo realizada conforme a la instauración de "regiones económicas"? ¿Cómo debería funcionar el proceso productivo en el marco de la Descentralización?

GONZALES DE OLARTE: La organización del espacio sobre la base de un centro que articula su periferia es algo anterior al capitalismo, pues la ciudad lo precede. La diferencia con el desarrollo capitalista es que el centro se articula con su periferia a través de los mercados de bienes y servicios y del mercado de factores, capital y trabajo. La diferencia entre desarrollo y subdesarrollo capitalista está en el grado de articulación entre centro y periferia. Cuando hay desarrollo, los niveles de bienestar de la periferia no son muy distintos a los del centro, mientras que cuando hay subdesarrollo, como es el caso peruano, las diferencias socio-económicas que hay entre una ciudad y su entorno rural son grandes. Esto se debe básicamente al débil desarrollo de los mercados en el espacio. Por ello, el problema del centralismo no es que el centro sea grande o desproporcionado con relación a su periferia, sino que no la articula y, en consecuencia, no le hace partícipe de los frutos de su dinámica y crecimiento. Este es el caso del Perú.

Lo ideal es que las regiones económicas coincidan con las regiones políticas o viceversa, pues esto significa dos cosas: la primera es que el Estado descentralizado se ha de organizar sobre la base de Sociedades regionales y locales articuladas por el mercado; la segunda es que la

base económica de una región integrada permite tener una base tributaria que hace que el proceso de desarrollo dependa más de la dinámica económica de la región que de las transferencias estatales o de la espera de capitales extranjeros.

MORALES BERMÚDEZ: El proceso productivo en el marco de la Descentralización debe funcionar fundamentalmente en base a la descentralización de la inversión. Esta conlleva un desarrollo más eficaz y eficiente que el que conduce el Gobierno Central. Los beneficios serán: complementariedad con la inversión privada, menores costos de administración, menos pérdida de tiempo en trámites innecesarios, menos burocracia, apoyo en la creación de empleo regional, definición de metas de desarrollo con mayor interés y rapidez que el Gobierno Central e información más clara y eficaz de la gestión, permitiendo la rendición de cuentas exigible en una democracia participativa. Por otro lado, el fomento de la inversión privada mejorará sensiblemente el proceso productivo en las regiones, sumándose a la inversión regional y a la inversión nacional que en determinados casos realice el Gobierno Central.

La relación entre la Descentralización y el desarrollo económico es, pues, directa. Tengo la evidencia de que el Perú no podrá desarrollar si es que no sabemos descentralizar. Esto debe ser una convicción en todos los niveles de decisión del Estado.

Lamentablemente, el proceso que estamos siguiendo, descentralizar en regiones que son la suma de departamentos, no equivale al concepto de regiones geo-económicas, las cuales se caracterizan por: complementariedad cultural, productiva, geográfica y de comunicaciones, además de poder establecer ejes transversales de desarrollo y polos de desarrollo.

SIMONS: El proceso productivo regional debe generar entes competitivos y valederos que cuenten con valores agregados que los distinguen en un entorno globalizado. La instauración y fijación de regiones económicas depende de la fortaleza de nuestras capacidades provincianas y tiene mucho que ver con el análisis serio de las posibilidades que nos brinda el territorio y los recursos de la naturaleza. Así como un represamiento de agua en un punto geográfico determinado garantiza energía para sostener un desarrollo industrial, la presencia de vientos y energía solar constante permiten en otras zonas suplir este tipo de fuente, abaratando las despensas y "realizando" las economías. La creatividad de los ciudadanos es otro de los recursos que no debe abandonarse jamás, ya que pone sobre la mesa mil y una soluciones basadas en la experiencia de radicar en una región determinada. Las autonomías administrativas tienen que volar, literalmente, del papel

en donde están impresas hacia el día de trabajo del empresario y obrero, del ama de casa y los profesionales, hombres y mujeres, ancianos y jóvenes, hombres públicos y ciudadanos de a pie del Perú y de cada una de sus regiones, que ojalá se conformen.

THAIS: Las ciudades en todo el mundo concentran las principales actividades y poderes. El problema en una sociedad nacional es lograr que todas ellas estén articuladas, lo más equilibradas posibles, con autonomía y capacidad de desenvolver y aprovechar sus potencialidades y recursos. Esto significa favorecer, apoyar y estimular la formación de sólidas y potentes regiones económicas en todas las regiones. Sin ese equilibrio no será posible una auténtica regionalización.

10. ¿Cuáles considera las principales razones por las que ganó el "NO" en el referéndum realizado el día 30 de octubre de 2005? ¿Cómo cree que esto afectará el proceso de Descentralización en el país^{17 18}?

MORALES BERMÚDEZ: Las principales razones son las siguientes: (i) Tengo la convicción de que en el Perú existe una fuerte conciencia " departamental" ; sin embargo, no se ha logrado convencer sobre la " bondad" de fusionar departamentos en una región. No hay conciencia regional; (ii) Se politizó el tema. Al intervenir por el Sí o Sí, el jefe de Estado creó una corriente contraria a la que se sumaron en forma directa e indirecta los partidos principales; (iii) No ha habido una tarea pedagógicas clara y con el tiempo necesario que favorezca la Regionalización; y, (iv) Creo que el proceso de Descentralización, si es que se separa de la propaganda regionalista precedente, continuará. Las provincias están hartas del centralismo. El pueblo pide Descentralización.

SIMONS: El proceso de descentralización en nuestro país no ha sido asumido honestamente por todos los actores sociales. Si bien existe un entorno legal favorable, no se ha llegado a subjetivizar el tema al extremo que se traduzca en **convencimiento pleno y acción** determinada a su favor.

Por ello y con lógica, todo paso hacia delante en este tema tropieza con la fuerte resistencia de aquellos a quienes no interesa el cambio. Es precisamente ese meollo " político y técnico" ubicado en el centro del país y de nuestra mentalidad nacional, el principal opositor a que la Descentralización avance. Todo ese conglomerado se unificó para distorsionar al Referéndum. La clase política representada en el Congreso se encargó de pregonar a todo viento las supuestas cojeras de la propuesta. La burocracia

centralista del ejecutivo colaboró en el mismo sentido complicando la provisión de recursos oportunos para la difusión. El temor de la ciudadanía ante este complicado panorama se convirtió en terreno fértil para que aniden los más disparatados rumores sobre la formación de regiones: se dijo que los departamentos mayores, los de más provincias, se apoderarían de las riquezas de los menores; se mintió respecto a los efectos de una designación de capital dentro del nuevo territorio a formarse, engañando a la población con respecto a la demora de sus gestiones en una ciudad desconocida; a los pobladores de los departamentos mayores o que cuentan con un derecho al canon se les vendió la idea de que los pobladores de los departamentos vecinos pretendían adueñarse de esos recursos; se alarmó a las madres de familia y a los pequeños comerciantes con la amenaza de que se les cobraría nuevos tributos. Esto y mil cosas fueron dichas con la finalidad de evitar que los pueblos avancen en un proceso reclamado por cerca de doscientos años. Pero este resultado, obtenido en base a la mentira, no debe significar un revés insuperable. Nos debe servir para obtener grandes lecciones. Corresponde ahora a todos quienes creemos seriamente en el desarrollo de nuestro País, luchar por difundir nuevamente, en lenguaje sencillo, la bondad de trabajar unidos y de permitir que las oportunidades lleguen para todos, no solamente para quienes residen en los grandes centros urbanos. La Descentralización no es solamente una repartija de recursos desde Lima al resto del Perú, sino que es una desconcentración de posibilidades y un acercamiento del gobierno a la ciudadanía.

Nosotros tememos que luego de este resultado la lectura general sugiera: **el pueblo no quiere la Descentralización, quiere vivir dependiendo siempre de la capital y de sus capitostes políticos.** Ello debe evitarse y solo se conseguirá emprendiendo una larga peregrinación: la de recuperar la verdad y predicarla en todo punto de nuestro país. Hay que recordar que la Descentralización navega sobre un río muy firme: la honestidad y la transparencia, además de una recuperación de todos los valores y una correcta y reclamada refundación de nuestro País y de todas sus instituciones.

THAIS: No lo afectará. La provincia al votar manifestó abrumadoramente que por ahora es mejor continuar con los departamentos. Cada uno con su Gobierno Regional elegido por su propios habitantes y no seguir con el prefecto elegido por el poder central. Con el avance del proceso la regionalización va a surgir desde los gobiernos locales y desde las Juntas de Coordinación Interregional.

¹⁷ Esta pregunta no fue formulada a Gonzales de Olarte.

¹⁸ Cabe destacar que sendos *referendums* serán realizados en los años 2009 y 2013.

¿DE QUIÉN ES EL DERECHO? CUESTIONANDO NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE AUTOR*

Martín Moscoso

Jefe de la Oficina de Derechos de Autor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI.

Guillermo Bracamonte

Director General de la Asociación Peruana de Productores de Fonogramas-UNINPRO.

David Bravo

Abogado español y autor de "Copia Este Libro".

Jan-David Gelles

Master of Arts en Economía, Universidad de Tel Aviv, Israel y Bachelor of Science en Economía y Administración de Empresas en Technion-Instituto de Tecnología de Israel. Profesor en la Maestría de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

* La presente Mesa Redonda estuvo a cargo de Jimena Aliaga, Milagros de Pomar e Isabel Lira, miembros de la Comisión de Contenido. THEMIS agradece a APOYO Opinión y Mercado S.A. por los datos estadísticos proporcionados para la presente Mesa Redonda, los cuales permiten contrastar la opinión de especialistas con la opinión de un grupo representativo de nuestra sociedad (y, a su vez, con el consumo de piratería que los entrevistados admiten a pesar de su opinión desfavorable hacia la piratería). Dichos datos estadísticos provienen de: APOYO OPINIÓN Y MERCADO. "Informe Detallado Opinión Data: mayo 2004". Lima: APOYO Opinión y Mercado. 2004. La encuesta fue realizada sobre la base de 611 personas mayores de 18 años en Lima Metropolitana entre el 13 y 15 de octubre de 2004.

Recientemente el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual viene llevando a cabo una campaña de *concientización* social en contra de la piratería a fin de proteger los derechos de autor. Sin embargo y en oposición a ello, diariamente somos testigos de la presencia de un mercado informal de enormes proporciones, el mismo que, si bien parece ser socialmente aceptado, es rechazado legalmente.

Por este motivo, THEMIS ha considerado importante estudiar dicho fenómeno desde sus diferentes perspectivas. En tal sentido, se ha optado por confrontar las posiciones de reconocidos especialistas en la materia, quienes en base a su experiencia y desde perspectivas encontradas, buscan soluciones adecuadas para un único fenómeno: la violación de los derechos de autor.

1. ¿Considera que la propiedad intelectual versa sobre un derecho de propiedad del autor sobre su obra? De ser así, ¿cuál considera que es el límite entre el respeto a este derecho y la piratería?

MOSCOSO: Efectivamente, la propiedad intelectual es una forma de propiedad que se distingue de la tradicional pues se relaciona con un intangible, pero con ciertas características especiales. El autor es titular originario de la obra y es quien tiene los derechos morales y patrimoniales sobre la misma, sujetos a las excepciones y límites que la ley establece. Siendo que los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transferencia, los titulares derivados podrán ejercerlos a plenitud. Sin embargo, deberán respetar los derechos morales de los autores, pues estos últimos son inalienables e imprescriptibles.

Cabe distinguir, además, la propiedad del adquirente respecto de un soporte –por ejemplo, un CD o DVD– de la propiedad que el autor mantiene sobre su obra, en el ejemplo, la obra musical o audiovisual fijada en dicho soporte.

El límite entre el respeto a dicho derecho y la piratería es grande. La piratería no es un término que nuestra legislación recoja como tal, salvo en la legislación de fortalecimiento de la lucha contra la piratería. Esta

última se entiende como la reproducción no autorizada de la obra en su sentido más estricto. Existen otras infracciones, como la importación de productos originales cuya distribución no fue autorizada por el titular de derechos para nuestro territorio, caso en el que no podríamos hablar de piratería.

BRACAMONTE: La propiedad intelectual comprende fundamentalmente a los derechos de propiedad industrial y a los derechos de autor. En el caso específico de los derechos de autor, el autor o creador intelectual de una obra tiene derechos morales y patrimoniales sobre la misma. Uno de los derechos patrimoniales es el derecho de reproducción, que es oponible a terceros con carácter de exclusivo. La exclusividad dura, en la legislación peruana, toda la vida del autor y setenta años después de su muerte, ello permite al autor realizar, autorizar o prohibir la reproducción o realización de copias de su obra. La piratería es una violación a ese derecho de reproducción. Se trata de la realización de una o más copias inautorizadas de la obra realizadas fuera del ámbito estrictamente personal.

BRAVO: Creo que las leyes crean una ficción al considerar una “propiedad” del autor sobre las obras que genere. Nadie puede ser propietario de lo que no se puede poseer. Querer ser dueño de algo intangible e inapropiable choca con el sentido común de la mayoría que no comprende cómo pueden prohibirle la entrada a algo que no tiene paredes, puertas ni candados. Las actuales campañas de concientización no son más que el intento de cambiar esta lógica percepción popular.

Esto no quiere decir que los autores no tengan o no deban tener derechos sobre sus obras, sino que esos derechos no deben equipararse legalmente con un derecho de propiedad.

Entiendo que el límite de los derechos de los autores sobre sus obras debe ser marcado por los usos sociales más extendidos. Esto significa que actualmente con la aparición de Internet no tiene sentido prohibir la difusión y copia de obras intelectuales cuando no buscan una finalidad lucrativa. Prohibir lo imposible de frenar es tan eficaz como dar lo que no tienes.

Con relación a la gente que vende piratería, ¿usted considera que cometen un delito, cometen una falta moral o considera que es una situación normal?

Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD		
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %
Cometen delito	54	63	50	61	52	52	58	51	52	52	58
Cometen una falta moral	23	25	31	19	22	21	20	25	21	24	22
Situación normal	22	9	18	19	25	25	20	23	25	23	19
No precisa	1	3	1	1	1	2	2	1	2	1	1
Total: 100%	Base Real 600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada	100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%					

Base: Total de entrevistados

Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A.

Lima, mayo del 2004

2. Según el artículo 48 de la ley sobre derechos de autor “es lícita la copia, para uso exclusivamente personal de obras, interpretaciones o producciones publicadas en grabaciones sonoras o audiovisuales”. Por otro lado, son conocidos programas *peer to peer* (P2P) como Kazaa, Emule, Soulseek, etcétera, mediante los cuales el usuario conectado a Internet puede descargar canciones, películas y documentos varios. ¿Considera usted que la descarga realizada mediante estos programas entraría en el supuesto de hecho de la norma? ¿Cuándo hablamos del “uso exclusivamente personal”?

MOSCO: La Oficina de Derechos de Autor de INDECOPI entiende que la copia para uso exclusivamente personal es una excepción que, como toda excepción al derecho de autor, debe ser interpretada restrictivamente y no será aplicada a casos contrarios a los usos honrados (artículo 50 del Decreto Legislativo 822). Los usos honrados son aquellos que no interfieren con la normal explotación de la obra ni causan perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular correspondiente, en aplicación de la regla conocida como la de los tres pasos.

La descarga hecha bajo esos programas implica la reproducción digital de una obra protegida que no está en el servidor centralizado del proveedor de servicios, como sucedía en el caso Napster, sino en los servidores de los usuarios partícipes del sistema. Si bien no es posible adelantar opinión sobre programas en concreto, sí es posible considerar ciertos elementos

de análisis. El primero es que si parten de una infracción no es posible que gocen de las excepciones. Así por ejemplo, no es posible una copia personal de una reproducción no autorizada o pirata. Cabe pues que la obra sujeta a intercambio tenga un origen legal, por ejemplo, una copia privada de un soporte legalmente adquirido o, por el contrario, que sea una reproducción no autorizada. Adicionalmente, es excesivo entender que el uso exclusivamente personal permite la puesta a disposición que suponga la suscripción a un sistema de intercambio a través del cual se permita el acceso remoto a obras protegidas desde el lugar y en el momento en que elija quien accede, afectando claramente la normal explotación de dichas obras al permitir a miles de personas beneficiarse de tal acceso sin contraprestación al titular.

Es igual de excesivo pensar que el uso exclusivamente personal implica la posibilidad de distribuir o comunicar al público la obra concernida a través de cualquier medio, pues estas acciones requieren de aprobación del titular de derechos.

BRACAMONTE: La tecnología no debe ser censurada en tanto permita utilidades legales (*fair uses*). Las sanciones deben recaer sobre aquellos individuos que realizan prácticas o usos ilegales de ella.

En los sistemas *peer to peer* descentralizados pueden existir transferencias legales de archivos. Sin embargo, es necesario precisar que el uso que mayoritariamente se da a estos sistemas es ilegal. Tal es el caso de las transferencias de grabaciones sonoras donde una persona se conecta al sistema *peer to peer* y descarga

una canción de la computadora de otro usuario (generalmente desconocido). En ese supuesto, se excede el concepto de copia para uso personal expresado en el artículo 48 de la Ley de Derechos de Autor, que permite únicamente la reproducción de la obra o producción en un solo ejemplar uso exclusivo del propio individuo que efectuó la copia, y no para ser compartida con terceros.

BRAVO: El uso personal, en mi opinión, engloba el uso familiar o cuasifamiliar. Por lo tanto entiendo que descargar una obra intelectual para tu propio uso, incluyendo como propio el que hagas con tus familiares y amigos, es absolutamente legal.

El problema radica en que las *peer to peer* más populares suben datos simultáneamente a la descarga. Este acto pretende calificarse por ciertos sectores como comunicación pública no autorizada.

Al contrario de lo que sucede en la música emitida por radio, la subida desde una *peer to peer*, automática y simultánea a la descarga, puede desde no ser conocida por el usuario hasta serlo pero ni siquiera pretenderse. La pregunta es si esos elementos subjetivos tienen alguna relevancia para la calificación del acto.

En mi opinión, la respuesta a ello es que en el ámbito civil la voluntad de las personas que realizan los actos es determinante. Las conclusiones del libro "Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual" secundan esta interpretación subjetivista. Aunque habla de la distribución, el razonamiento es trasladable a la comunicación pública cuando dice que "lo determinante para considerar a un determinado acto como distribución es la finalidad o el propósito de ofrecer, directa o indirectamente, el original o copia de la obra al público".

3. La objeción económica tradicional a los derechos de autor y a los derechos de reproducción (*copyrights*) es que los mismos limitan innecesariamente el acceso a las creaciones intelectuales, trayendo como consecuencia una distribución ineficiente de dichos recursos. Respecto de dicho argumento, se ha señalado constantemente que tales derechos constituyen un incentivo para la creación de obras. No obstante ello, autores como Posner sostienen que una protección de tan larga duración sólo trae como consecuencia la ineficiente distribución de recursos, en tanto no es razonable afirmar que un artista no crearía una obra si no se le otorga una protección de cincuenta años después de su muerte. ¿Cuál es su posición respecto de esta controversia?

MOSCOSO: Efectivamente, el sistema de protección de los derechos de autor tiene como base el asegurar un justo retorno a quien crea y ofrece el resultado de su talento, esfuerzo, tiempo y recursos necesarios para la realización de esa creación. La capacidad creativa del ser humano no se va a recortar por la inexistencia de incentivos, pero sí se va a recortar la cantidad y continuidad de dicha producción. Un creador requiere de un retorno justo para su labor, pues de lo contrario tendrá que compartir sus labores de creación con otras de supervivencia, afectando su labor creativa. Igualmente, las industrias culturales deben ser sostenibles y desarrollarse en el tiempo, requiriendo los incentivos necesarios para invertir en las creaciones, creando así un círculo virtuoso de nueva inversión y promoción de creaciones. Finalmente, el sistema de protección contiene las excepciones y límites necesarios para establecer un balance que permita el acceso a la información y la cultura sin perjudicar la creación y desarrollo de las mismas.

BRACAMONTE: El sistema de protección de los derechos de autor se sustenta en una exclusiva explotación a favor del autor o titular de los derechos por un plazo determinado por ley. Este sistema tiene por finalidad el establecer un marco jurídico de protección e incentivo para la creación de obras intelectuales. Mientras la obra está en dominio privado, su explotación por parte de terceros está limitada a la decisión del titular del derecho. El plazo general de protección dura toda la vida del autor y cierto tiempo después de su muerte. Este plazo *post mortem auctoris* va en beneficio directo de los herederos del creador intelectual. Se estima que por lo menos dos generaciones posteriores deberían de gozar de este beneficio, toda vez que muchas veces el éxito de la obra no es alcanzado durante la vida del propio autor. Extender la protección más allá de lo mencionado, desde mi punto de vista, podría constituir un exceso e impediría que la obra pase a formar parte del acervo cultural común.

GELLES: Estoy de acuerdo con el argumento atribuido a Posner quien sostiene que no es razonable suponer que un autor no crearía una obra literaria o artística si no se le otorgase una protección de cincuenta años después de su muerte.

El otorgamiento de incentivos económicos excesivos para la creación de obras literarias y artísticas genera ineficiencia e inequidad. La ineficiencia se genera porque los creadores de nuevas obras tienen un acceso más limitado a las obras ya existentes por factores como los altos precios y la poca variedad de canales de distribución. Y la inequidad se genera por las transferencias de rentas cuasimonopólicas a los titulares de los derechos, que en muchos casos son grandes corporaciones.

BRAVO: La mayoría de las obras dejan de dar réditos económicos al poco tiempo de publicarse, de hecho son una minoría las que no están descatalogadas pasados apenas cinco años desde su publicación. Esos largos períodos del *copyright* sólo buscan beneficiar a los pocos autores cuyas obras siguen dando algún tipo de beneficio económico casi un siglo después de haber sido creadas. Sólo los dueños de Mickey Mouse y cuatro más con igual fortuna pueden tener un interés real en que la protección se extienda durante tanto tiempo.

Mientras las grandes corporaciones titulares de los derechos sobre estas creaciones, que envejecen pero que nunca se jubilan, siguen ganando tiempo para seguir explotándolas, los ciudadanos ven cómo las obras están cada vez más lejos de entrar en el dominio público. Por proteger a unos pocos, la mayoría de las obras intelectuales coleccionan polvo en algún estante por ser económicamente estériles sin poder ser usadas por nadie y a la espera de que varias décadas después pasen al dominio de todos.

¿A quién cree que perjudica la piratería de libros, DVD, CD?													
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD				
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %		
A los autores	84	94	93	86	85	70	86	82	78	86	87		
A las empresas de libros, discos y películas	58	67	59	54	59	55	58	57	60	56	57		
Al usuario	18	27	16	18	16	21	16	20	21	16	17		
No perjudica	0	0	1	1	0	0	1	0	0	0	0		
Total: 100%		Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.6%	26.6%	34.5%	19.0%						

Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004

4. La fácil reproducción de las obras literarias u obras musicales hace que se trate de bienes cuyos costos de exclusión son considerablemente altos, esto es, es sumamente costoso verificar que todo aquel que hizo uso de una obra efectúe el pago correspondiente al creador de la misma. ¿Considera que debe ser el Estado quien incurra en estos altos costos? O, en otras palabras, ¿por qué la sociedad debe pagar estos costos que benefician esencialmente al titular de los derechos de autor sobre la obra?

MOSCOSO: Pensar que los costos de exclusión recaen únicamente en el Estado es incorrecto. El sistema de derechos de autor ha previsto este rol para la gestión colectiva privada de los derechos. Las sociedades de gestión son las encargadas de reducir los costos de transacción que implican a los autores ejercer sus derechos frente a los usuarios de sus obras, ello ocasiona una reducción similar para los usuarios interesados en explotar las obras para darles valor agregado a sus negocios. En el entorno digital, la labor de las sociedades de gestión es

más importante aun. Al Estado le corresponde el establecimiento del juego de reglas básicas sobre las cuales los agentes del mercado interactúan, el desarrollo de medidas de información al mercado sobre la existencia de dichas reglas así como de la existencia de derechos y el establecimiento de medidas de observancia para que los titulares puedan ejercer los mismos.

BRACAMONTE: El titular es el "dueño" de la obra y mientras ésta esté en dominio privado decide acerca de su utilización de manera soberana. Es lógico que quién desea usar una obra de dominio privado asuma los costos de esa decisión y pague el precio que decida el titular. La verificación de si se han pagado los derechos de autor de una obra cuando ésta ha sido explotada por terceros, se facilita en un sistema privado de gestión o administración colectiva. Este sistema brinda beneficios tanto a los titulares de los derechos como a los usuarios de los mismos, y permite un adecuado acceso a las obras y producciones intelectuales estableciendo un adecuado precio por su utilización. Por ello, no considero en ningún caso que el Estado deba incurrir en tales costos.

GELLES: En una situación donde se protegen excesivamente los derechos de autor, el Estado, a través de acciones como la represión de la piratería, protege las ganancias cuasimonopólicas de la industria del *copyright*. El problema no radica en las acciones del Estado para proteger los derechos de autor sino en las acciones del Estado para proteger derechos excesivos.

BRAVO: En la propiedad tradicional los costos de exclusión son soportados individualmente por sus propietarios. Sólo es necesaria la aparición del Estado en casos excepcionales. Por lo general una puerta de mediana calidad y un cerrojo es suficiente para mantener fuera de tu propiedad a terceros. Pero ¿qué ocurre cuando algunos propietarios pretenden excluir a terceros del uso de unos bienes inaprensibles y que no pueden cercarse? Se ven obligados a pedir al Estado que invierta sus recursos económicos y humanos en esa exclusión. El control de lo que cada ciudadano haga con su ordenador necesita grandes cantidades de policía especializada en redes telemáticas, campañas de disuasión, continuas reformas legislativas o investigación de adelantos técnicos de control y de obstaculización de las copias. En suma, se invierten grandes cantidades de todos para proteger una propiedad privada de unos pocos. Mi postura ante esto es que esas grandes sumas podrían dedicarse a algo útil como remunerar la actividad creativa. En lugar de gastarse una buena cantidad en una campaña de concienciación que disuada de la copia no autorizada y que no tendrá ningún resultado, podría dedicarse a equilibrar los efectos de éstas.

5. De suscribirse el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, ¿qué implicancias traería el mismo en relación a la propiedad intelectual en nuestro país? ¿Cuáles son las principales ventajas y desventajas que ello ocasionaría en este sentido?³

MOSCOSO: Las reglas de propiedad intelectual son consideradas un componente básico que brinda seguridad a la inversión. En ese contexto se explica por qué en un Tratado de Libre Comercio se incluyen reglas de propiedad intelectual, tendencia que se inicia con el instrumento de TRIPS o ADPIC¹, en los aspectos relacionados con el comercio. Es necesario mencionar que el capítulo de propiedad intelectual incluye disposiciones de diversas materias que forman parte o están relacionadas con la propiedad intelectual: Marcas e Indicaciones Geográficas, Patentes, Derecho de Autor, Observancia de derechos, Protección de datos de prueba, Transferencia de tecnología, protección de la

biodiversidad, disposiciones relacionadas con los nombres de dominio, etcétera. De todas formas, estando en proceso las negociaciones, es prematuro ensayar una respuesta precisa. Sin embargo, es posible prever una mayor observancia de derechos, un probable y novedoso compromiso de respeto a la biodiversidad, normas de derechos de autor en el entorno digital, pues las disposiciones de patentes y datos de prueba aún están en discusión.

BRACAMONTE: En el caso específico de los derechos de autor, nuestro sistema es conceptualmente adecuado, así como el nivel de protección que brinda. Además, es armónico con el sistema internacional de protección del cual el Perú forma parte. En el área de los derechos de autor la suscripción del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos no debe traer grandes consecuencias. Se trata sobre todo de armonizar dos sistemas de protección como lo son el Derecho de Autor franco germánico con el *copyright*.

GELLES: Estados Unidos tiene una industria del *copyright* muy grande, que genera un balance comercial positivo a ese país. Hay preocupación en ese país por las pérdidas que ocasiona la piratería de películas, música, programas de ordenadores, etcétera, en el Perú (y en el resto del mundo). Históricamente, ese país no fue respetuoso del *copyright* de otros países sino hasta que alcanzó una posición competitiva. El Tratado de Libre Comercio no está firmado ni ratificado sino en proceso de negociación, sin embargo es lógico pensar que en ese marco hay demandas norteamericanas para incrementar la protección legal a la industria del *copyright* así como la represión de la piratería. El marco del Tratado de Libre Comercio no es adecuado para ese tipo de discusiones. Hay necesidad además de regular cuidadosamente a la industria para evitar la concertación de precios y del ritmo de innovación, y así desincentivar la piratería.

6. Actualmente se señala que la tasa de consumo de piratería de software en el Perú alcanza un 68% del consumo total, porcentaje que incluso iría en aumento, ocasionándose por ello millonarias pérdidas que van en detrimento de nuestra economía. Sin embargo, en tanto somos catalogados como la quinta economía más informal del mundo, debemos recordar que un alto porcentaje de nuestra población depende de dichos empleos informales². ¿Cómo debemos afrontar ambas realidades, teniendo en cuenta que en el Perú los bajos costos de reproducción de la “empresa pirata”

¹ El Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

² Para mayor información, consultar: www.indecopi.gob.pe/upload/oci/oci.ppt

³ La presente pregunta se realizó el 15 de octubre de 2005 y no fue dirigida a David Bravo.

ha logrado una cadena de distribución a nivel nacional considerablemente eficiente, lo cual ha permitido que muchas personas accedan a material cultural al que nunca hubieran accedido?

MOSCOSO: No existe una cifra porcentual de piratería general en el Perú, pues los estimados se realizan por sectores. La Alianza Internacional de Propiedad Intelectual - IIPA establece los siguientes porcentajes: 75 % para el sector audiovisual, 67% para el sector software, 98% para el sector fonográfico (<http://www.iipa.com>). Otros estimados en la industria editorial, señalan un porcentaje alrededor del 40% (Proyecto Crecer). La pregunta parte de una premisa equivocada. Si la eficiencia se mide por la reducción de costos de cualquier manera, incluyendo la evasión tributaria, el contrabando que ahorra pago de aranceles, el incumplimiento de las obligaciones laborales, la omisión del pago de regalías por derechos de autor e incluso la reproducción no autorizada de las obras, entonces todos los que cometen estos actos ilícitos son ejemplo de eficiencia. Es fácil entender por qué están en mejores condiciones de imponer precios mínimos a sus productos, y por qué generan una barrera para que el sector formal reduzca precios pues su mercado se ve más reducido sin que puedan disminuir proporcionalmente los costos. Eso no es eficiencia, eso es delito. Si una empresa encuentra una manera de ser eficiente robándose los insumos de sus productos, el resultado no será mayor competitividad, sino la sanción en un proceso penal. Las cuantiosas ganancias de las actividades ilícitas sin duda son un incentivo para buscar copiar mercados y mejorar canales de distribución, pero ello no es eficiencia, es delincuencia organizada.

Y finalmente, una premisa falsa adicional, la piratería genera acceso a obras a una población que de otra manera nunca podría haber accedido a las mismas. La piratería al ahuyentar la inversión, no nos permite contar con editoriales de países vecinos, cuya presencia generaría un impacto positivo en precios y en variedad. La piratería tiene el poder de eliminar la oferta formal, como lo logró al hacer desaparecer a las salas de cine hace diez años. Preguntemos a nuestra población si no ha gozado de música en sus diversos géneros en décadas pasadas sin tener que recurrir a la piratería, haciendo uso de medios legales de acceso. Es cierto que la piratería ha obligado a las industrias a alterar sus formas de explotación, gracias a las facilidades tecnológicas de reproducción y distribución, pero no confundamos los atributos de la tecnología con los usos ilegales de la misma por los reproductores y distribuidores piratas.

BRACAMONTE: El tema de la relación entre la informalidad y la piratería, no es nuevo. Tampoco lo es el de la relación entre la piratería y otros delitos de mayor envergadura.

Entre otros, el alto costo de un producto legal como el *software* está directamente vinculado al volumen de piratería. A mayor piratería mayor costo del producto legal. Tratar de solucionar la piratería exclusivamente con una política de precios bajos no resulta totalmente eficiente, pues el pirata siempre puede vender a precios menores. Tampoco se puede solucionar el problema cultural legalizando la piratería. Se trata más bien de conjugar una política coherente e integrada. El Estado ya tiene una política en materia de propiedad intelectual, lo que tiene que hacer es armonizarla con una política cultural adecuada. Corresponde al Estado equilibrar y armonizar la protección a la propiedad intelectual con el adecuado acceso a la cultura, a la educación y al entretenimiento.

GELLES: La legislación sobre derechos de autor otorga una protección excesiva a las corporaciones que crean los programas de ordenadores (setenta años desde su primera publicación). La extensión automática de la protección legal a los programas de ordenadores, como si fuesen obras literarias y artísticas, carece de sustento económico. El ciclo de vida del producto informático es relativamente corto en término de años y la innovación tiene carácter incremental, es decir, se mejora lo ya existente. Esa es una importante barrera legal que se suma a la barrera tecnológica que requiere doble entrada al mercado, tanto de aplicativos como de sistema operativo. Es necesario reformar la legislación para evitar que se perpetúen situaciones de monopolio y regular cuidadosamente a la industria. Esas son condiciones necesarias para que disminuya la piratería de programas de ordenadores. Y además habría que incentivar el uso de *software* libre.

BRAVO: Esos dos conflictos, los que originan la empresa pirata y las descargas de Internet, tienen su origen en dos carencias. Sobre la base de estos dos fenómenos se encuentran la precariedad laboral y el hecho de que un acceso satisfactorio a la cultura es sólo el privilegio de unos pocos. Aparte de decir la obviedad de que la única manera de eliminar la consecuencia es eliminando la causa, creo sinceramente que la "empresa pirata" de discos o películas tienen su final con Internet. Cuando ésta se popularice y alcance unas velocidades de conexión aceptablemente altas, los discos del *Top Manta*, al no ser originales, no tendrán ningún valor añadido que ofrecer y nadie gastará dinero en un producto que puede obtener gratuitamente desde su casa. Esos fenómenos, *Top Manta* y descargas de Internet, que suelen englobarse maliciosamente en una misma palabra: "piratería", no sólo no son una misma cosa sino que más bien son excluyentes entre sí.

La última vez que compró un CD ¿era original o no?												
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD			
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %	
Era original	28	57	39	26	18	27	25	32	25	25	37	
No era original	70	43	61	72	81	69	73	67	74	73	60	
No sabe	1	0	0	2	1	0	2	0	1	0	3	
No precisa	1	0	0	0	0	4	0	1	0	2	0	
Total: 100%	Base Real	307	37	70	106	68	26	178	129	107	125	75
Distribución ponderada		100%	4.1%	22.7%	29.9%	28.3%	15.1%					

Base: Total de entrevistados que compró un disco CD en los últimos seis meses
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004

7. En el año 2002 fue promulgada la Ley 28289 de "lucha contra la piratería", la cual aumentó las penas a los tipos penales de protección a los derechos de autor, pudiéndose dar penas de hasta ocho años de pena privativa de libertad a quien reproduce con fines de comercialización una obra sin consentimiento previo y por escrito del autor (o titular de los derechos)⁴. Asimismo, actualmente el INDECOPI viene realizando una fuerte campaña publicitaria para difundir la idea de que la piratería es delito. Sin embargo, la mayoría de la población considera tales prácticas como socialmente aceptables ante la falta de alternativas viables. ¿Cuál le parece la mejor solución a esta contradicción?

MOSCOSO: Una revisión integral del Código Penal debiera establecer solución a los problemas de proporcionalidad existentes. Son innegables las distorsiones que genera la aplicación de la justicia que evidentemente atraviesa una crisis estructural de público conocimiento. Si las penas fueran debida y razonablemente aplicadas, resultaría innecesario establecer mínimos que eviten que los jueces ordenen comparecencia a una persona cuya actividad ilícita genera un perjuicio de trescientos millones de dólares a toda una industria cultural, sin cuantificar el impacto en tributos, empleos o regalías. Ante esta situación, resulta impostergable la conformación de un juzgado especializado en propiedad intelectual que resuelva los casos en esta materia con la capacitación debida y el conocimiento adecuado del impacto económico de estas actividades.

Por el lado de la demanda del producto, es necesario continuar, ampliar y mejorar los esfuerzos para

comunicar que esta actividad genera perjuicios a nuestros creadores y a las empresas que los apoyan, así como a quienes invierten en el país. El cambio de actitudes es posible, como se demostró en la actitud ciudadana ante las obligaciones tributarias hace quince años. Recientes encuestas de la consultora Apoyo demuestran que un 65 % de la población de Lima se muestra en contra de la piratería. Aunque dicha cifra no se refleje en su actitud de rechazo de la compra, es un paso adelante.

BRACAMONTE: La piratería es un fenómeno perjudicial que tiene una larga cola que arrastra muchos otros males para la sociedad. Desafortunadamente, en nuestro país tenemos una moral relajada o doble moral. En gran medida esa es la raíz de nuestro atraso como sociedad. Nuestras reglas no son claras o no se cumplen del todo. Tenemos la tendencia a pensar y a creer que la piratería es un delito de menor rango. Hoy por hoy para muchos copiar ilegalmente un CD de música puede parecer algo inocuo y hasta un alarde de audacia. Lo mismo que pasarse una luz roja o manejar habiendo tomado licor. Sin embargo las consecuencias son nefastas y dolorosas. ¿Cómo pretendemos defender nuestro producto de bandera y nuestra única denominación de origen *Pisco*, si no somos estrictos al respetar la propiedad intelectual?

GELLES: Me parecen que las penas de cárcel son excesivas. Las campañas publicitarias pueden ser un medio eficaz para generar conciencia en la población. Pero la mejor solución es reformar la legislación para no proteger excesivamente a la industria del *copyright*, regularla cuidadosamente y a la vez fomentar la creación libre y cooperativa de obras literarias y artísticas.

⁴ Así, este tipo de acciones podría ser sancionada con la misma pena que quien realiza un homicidio doloso (artículo 106 del Código Penal), quien mata a otra persona manejando en estado de ebriedad (artículo 111), o quien realiza un robo -cuando se utiliza violencia contra el sujeto pasivo-.

BRAVO: Por lo general cuando las leyes imponen sanciones desmesuradas están dejando en evidencia precisamente la falta de aceptación social y eficacia de esa norma.

Cuando una norma prohíbe una práctica social habitual estamos ante lo que se denomina una norma perversa. El libro «La Eficacia de las Normas Jurídicas» define la norma perversa como aquella que «es generalmente incumplida y generalmente inaplicada y que eventualmente se aplica». Este tipo de normas que mandan justo lo contrario de lo que la sociedad hace y que sólo se aplica sobre algunos de sus muchos posibles destinatarios, generan una serie de efectos negativos:

la percepción de la aplicación de la norma es vista como arbitrariedad y no como justicia, da cancha a la corrupción de la autoridad encargada de elegir entre millones de destinatarios quién será el cabeza de turco y, además, este tipo de normas invierte la percepción que suele tenerse del incumplidor y de la autoridad considerándose al incumplidor como una víctima de un sistema injusto que lo ha elegido para que pague por el pecado de todos.

En lo que respecta a la descarga y subida de datos no lucrativos creo que las normas perversas han de eliminarse.

Con relación a la gente que compra piratería, ¿usted considera que cometen un delito, cometen una falta moral o considera que es una situación normal?

Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD				
		A %	B %	C %	D %	E %	Masc. %	Fem. %	18-24 %	25-39 %	40-70 %		
Cometen delito	30	27	31	30	29	31	30	29	27	25	36		
Cometen una falta moral	39	57	46	41	36	33	39	39	38	43	36		
Situación normal	29	12	23	25	34	31	27	31	32	30	25		
No precisa	2	4	0	4	1	5	4	1	3	2	3		
Total: 100%		Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%						

*Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A. Lima, mayo del 2004*

8. Tomando en consideración la importancia de incentivar la creación intelectual, los altos costos de protección de la misma, el creciente desarrollo y difusión de las tecnologías digitales, así como la necesidad de que la mayoría de la población pueda acceder a la cultura y a la tecnología; ¿cómo considera usted que se debería manejar la protección de los derechos autor y los derechos de reproducción en el futuro, ya sea a un mediano o largo plazo?

MOSCOSO: La pregunta merece una respuesta amplia que excede el espacio en esta revista. Más de diez años de discusiones internacionales, dos tratados de derechos de autor y derechos conexos, varias conferencias diplomáticas y abundante doctrina y legislación comparada intentan brindar respuesta esta pregunta. Sin embargo, la respuesta general es la

misma que ha dado origen al sistema de derechos de autor. Se trata de brindar garantías a los creadores para que tengan incentivos a seguir creando y explotando sus obras en el entorno digital, sin que este marco de incentivos afecte el beneficio del acceso de los ciudadanos a la información y la cultura, beneficio que puede garantizarse a su vez mediante la correspondiente adopción de limitaciones y excepciones.

BRACAMONTE: La protección de las creaciones intelectuales no tiene un alto costo en la medida que la protección es automática y sin ninguna formalidad. Lo que indudablemente tiene un costo es utilizar o explotar bienes protegidos por los derechos de autor. Sin embargo, los derechos de autor en su aspecto patrimonial, en alguna medida, también está sujetos al libre juego de la oferta y la demanda. Por otra parte, es totalmente natural que la sociedad deba tener acceso

a la cultura y a la tecnología. El Estado debe dar por ello leyes que incentiven a las empresas culturales y promover el respeto a la propiedad intelectual.

La protección a los derechos de autor conceptualmente debe ser la misma, el tema está establecer mecanismos ágiles y seguros tanto para los creadores como para los usuarios. Caso similar ocurre con el comercio electrónico y con las tarjetas de crédito, se hace necesario agilizar las transacciones *online* pero también establecer medios seguros que eviten delitos.

El establecimiento de adecuadas medidas tecnológicas y de gestión de negocios en el ámbito de lo que es la administración colectiva del derecho de autor debiera ser una solución.

Las sociedades de gestión colectiva surgen como las grandes administradoras de los derechos de autor, en la medida en que estén adecuadamente manejadas a fin de estar en posición de dar solución a muchos de los problemas que hoy nos afligen en materia de propiedad intelectual. Su adecuada gestión y correcta fiscalización por el Estado debe ser una garantía para titulares y usuarios.

GELLES: En el mediano o largo plazo, se debería comparar, en la teoría y en la práctica, un sistema de derechos de autor (reformado) con un sistema alternativo donde la creación de obras literarias y artísticas sea libre y cooperativa. Habría que determinar qué sistema es el que produce mayores incentivos para

crear obras nuevas, variadas y de calidad, a costos de producción y reproducción bajos, y que permita el acceso de toda la población interesada. Como ejemplo del segundo sistema se puede señalar que Internet es una red libre y cooperativa, que tuvo su origen en el sector público.

BRAVO: Las leyes no están ni para proteger modelos de negocio ni para ilegalizar comportamientos generalizados e imposibles de frenar en la práctica. Los telares mecánicos sustituyeron a los telares manuales y los trabajadores que se quedaron en el paro por este nuevo invento reaccionaron quemándolo. Los juicios, las persecuciones y las leyes contra las redes *peer to peer* son esa misma reacción pero en su versión actualizada al siglo XXI. Si la mitad del dinero y el tiempo que gasta la industria en perseguir adolescentes que intercambian música, lo invirtieran en un nuevo modelo de negocio, conseguirían más resultados. Del mismo modo, y como decíamos anteriormente, si el Estado invirtiera los costos de exclusión en la remuneración de la actividad creadora, también conseguiríamos más resultados. En definitiva, los recursos tanto privados como públicos malgastados en frenar lo imparables deberían dirigirse a adaptarse.

Creo que hay que empezar por eliminar los absurdamente largos períodos de protección del *copyright*, por consolidar la copia para uso personal y por eliminar la necesidad de autorización para la comunicación pública. Esto creo que es el techo mínimo porque es pedir, ni más ni menos, que las leyes acepten cuál es la realidad en lugar de intentar prohibirla.

¿Usted considera que la piratería?												
Respuestas	TOTAL %	NIVEL SOCIOECONÓMICO					SEXO		EDAD			
		A	B	C	D	E	Masc.	Fem.	18-24	25-39	40-70	
		%	%	%	%	%	%	%	%	%	%	
Se debe eliminar porque atenta contra la propiedad intelectual y los derechos de autor	67	75	74	62	64	72	66	67	66	62	72	
Se debe mantener porque permite acceder a libros, DVD, CD más baratos	27	16	16	32	33	22	27	28	28	32	23	
No precisa	6	9	10	6	3	6	7	5	6	6	5	
Total: 100%	Base Real	600	67	103	193	170	67	296	304	149	227	224
Distribución ponderada		100%	3.6%	16.3%	26.6%	34.5%	19.0%					

Base: Total de entrevistados
Fuente: APOYO Opinión y Mercado S.A.
Lima, mayo del 2004

La comisión de Contenido a cargo de la presente edición de **THEMIS-Revista de Derecho** estuvo conformada por: Oscar Súmar (Director), Milagros de Pomar, Jimena Aliaga, Luis Miguel Velarde, Isabel Lira y Carmen María Accinelli.