PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

DERECHO

NUMERO 31
LIMA, 1973

CONTENIDO

De los Editores 3

ESTUDIOS:

La lucha contra el crimen y el tratamiento correccional, **Julio Altmann Smythe** 5

El Derecho y la naturaleza de las cosas, **Mario Alzamora Valdez** 15

Las sociedades de economía mixta, **Luis Bedoya de Vivanco** 21

El impuesto a la renta en la Comunidad Laboral, **Sergio Cardenal Montesinos** 26

Pluralidad de elementos que integran el Derecho, **Carlos Fernández Sessarego** 44

Los orígenes del Habeas Corpus, **Domingo García Belaunde** 48

La Condena Condicional, **José Hurtado Pozo** 60

Trabajadores eventuales en el Perú, **Joaquín Leguía** 81

Consideraciones preliminares a un estudio del régimen legal de las inversiones extranjeras en el Perú, **Roberto Mac Lean** 86

Compraventas marítimas internacionales: contratos FOB y CIF, **Alfredo Ostoja López Alfaro** 94

Huando: Reforma Agraria y Derecho, **Marcial Rubio Correa** 123

Acerca de la unidad del mundo político y del mundo jurídico, **Néstor Pedro Sagüés** 148

La influencia de Kelsen en el Perú, **David Sobrevilla Alcázar** 154

La evolución de la pena privativa de la libertad en el Perú, **Fernando Vega Santa Gadea** 163

Intermediarios en el Mercado de Valores, **Fernando Vidal Ramírez** 195

Naturaleza jurídica de las empresas multinacionales, **Eduardo White** 199

PROPIEDAD SOCIAL:

Propiedad Social: la utopía y el Proyecto, **Luis H. Pásara** 211

El régimen laboral en el Ante-Proyecto de Decreto Ley de la Propiedad Social, **Jorge Santistevan** 238

¿Existe la Propiedad Social?, **Fernando de Trazegnies G.** 254

Revista de revistas 268 * Fichero de revistas 270 * Nuestras tesis 282 * Crónicas del claustro 289 * Los autores 294

DERECHO es una publicación anual del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú — Camaná 459, Lima.

Número 31 — Noviembre de 1973 *Consejo Editorial: **Javier de Belaunde L. de R., Alfredo Ostoja L. A., Marcial Rubio C., Alberto Bustamante B., Roberto Dañino Z., Juan Guillermo Lohmann L. de T.**

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU

DERECHO

NUMERO 31
LIMA, 1973

DE LOS EDITORES

Cuando en 1968 se empezaba a implementar en nuestra unidad académica la reforma en la enseñanza e investigación del Derecho se resolvió, de acuerdo con los propósitos que esta perseguía, dar un importante impulso a nuestra revista. La investigación, el sentido crítico del orden jurídico y una preocupación por promover un trabajo creador en derecho, han animado este esfuerzo.

Considerando la función de esta revista como órgano de expresión de un Programa de Derecho, hemos tratado que ella recoja y traduzca el esfuerzo académico de nuestro claustro. Consecuentes con esta tónica, presentamos numerosas colaboraciones de nuestros profesores. Asimismo, hemos tratado de dar cabida en ella a trabajos de exalumnos y a capítulos de aquellas tesis de bachillerato que por su interés y calidad ameriten publicación.

En cuanto a los estudios que se incluyen en este número, queremos resaltar la presentación de la sección sobre Propiedad Social. En momentos en los cuales se desarrolla un importante debate nacional sobre el Ante-Proyecto de Ley de Propiedad Social, tres de nuestros profesores presentan trabajos sobre diversos aspectos del tema en debate, los que sin duda resultan de gran interés para el mismo.

Como en el número anterior, un Consejo Editorial integrado por profesores y alumnos ha compartido la responsabilidad de esta edición.

Julio Altmann Smythe

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN Y EL TRATAMIENTO CORRECCIONAL

LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ES UNA FICCION

En la Tierra aparecieron casi simultáneamente el ser humano y el crimen. Muchos opinan que la historia del hombre y la historia del crimen se confunden. Lo cierto es que el delito ha sido un constante peligro para la convivencia humana y, como es natural, se le ha combatido incesantemeente.

En esta persistente lucha contra el crimen el hombre ha empleado los más diversos medios, particularmente medidas coercitivas. Sin embargo, invariablemente el delito ha sido el gran vencedor. Si bien es verdad que en algunas oportunidades determinados delitos casi desaparecen, otros los reemplazan. Indiscutiblemente el ser humano ha demostrado una completa incapacidad para defenderse de este fenómeno social denominado crimen. Actualmente éste tiende en aumentar cualitativa y cuantitativamente.

Ante esta confirmada realidad es dable de preguntarse ¿a qué se debe esta situación tan trágica?

No la podemos atribuir a un único agente, como es obvio, puesto que sus causas son numerosas. Pero no puede dudarse que ha gravitado en la continuada derrota del hombre las erróneas formas que ha adoptado para combatir el delito.

Al presuntamente más racional de todos los seres se le ha venido imponiendo la más irracional de las medidas: la pena. A la violencia de los infractores se ha respondido con una violencia legalizada. No se ha comprendido aún que es incongruente pretender regular la conducta humana mediante la simple aplicación de las sanciones.

La ley penal señala los actos que no deben realizarse. Cuando se cometen, su autor es castigado, porque ha cometido un delito. El crimen es achacado únicamente a la voluntad humana y, por ende, quien ha escogido libremente este camino debe ser penado Siguiéndose una lógica simplista se cree que en la producción del delito sólo actúa la intención del delincuente, sin entenderse que son innumerables los factores etiológicos del crimen. Es así como la lucha contra la criminalidad ha devenido en una lucha contra el criminal.

Resulta infantil imaginar que podrá desterrarse el delito cortándose la cabeza a un criminal. Podrán ser eliminados millones de delincuentes, pero el delito permanecerá indemne. Ha fracasado igualmente en la lucha contra el crimen la aplicación de la pena privativa de libertad, eje de la actual penología. Esta sanción, de la que tanto se abusa, ha sido estéril para combatir el crimen. Cabe concluir que con la eliminación o el castigo de los delincuentes no desaparecerá o disminuirá la criminalidad. Es así como se ha seguido y se sigue transitando por un equivocado sendero en esta persistente lucha contra el delito.

No negamos que la pena suele intimidar a muchos sujetos y los inhibe de cometer un crimen. Son numerosas las personas que no delinquen porque temen ser penados. A veces la sola presencia de un policía evita la comisión de un delito. Generalmente, estas inhibiciones pasan desapercibidas. Como lo ha señalado el eminente sociólogo mexicano Dr. Lucio Mendieta y Núñez: "Lo que sucede es que mientras la estadística registra el número de los actos delictuosos, no puede registrar las inhibiciones personales y en consecuencia es una estadística unilateral y por lo mismo falsa" (1).

1. Lucio Mendieta y Núñez. "La Ciencia Penitenciaria y la Realidad Social". Sobretiro de la Revista Interamericana de Sociología, Año 2, Vol. II, Nº 9, Enero-Abril de 1973. México, D. F. (pág. 22).

Hay que aceptar, sin embargo, que la intimidación producida por la sanción es muy relativa. Un gran número de infractores cree que, de una u otra manera, podrán salvarse de la pena. Desgraciadamente, muchos son los delincuentes que ni siquiera son inculpados por sus crímenes lo que fortalece la creencia que existe.

Por más que se intente negarlo, la lucha contra el crimen ha sido siempre una mera ficción. No se ha luchado contra el delito, sino contra el delincuente, a quien se persigue, se le elimina o sanciona.

El castigo del criminal deja intacto el crimen. Por sí sola, pues, la pena es una medida inocua, con la que no podrá desterrarse el delito. Lo que no quiere decir que no tenga efectos intimidantes en algunos casos.

Lo expresado ha venido a desacreditar el actual sistema penal y penitenciario. Si se anhela conseguir algún éxito en esta persistente lucha contra el crimen, aunque sea limitándolo, habrá que tomar otra senda. Felizmente, se comienza a pensar que el castigo del delincuente es enteramente infecundo.

NUEVAS FORMULAS PARA COMBATIR EL DELITO

Durante años el Derecho Penal ha sido representado mediante un símbolo muy elocuente: un hombre enjaulado en una celda. Debe convenirse que es un símbolo vergonzoso. Muchos anhelan hacerlo desaparecer. Este plausible intento seguramente podrá materializarse en un lejano futuro, puesto que llevará siglos para transformar los criterios que hoy prevalecen.

A manera de saludable reacción se está procurando aplicar nuevas medidas, las que han de ajustarse a la personalidad de cada infractor. Se camina hacia las medidas individualizadas, aunque con una desesperante lentitud. Estas medidas presuponen la individualización judicial y administrativa, tarea difícil de realizar.

En algunas naciones se ha avanzado algo en esta dirección. Refiriéndose a su patria, el Dr. Thorsten Ericksson, Director General de Prisiones de Suecia, dice: "En lugar de un Jurado, el Juez sueco tiene a su lado una Comisión de expertos que juzgan conjuntamente con él" (2). Incuestionablemente se trata de una gran conquista, pero aún insuficiente. En muchas ocasiones los juzgadores se verán limitados por las mismas disposiciones del Código Penal, las que requieren de profundas reformas. Pero éstas han de tropezar con la cerrada oposición de innumerables especialistas en las disciplinas penales, los que generalmente poseen conceptos poco flexibles.

Si se quiere condicionar la medida que se imponga al infractor con las necesidades de la sociedad y del mismo delincuente debe llegarse al arbitrio judicial. Sin embargo, como lo hemos dicho anteriormente: "Este conlleva peligros graves. No queda sino esperar que se produzca una lenta y serena evolución que conduzca a la ansiada solución. Hasta ahora se trata de un tema controvertible, siendo muy delicado tomar partido en favor o en contra de sistemas que ofrecen facetas positivas y negativas, a la vez" (3).

Comprobándose el conocido accionar del péndulo una vez más, la arbitrariedad judicial de antaño tiende a convertirse en arbitrio judicial hoy. Con el arbitrio judicial quizás podría alcanzarse la individualización judicial de la o las medidas aplicables. Empero, es imperativo reconocer que esta individualización judicial requiere que los jueces tengan una científica formación y que se hallen asesorados con un personal técnico que integre un equipo. En algunas naciones será posible contar con esta calidad de jueces y con tales equipos técnicos. Pero falta en la mayoría. Por tanto, nos encontramos frente a un distante ideal.

No pequemos de pesimismo, sin embargo, toda vez que se han alcanzado ya algunas conquistas importantes. Por ejemplo, en la actualidad se está reduciendo el valor del delito y, por el contrario, se está otorgando máxima consideración al delincuente. A éste se le observa y estudia en sus múltiples rasgos con el auxilio de diversas disciplinas científicas, procurándose conocer al criminal. Constituye un efectivo paso hacia la individualización de la medida.

Son numerosas las naciones que ya han hecho importantes conquistas en este terreno. La condena de ejecución condicional o suspensión de la ejecución

2. Thorsten Ericksson. "Problemas Relacionados con la Reforma del Tratamiento de la Delincuencia". Archivos de Criminología, Neuro-Psiquiatría y Disciplinas Conexas", Segunda Epoca, Vol. XI, Nº 44, Octubre-Diciembre de 1963. Quito, Ecuador, (pág. 613).

3. Julio Altmann Smythe. "La Determinación de la Sanción Penal". "Criminalia", Año XXXV, Nº 10, 31 de Octubre de 1969. México, D. F., (pág. 595).

de la pena es un logro trascendente. El delincuente es juzgado y condenado, pero no es recluido en una prisión, salvándosele de caer en un ambiente inapropiado. Algunos jueces la aplican aún en casos en que la Ley no lo permite, por estimarla sumamente benéfica. Otra conquista es la anulación de la acción penal. Se suspende la expedición de la sentencia o el mismo juzgamiento. En ocasiones, el infractor ni siquiera comparece ante los tribunales, lográndose el anonimato del delito y del delincuente. Según muchos especialistas este anonimato tiene una singular importancia, puesto que entre mayor sea la ignorancia que se tenga del infractor son mayores las posibilidades de que éste pueda rehabilitarse y hacer una vida social normal.

Es obvio que estas medidas han de sujetarse a determinadas normas. En todo caso el delincuente deberá cumplir con ciertas reglas de conducta y recibir un tratamiento en libertad, bajo una orientación y vigilancia técnica, nunca policial. En determinadas naciones tiene intervención la misma colectividad mediante la actividad de agrupaciones que se hallan controladas y dirigidas por organismos de servicio social.

En el campo de la ejecución penal predomina actualmente la idea de otorgar al penado un tratamiento individualizado con el propósito de reincorporarlo a la comunidad como un elemento útil y respetuoso de la ley penal. Casi todos los regímenes penitenciarios del mundo hoy aceptan plenamente esta tendencia, aunque tan solo teóricamente. Existe todavía un abismo entre la doctrina y la práctica. Como lo ha afirmado Thorsten Ericksson: "En el terreno del tratamiento de la delincuencia. todas las naciones están subdesarrolladas. Incluso países que por circunstancias fortuitas pueden considerarse como bien desarrollados económica y socialmente, han de reconocer que su forma de tratar la delincuencia dista mucho del grado de desarrollo general alcanzado en los demás órdenes" (4). Y agrega: "El tratamiento de la delincuencia se halla en todos los países, sin excepción, en una situación de lucha para lograr mejores condiciones y con ello obtener mejores resultados" (5).

Estas aseveraciones de Ericksson deben ser valoradas apropiadamente, pues han sido hechas por un penitenciarista de gran relieve y que conoce bien las condiciones en que se realiza el tratamiento de los delincuentes en prácticamente todos los países del mundo civilizado, habiendo visitado y estudiado las prisiones de Europa, América del Norte, América Latina, Asia y Africa. En 1963 visitó algunas cárceles peruanas.

Actualmente se confiere al tratamiento correccional una enorme trascendencia en el campo de la prevención de la criminalidad. Pero, como lo indica Ericksson, hasta ahora sus resultados han sido muy limitados.

EL TERMINO "TRATAMIENTO"

El vocablo "tratamiento" se viene empleando desde hacen ya varios lustros. Se le usa cada vez más frecuentemente, habiéndolo prohijado definitivamente el Derecho Penal, la Criminología, la Ciencia Penitenciaria, el Derecho Penitenciario, etc.

Los certámenes científicos también lo emplean preferentemente. Verbigracia, los congresos quinquenales de las Naciones Unidas denominanse "congresos sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente".

Asimismo han adoptado este vocablo muchas legislaciones de diversas naciones, pudiendo decirse que el término se ha universalizado.

Las disposiciones legales que se refieren a niños y a adolescentes disociales lo emplean generalmente. Así, la ley belga sobre infancia y adolescencia se llama "ley de Tratamiento de Menores".

Hay que reconocer, empero, que el término se ha pedido prestado a la ciencia médica. A fin de poder expresar mejor su significado se le ha agregado al substantivo "tratamiento" el adjetivo "correccional". De esta suerte son muchos autores que hablan del "tratamiento correccional". Personalmente creo que es poco acertado usar este adjetivo, que lleva en sí el concepto de "corrección". Juzgo que con el tratamiento no se busca la corrección del infractor y, mucho menos, su transformación. Se pretende únicamente su no reincidencia, esto es, su readaptación jurídico-social.

OBJETIVOS DEL TRATAMIENTO

Muchos tratadistas hiperbolizan los objetivos del tratamiento al concederle exageradas finalidades. No faltan los que suponen que la meta del tratamiento es la

4 y 5. Thorsten Ericksson. Estudio citado., (págs. 609 y 610).

"cura social" del sujeto. Pecan igualmente de una excesiva pretensión los que creen que con él se busca la "integral" readaptación social del individuo, dándole una significación distinta al término "integral". Otros juzgan que intenta transformar al delincuente en sus características sociales, psíquicas y éticas, lo que es sumamente ambicioso.

Conviene señalar que las "Reglas Mínimas" de las Naciones Unidas nunca usan los vocablos "reincorporación" y ni siquiera "readaptación" cuando se refieren a los objetivos del tratamiento.

Comulgo con el pensamiento del distinguido penitenciarista y criminólogo Prof. Manuel López-Rey, quien ha dicho que el tratamiento debe perseguir únicamente la readaptación jurídico-social del infractor, para que no reincida. Se trata de un enfoque realista. Así considerado, quizás el ámbito se reduzca, aunque posee alcances de singular trascendencia, como me lo ha expresado en muchas ocasiones. Si el tratamiento logra que el criminal desarrolle sus actividades sin quebrantar la ley penal y convive con sus semejantes útil y correctamente al regresar a la comunidad se habrán alcanzado los resultados que se anhelan.

El Prof. López-Rey posee una concepción muy suya acerca de las finalidades del tratamiento y de su aplicación: "Debe tenerse presente que el dictamen y el tratamiento persiguen una finalidad socio-política y no meramente clínica, científica o asistencial. Lo de socio-político se refiere a la función penal del Estado ejercida deficiente o malamente por la Administración penitenciaria, que no puede ignorarse. Al presente, esa función se intenta justificar mediante la readaptación según muchos, la protección según otros y la prevención e intimidación según algunos. Aislada o combinadamente tales fines son socio-políticos" (6).

Según nuestro criterio, los objetivos básicos del tratamiento son:

1.—Que el infractor desee sinceramente respetar la ley penal;

2.—Que se halle capacitado para poder cumplir con este propósito;

3.—Que posea aptitud para adaptarse nuevamente a su hogar, a sus labores y, en general, a su medio, considerándose que tendrá que vivir en una comunidad normal; y

4.—Que se encuentre habilitado para poder subsistir mediante un trabajo lícito, esto es, honesto.

6. Manuel López Rey. "Presupuestos de la Orientación Profesional Penitenciaria". Talleres de Gráfica Americana. Caracas, Venezuela., (1972)., (pág. 58).

OBLIGACION DEL ESTADO DE INTENTAR LA RECUPERACION DEL INFRACTOR

En la actualidad, generalmente al delincuente se le priva de su libertad. Pero ¿para qué? Incuestionablemente no es para castigarlo, sino para recuperarlo, a fin de que regrese a la sociedad como un individuo que respete la ley penal y no constituya una carga social. El estado y la Sociedad tienen el deber irrefragable de procurar se cumpla este objetivo fundamental.

Si se le priva a un hombre de su libertad es obvio que es para realizar una efectiva defensa social. Por tanto, debe intentarse readaptarlo jurídica y socialmente mediante procedimientos bien concebidos. Hoy día a este procedimiento se le llama tratamiento.

El Papa Pío XII enseñó que era necesario colocar al centro del sistema penal no al delito, sino al delincuente, considerado como persona y como miembro de la Sociedad. Y Quintiliano Saldaña, ya en 1905, agregó a la conocida fórmula "no hay delitos sino delincuentes" otra de muy honda significación: "no hay delincuentes, sino hombres".

El infractor no es un ente abstracto, sino un ser humano, con defectos, cualidades, anomalías, inteligencia, tendencias, ansias de mejoras, flaquezas, etc., etc. Si se parte de esta concepción será factible encontrar procedimientos que permitan la recuperación social del sujeto. Pero como premisa debe dejar de ser el Derecho Penal un mero formulismo jurídico. Hay que llegar a su reforma, efectiva y real.

LA DIFICIL TAREA DEL TRATAMIENTO

Actualmente se juzga que sólo excepcionalmente existe la "fatalidad criminal", siendo posible atemperar la proclividad al delito de una persona si es sometida a un procedimiento apropiado, de carácter individualizado. El tratamiento de los infractores se ha originado de esta idea.

La individualización presupone observar al criminal, estudiarlo, conocerlo, efectuar el diagnóstico y el pronóstico así como la programación del tratamiento, cla-

sificarlo y separarlo en cárceles diversificadas. Pero debe tenerse presente que el delincuente integra un solo todo, una unidad, por lo que su personalidad no puede ni debe ser desarticulada. Por tanto, emplear métodos similares a los usados por la química analítica constituiría un absurdo. Además, debe considerarse de que estas características son interdependientes, íntimamente enlazadas, influyéndose unas a otras. Son, pues, inseparables.

Por otro lado, debe pensarse que los caracteres de cada criminal son innumerables y que varían incesantemente. El individuo de ayer no es el de hoy y éste seguramente no será el de mañana. Finalmente, que los factores etiológicos del delito cometido son complejos, numerosos y, generalmente, mal conocidos. Y algo esencial: son irrepetibles, esto es, no pueden reproducirse artificialmente.

Debe considerarse, asimismo, que tratándose de un tratamiento individualizado los medios que se empleen han de variar en uno u otro caso. Podrán usarse medios psicológicos, psiquiátricos, sociológicos, quirúrgicos, pedagógicos, laborales, etc., etc., los que podrán ser aplicados en forma simultánea o no. A veces solamente deberán emplearse algunos de estos medios y no los otros.

Resulta, consiguientemente, casi imposible señalar con precisión la forma que deberá adoptar el tratamiento y el tiempo que habrá de durar. Y que este tratamiento deberá ser objeto de continuas revaluaciones y, por ende, de cambios.

La tarea de otorgar a un delincuente un correcto tratamiento es, pues, tarea sumamente ardua e insegura.

Agréguese que siempre se tropezará con la escasez de los apropiados medios materiales y, particularmente, difícilmente podrá contarse con suficiente personal capacitado.

La eficacia del tratamiento será siempre incierta, debatible y nebulosa tomándose en cuenta lo que se deja expuesto.

EL TRATAMIENTO DE GRUPO

El tratamiento siempre debe ser individualizado. Pero éste puede adoptar dos fórmulas: "individual" y "de grupo". Cada uno posee un específico radio de acción, por lo que ninguno reemplaza o desaloja al otro.

El tratamiento de grupo, denominado igualmente "colectivo", se otorga a un reducido conjunto de infractores que ostenten características similares. Es provechoso su otorgamiento a determinadas categorías de delincuentes. Su empleo se ha extendido mucho en los últimos años, especialmente porque presenta algunas ventajas, que son las siguientes:

A) Se aprovechan mejor al siempre reducido personal especializado y a los medios disponibles;

B) Se utiliza la dinámica del mismo grupo;

C) Los consejos y planteamientos de los individuos que integran el grupo son más fácilmente aceptados, disminuyendo la desconfianza y el rechazo; y

D) Se produce una benéfica influencia recíproca entre las personas que forman el grupo.

Se recomienda que la intervención de los técnicos aparentemente parezca muy limitada; jamás debe exagerársela. Hay que dar la impresión de que los consejos y planteamiento surgen espontáneamente del grupo y que la orientación e iniciativas de los funcionarios apenas sean notados, no obstante su continuado ofrecimiento.

Es obvio que los resultados que se obtengan dependerán de la capacidad y tino de los especialistas, los que deben actuar con suma cautela para no despertar resistencias entre los delincuentes que reciben tratamiento. Nunca será suficiente relevar las dificultades con las que se tropiezan para auxiliar a sujetos que ya han exhibido tendencias disociales, siempre recelosos y con cierta impermeabilidad psíquica debido al cúmulo de problemas insolutos que exhiben.

METODOS DE TRATAMIENTO

Generalmente se suelen distinguir únicamente dos métodos: 1.—El institucional, otorgado a los internos de un establecimiento penal; y 2.—El no institucional o tratamiento en libertad, que se dispensa a los infractores en la comunidad. Incuestionablemente, esta clasificación es incompleta.

Muchos autores distinguen una extensa variedad de métodos de tratamiento, pecando de exageración.

Creemos que pueden ser clasificados en cuatro métodos. Es cierto que no comprenden todos, pero se incluyen los más importantes.

Las características más saltantes de estos métodos son las siguientes:

A) Método Institucional.—Es el que se otorga a los internos de instituciones penales, ya sean éstas cerradas, semi-abiertas o abiertas. Varía en cada caso, por tratarse de tratamientos individualizados;

B) Método Semi-Institucional.—Se confiere, a la vez, en una institución y fuera de ella. Puede adoptar dos fisonomías:

1.—Método Semi-Institucional propiamente dicho.—Se da a aquellos penados que salen del establecimiento, por ejemplo, para trabajar regularmente en talleres y fábricas, que se hallan en la comunidad cercana. Reciben, por tanto, tratamiento en la institución y en la comunidad; y

2.—Método Discontinuo.—Se proporciona a condenados que cumplen la pena privativa de libertad en períodos fraccionados, como aquéllos que se internan los fines de semana y permanecen en la comunidad los demás días;

C) Método Trans-Institucional.—Es el que se confiere a los delincuentes que gozan de libertad condicional, por lo que ya han cumplido parte de la condena en una institución penal. Han recibido, pues, tratamiento institucional. Al regresar a la sociedad se les somete a tratamiento no institucional; y

D) Método no institucional absoluto.—El tratamiento se otorga solamente en libertad, como, por ejemplo, a los infractores que han sido beneficiados con la suspensión condicional de la sentencia o con otras medidas similares, como "probation", etc. No reciben jamás un tratamiento institucional.

Se ha afirmado que la prisión es un ambiente que debe evitarse, de ser factible. Es por tal motivo que actualmente se prefiere el tratamiento no institucional siempre y cuando esté acompañado por un efectivo auxilio y orientación técnica.

EL TRATAMIENTO EN LAS "REGLAS MINIMAS" DE LAS NACIONES UNIDAS

Estas se limitan al tratamiento institucional. Sin embargo, bien podrían servir de norma aplicable en todos los anteriormente métodos indicados.

A continuación se comentarán algunas sintéticamente:

La Regla 58º dice textualmente que "el fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen" (7). Con la aplicación de estas penas y medidas, pues, se aspira evitar que el infractor reincida.

La Regla 65º se refiere específicamente al tratamiento institucional. Indica: "El tratamiento de los condenados a una pena o medida privativa de libertad debe tener por objeto, en tanto que la duración de la condena lo permita, inculcarles la voluntad de vivir conforme a la ley, mantenerse con el producto de su trabajo y crear en ellos el respeto de sí mismos y desarrollar el sentido de responsabilidad" (8). Con el tratamiento se aspira la reincorporación del delincuente a la sociedad como un elemento útil y no peligroso, una vez vuelto a la comunidad.

Como puede verse, las opiniones personales dadas a conocer en este trabajo concuerdan con los básicos objetivos señalados en las "Reglas Mínimas" de las Naciones Unidas. Lo que se anhela es que el infractor, al regresar a la comunidad, pueda llevar una existencia respetuosa a la ley penal, provechosa y que no sea una gravosa carga para la sociedad. Lo esencial es que no reincida.

Aun en aquellos países en que las "Reglas Mínimas" se han aplicado correctamente no se han logrado estos objetivos plenamente. En Suecia, por ejemplo, que es una de las naciones precursoras del tratamiento y que acusa efectivos progresos en este campo, superándose a lo que disponen estas "Reglas Mínimas", conforme con la autorizada opinión del Dr. Thorsten Ericksson, todavía está luchando pora poder obtener mejor en resultados.

EL TRATAMIENTO EN LAS "NORMAS MINIMAS" MEXICANAS

La Ley que estableció las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados fue publicada en el Diario Oficial el 19 de Mayo de 1971 con vigencia en el Distrito y Territorios Federales de la República Mexicana únicamente. Sin embargo, aplicándose su Art. 3º, se están aplicando estas Normas en varias entidades federativas mediante convenios celebrados en-

7. "Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente". Ginebra, 22 de Agosto – 3 de Setiembre de 1955. Informe de la Secretaría. Versión en Castellano. Naciones Unidas, Nueva York. A/CONF/6/1, Mayo de 1956. Nº de venta: 1956. IV. 4., (pág. 77).
8. Informe citado., (pág. 78).

tre el Gobierno Federal y algunos Gobiernos de estos Estados.

Las Normas Mexicanas se han inspirado en las "Reglas Mínimas" de las Naciones Unidas, debiéndose reconocer que en algunos aspectos las superan, lo que debe ser objeto de satisfacción para los autores del Proyecto, entre los que destaca el Dr. Sergio García Ramírez, uno de los más capacitados penitenciaristas de América Latina. La posición vanguardista de esta Norma seguramente se debe a su influencia.

Son varias las normas que se refieren al tratamiento. En seguida se comentarán sumariamente:

El Art. 6º dice textualmente: "El tratamiento será individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto, consideradas sus circunstancias personales". Y agrega: "Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas" (9). El tratamiento individualizado, pues, se otorga, en lo posible, en cárceles diversificadas, sin que se señalen todas sus diversas características. Por otro lado, en forma realista, se indica que deberá contemplarse las posibilidades presupuestales.

Determina su Art. 7º: "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberación. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente". "Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa" (10). Dos aspectos son dignos de aplaudirse: a) Que el tratamiento ha de merecer ser periódicamente actualizado; y b) Que el estudio de la personalidad del interno comenzará desde que ingresa a un establecimiento penal como procesado y que copia de las conclusiones de dicho estudio será enviado a los jueces que han de señalar la pena o medida, lo que es esencial.

Textualmente su Art. 8º señala: "El tratamiento preliberacional podrá comprender: I.—Información y orientación especiales y discusión con el interno y sus familiares de los aspectos personales y prácticos de su vida en libertad; II.—Métodos colectivos; III.—Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento; IV.—Traslado a la institución abierta; y V.—Permisos de salida de fin de semana o diaria con reclusión nocturna, o bien de salida en días hábiles con reclusión de fin de semana" (11). Se establece, pues, el tratamiento preliberación, adoptando modalidades bastante completas. Por de pronto, se procura la readaptación del penado a su hogar y al medio en donde vivirá una vez que abandone la prisión. Establece, asimismo, el tratamiento de grupo o colectivo. Igualmente, algunas medidas preparatorias acertadas se hallan en los incisos III, IV y V del artículo.

Estas Normas latinoamericanas enfocan el tratamiento institucional con visión científica, buscándose la readaptación jurídico-social de los infractores.

El Art. 9º de la Ley crea en cada reclusorio un Consejo Técnico, con funciones bastante amplias. Se halla integrado por el Director del Establecimiento, o por el funcionario que le sustituya en sus faltas, que lo presidirá, y por los miembros de superior jerarquía del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia, y en todo caso formarán parte de él un médico y un maestro normalista. Este Consejo Técnico ya ha demostrado su eficiencia en el Centro Penitenciario del Estado de México, establecido por su primer Director, Dr. Sergio García Ramírez, y que continúa funcionando, con las mejoras que la experiencia ha indicado, con su actual Director, el eminente penitenciarista Lic. Antonio Sánchez Galindo, su primer Subdirector.

Juzgamos imprescindible terminar estos breves comentarios de las "Normas Mínimas" mexicanas —comentario que no ha llegado a contemplar otros diversos aspectos que acerca del tratamiento determinan estas normas, conceptuando que este trabajo debe tener una limitada extensión— algunos conceptos expresados pór el Dr. Sergio García Ramírez, principal autor del Proyecto de Ley, quien dice: "Un verdadero

9, 10 y 11. "Ley que establece las Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados". Sergio García Ramírez. "La Reforma Penal de 1971". Ediciones Botas. México, D. F., 1971., (Págs. 95, 96, 97, 98 y 99).

centro de tratamiento, cual debe ser cada cárcel, al parejo que unidad de docencia y de investigación científica, requiere la dotación humana y física indispensable para el tratamiento interdisciplinario. Aquí, la función nuclear será cumplida por el organismo técnico criminológico. Sobre esto existen, en el plano internacional, versiones y denominaciones diferentes. En algunos casos se acepta la orientación sociológica, al paso que en otros se hace lo propio con la dirección antropológica. El organismo pluripersonal asume a veces la estructura y las tareas de un simple tribunal de conducta, mientras que en otras circunstancias se desarrolla hasta rematar en verdadera entidad criminológica y aborda, resueltamente, todos los temas del tratamiento. En rigor, este organismo dedicado al diagnóstico, al pronóstico y a la conducción de la terapia individual, forma parte en las piezas clave del nuevo régimen penitenciario" (12).

EL TRATAMIENTO EN LA LEY PERUANA

Con fecha 15 de Abril de 1969 fue expedido el Decreto-Ley Nº 17581, denominado "Unidad de Normas para Ejecución de Sentencias Condenatorias". Unicamente por tratarse de una disposición peruana se le comentará brevemente, puesto que ha sido inoperante, hasta ahora. Debe puntualizarse que parece que este dispositivo legal será derogado para expedirse otro más moderno, según las declaraciones que se han efectuado en el Ministerio del Interior, del cual dependen las prisiones.

Los Arts. 3º y 4º de este Decreto-Ley indican las finalidades de la ejecución de la pena privativa de libertad, siendo la fundamental la de lograr la readaptación del condenado, para que, una vez salido de la prisión, se convierta en un elemento útil y de provecho para la comunidad.

"La administración carcelaria está obligada a clasificar al recluso como parte de su tratamiento readaptativo", determina el Art. 10, y el inc. b) de su Art. 11 dice: "La clasificación tendrá por objetivos básicos... determinar el tratamiento individualizado del recluso, previo estudio de su personalidad y medio circundante, a fin de establecer la consiguiente afectación al establecimiento carcelario apropiado" (13). Está demás puntualizar que la administración carcelaria no ha cumplido con esta obligación que le señala el Art. 10º, que no se da tratamiento alguno a los internos y, mucho menos, se les envía a establecimientos diversificados, por cuanto aún no se ha suprimido el irracional y anticientífico sistema geográfico-administrativo, incumpliéndose, asimismo, lo que dispone el Art. 14º del Decreto-Ley.

Otra disposición que no se ha respetado es el Art. 13º, el que ordena "El Poder Ejecutivo creará los organismos técnicos necesarios a fin de lograr el tratamiento individualizado del condenado" (14).

Es obvio, por tanto, que igualmente se incumple lo dispuesto por el Art. 20º: "En el período de observación el organismo técnico respectivo realizará: a) El estudio del condenado, que comprenderá su examen médico, psicológico y del medio ambiente que lo circundaba antes de cometer el hecho delictuoso a efecto de formular el diagnóstico y pronóstico criminológico. b) Clasificará al condenado según sus posibilidades de adaptación a la vida social. c) Indicará el establecimiento o sección de establecimiento a que debe ser destinado. d) Fijará el tratamiento concreto a que debe ser sometido el condenado y e) Determinará el tiempo mínimo para comprobar los resultados del tratamiento fijado y procederá a su actualización, si fuera necesario" (15).

Los arts. 76º y 77º disponen que el Servicio Social Criminológico colaborará en el tratamiento de los internos. Debe recordarse que funciona el Servicio Social Criminológico desde 1947, aunque solamente en Lima y Callao, puesto que no se le ha prestado apoyo para su desarrollo y extensión.

Lamentablemente, tampoco se ha dado cumplimiento a lo que ordena el Art. 82º: "El Poder Ejecutivo dictará los reglamentos Generales y Especiales para la aplicación de la presente Ley" (16).

INUTILIDAD DEL TRATAMIENTO SOBRE ALGUNOS INFRACTORES

En ocasiones el tratamiento es absolutamente estéril. Por motivos diversos el tratamiento que se otorga a cierta categorías de infractores es inútil.

12. Sergio García Ramírez. "La Reforma Penal de 1971". Ediciones Botas. México, D. F., 1971., (págs. 64 y 65).

13 y 14. Copia preparada por el Ministerio del Interior, Dirección General de Establecimientos Penales, del Decreto-Ley Nº 17581.
15 y 16. Copias citadas.

El Prof. Manuel López-Rey y Arrojo se refirió a las diversas clases de infractores que no responden a tratamiento alguno por razones particulares en el VIII Congreso Internacional de Defensa Social, París, 1971. Insiste en sus ideas en la obra ya citada "Prespuestos de la Orientación Profesional Penitenciaria", publicada en 1972. Ciñéndonos a sus más importantes conclusiones, indicaremos en seguida algunos casos en que el tratamiento de los delincuentes resulta infructuoso:

A) Los delincuentes condenados a penas cortas de prisión, puesto que materialmente falta tiempo para poder otorgárseles apropiado y suficiente tratamiento institucional;

B) Muchos individuos que permanecen en calidad de procesados durante largos períodos. Cuando son condenados finalmente tampoco queda tiempo para que reciban el tratamiento que requieren; generalmente en América Latina los procesos penales duran un tiempo exagerado;

C) Delincuentes políticos, o que enmascaran sus delitos alegando motivaciones políticas —que rechazan todo tratamiento, siendo lógico que si no se cuenta con una mínima colaboración del delincuente todo intento de tratamiento resultará vano. Para algunos inconformes o rebeldes los delitos que cometen son actos plausibles, convenientes y necesarios para que se logre la desaparición de un orden social, económico, político, cultural y ético que odian. Estiman que debe ser destruido, por lo que usan medios que las leyes penales consideran delictuosos. "Readaptación" significa "domesticación" a una situación injusta y que no aceptan, justamente por considerarla arbitraria; y

D) Algunos criminales que presentan condiciones psicológicas o de otra índole que los hacen impermeables a toda readaptación jurídico-social. Son refractarios a todo tratamiento. Es natural que cualquier tratamiento devendrá en un fracaso.

Abundan los infractores pertenecientes a las anotadas categorías. Las estadísticas y la experiencia evidencian que los básicos objetivos del tratamiento rara vez se alcanzan. Por ejemplo, en los Estados Unidos de Norte América la reincidencia llega a más del 60%. En Francia las estadísticas indican que ésta se acerca al 50%. Resultados similares se constatan en otros muchos países que poseen estadísticas bien controladas. Por otro lado, debe señalarse que dichas estadísticas no reflejan la realidad, por cuanto muchos casos de reincidencia no son captados y, por ende, no son recogidas por éstas.

Son desalentadores estos resultados, los que se deben a muy distintos factores. Uno de estos es la prisión misma.

Finalmente, cabe apuntar que existen delincuentes que solamente requieren de un corto tratamiento, otorgado en libertad. Han cometido un delito, grave o no, presionados por motivos fortuitos. Son verdaderas víctimas de imprevistas circunstancias, a las que todos estamos expuestos.

EL TRATAMIENTO FRECUENTEMENTE NO BASTA

Hoy nadie duda de que algunos delincuentes alcanzan su readaptación socio-jurídica mediante la aplicación de un tratamiento correcto. Pero, asimismo, se acepta que otros jamás se readaptan. Permanecen, pues, desadaptados por más esfuerzos que cumplan los técnicos. Quizás estos últimos formen la mayoría. Debe modestamente reconocerse que los resultados del tratamiento son pobres. No podemos ilusionarnos mucho al respecto.

Aunque se obtenga la readaptación en algunos casos permanece la duda si junto al tratamiento no han intervenido otros factores más decisivos. Es una incógnita difícil de resolver.

Lo expresado no indica que se minifique la importancia de un científico tratamiento, puesto que las posibilidades de poderse readaptar jurídico-socialmente a un infractor no desaparecen totalmente. Aún más. Se trata de una acción muy promisora, por lo que debe pugnarse en ella, perfeccionándola. Es de imaginar que los escasos resultados obtenidos hasta ahora se deban a la incapacidad del personal penitenciario, a una escasa dotación física, a los métodos empleados, al ambiente en el que se otorga, etc.

Sin embargo, es innegable que se ha confiado demasiado en el tratamiento, olvidándose la realidad que reflejan las estadísticas y la diaria experiencia. Esta debe ser registrada, reconociéndose, con pesadumbre, que han sido mínimos los resultados del tratamiento.

Hay que convencer y convencerse de que el tratamiento es absolutamente insuficiente para combatir el

crimen. Mientras que la prevención especial, representada por el tratamiento, no se perfeccione y se le complete con una amplia y efectiva prevención general, el ser humano continuará siendo derrotado por el delito. Debemos confesar honestamente y con sinceridad que se continúa transitando por el engañoso sendero de siempre en ésta ya larga lucha contra el crimen.

La prevención general ofrece enormes posibilidades. Esto significa terminar con las situaciones que inferiorizan al hombre. Si se modifican las condiciones políticas, sociales, económicas, culturales, éticas, etc. que actualmente prevalecen quizás sea factible combatir al crimen con alguna efectividad. Empero, se trata de una tarea larga y polifacética, la que habrá de tomar muchos siglos.

Los organismos estatales de prevención poseen un radio de acción bastante limitado y, por ende, sus posibilidades son sumamente escasas. Ya lo he expresado anteriormente: "El cambio de las estructuras socioeconómicas no son de su directa competencia. En todo caso es quimérico pensar que podrá controlar los fenómenos nacidos del desarrollo, del incontrolable aumento de la población, de la general incultura, de la difusión de las enfermedades mentales, etc., etc." (17).

Lo que dejamos expresado no puede ser discutido. Entonces ¿qué debemos hacer para alcanzar algún éxito?

En el Boletín Informativo del Centro Criminológico Internacional se dice: "Desde hace ya varios decenios, las Escuelas criminológicas de Roma y de Harvard han claramente demostrado, sobre la base de una larga experiencia clínica (Di Tullio) y experimental (Sheldon y Eleonor Glueck), que es posible identificar desde su niñez a los menores predispuestos a un futuro comportamiento antisocial y criminal" (18). En varios países se han obtenido excelentes resultados siguiéndose tales técnicas. Naturalmente, debe buscarse la identificación a una temprana edad del menor, aplicándosele un inmediato tratamiento.

Por tanto, es muy promisora una acción que identifique tempranamente a los niños proclives a conductas irregulares, disociales y delictuosas, para otorgárseles un pronto y científico tratamiento. Sería de recomendar que las cuantiosas sumas que se gastan, a veces infructuosamente, en el tratamiento de los delincuentes adultos, se invirtieran en esta prevención tan llena de posibilidades, cada vez en mayor proporción. Es sabido que en numerosos países se despilfarran los dineros fiscales para encarcelar solamente a los delincuentes, a los que no se dispensa ningún tratamiento.

El esclarecido Prof. Franco Ferracuti está obteniendo magníficos resultados en el Centro Penitenciario Criminológico de Rebibbia, Roma. Anteriormente, este mismo criminólogo, Catedrático de la Universidad de Roma, conjuntamente con el Prof. Simón Dinitz, de la Universidad Estatal de Ohio, han demostrado que puede advertirse con una certeza que alcanza el 100% de los casos, esta proclividad. Ha demostrado, asimismo, que la inadapción escolar anuncia el futuro comportamiento antisocial o criminal de los menores. Estos largos, serios y rigurosos experimentos fueron realizados en Puerto Rico. Estas conclusiones están apoyadas por una labor científica de muchos años, por lo que no pueden discutirse.

Se encuentra ampliamente probado de que los criminales más peligrosos y particularmente los reincidentes crónicos acusan en el historial de su niñez una notable irregularidad, la que ulteriormente ha dado lugar a explosiones delictivas. Estas verificaciones nos hacen creer que si, cuando niños, se hubiese identificado su predisposición a un comportamiento antisocial y criminal y si hubiesen recibido un tratamiento científico a temprana edad, es posible que no llegarían a convertirse en delincuentes, evitándose incalculables perjuicios.

Es, pues, sumamente promisora esta acción preventiva. Quizás si estuviésemos encaminando mejor la persistente lucha que el hombre está librando contra el crimen, hasta ahora tan infructuosamente. Por lo menos es un sendero que hay que explorar.

17. Julio Altmann Smythe. "Las Normas Mínimas Mexicanas, un plan de política penitenciaria". Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social", Vol., I, Nº 5, Setiembre-Octubre de 1972. México, D. F., (pág. 14).
18. Boletín Informativo del Centro Criminológico Internacional "Hacia una nueva Política Criminal". Tibergraf-Piazzale V. Bottego, 51, Roma, 1972, (pág. 7).

Mario Alzamora Valdez

EL DERECHO Y LA NATURALEZA DE LAS COSAS

"Tenemos que escuchar a las cosas antes de disponernos a ordenarlas".
Franza Böhm.

1. Retorno del hombre hacia las cosas

El retorno del hombre hacia las cosas, para descubrir en ellas el sentido de sus creaciones y de sus instituciones, constituye una actitud general en nuestra época que se manifiesta a través de diversos aspectos de la vida y de la cultura.

Varios siglos de racionalismo determinaron un inmenso desarrollo teórico y la formación de estructuras intelectuales que nos han ido alejando cada vez más del mundo de lo concreto.

La reacción ha surgido tanto en la poesía como en la literatura, tanto en la filosofía como en el derecho.

"Para encontrar la esencia del arte, que realmente está en la obra —dice Heidegger en su bello ensayo sobre "Arte y Poesía"— busquemos la obra real y preguntémosle qué es y cómo es". La belleza de la obra es un modo de ser de la verdad que refleja el objeto (1).

En literatura "la vuelta a la realidad es un fenómeno universal". Frente a las cosas del mundo, el escritor manifiesta "alienación" o "extrañamiento" (Brecht), "alteración de sus contactos con el mundo" (Camus, Hemingway), "abandono" en medio de una realidad hostil (Kafka) o confusión de lo ideal y lo real (Borges, Broch) (2).

Por su parte, la filosofía existencial presenta al hombre rodeado de un universo de cosas que tiene "a mano" para su utilidad y servicio.

En el ámbito del derecho se ha realizado el mismo fenómeno. Recusados los fundamentos teológicos del orden jurídico después de la Reforma, se buscó para aquél un afianzamiento racional constituido por normas universales y apriorísticas de las que se pretendía deducir todo el sistema jurídico (3).

La esterilidad de tal actitud ha sido la causa determinante del anhelo profundo de diversos sectores del pensamiento en nuestra época que buscan acercarse al mundo de las cosas (4).

2. El problema de la naturaleza de las cosas en la historia del pensamiento jurídico

Fueron los juristas romanos —a través de la jurisprudencia— quienes afirmaron con mayor claridad la relación entre el derecho y las cosas.

Los antecedentes de la doctrina sobre la "naturaleza de las cosas" se hallan en el poema didáctico de Lucrecio, para quien "rerum natura" equivalía a "legalidad universal".

Ulpiano llamó a la Jurisprudencia "rerum notitia" (estudio de las cosas); Gayo fundó su experiencia en el examen de las "res" (cosas). Para el Digesto "rerum natura" significa: universo, curso del mundo y naturaleza de las cosas (5).

Para Cicerón una "ratio profecta a rerum natura" es la regla racional suprema ínsita en la "naturaleza

1. Trad. de Samuel Ramos. Fondo de Cultura Económica. México, pg. 32.
2. "La naturaleza de las cosas como forma del pensamiento jurídico", por G. Radbruch. Versión española de Ernesto Garzón Valdés. Universidad de Córdova, 1963. Introducción de Ernesto Garzón Valdés, pg. 23.
3. Henri Batiffol. Philosophie du Droit. Presses universitaires de France, pg. 68.
4. Batiffol, ob. cit., pg. 57.
5. Radbruch ob. cit., pg. 90.

de las cosas" (6), y el entendimiento existe en el mundo y en el cielo, y no es patrimonio exclusivo de la mente humana como cree la arrogancia de los necios (7).

Para el pensamiento jurídico de Santo Tomás, inspirado en Aristóteles, el derecho natural se sustenta en la naturaleza del hombre y del mundo y es reflejo del orden impuesto por Dios al Universo. La justicia es la virtud ordenadora por excelencia, tiende a ubicar a los hombres y a los procesos sociales en el rango que les corresponde en la eterna jerarquía del ser.

En cuanto a la aplicación de las normas, los principios primeros llegan a los casos concretos en virtud de los procedimientos de deducción y determinación.

El jurista debe tener siempre presentes las particularidades de los diversos casos, esto es, "la naturaleza de las cosas". La misma regla no puede aplicarse del mismo modo a dos situaciones diferentes. Es, por ejemplo, una norma general, la que obliga al depositario a devolver a su propietario el objeto recibido en depósito, pero esa regla no puede aplicarse cuando el propietario del objeto —un arma— ha perdido la razón.

En la edad moderna, la filosofía copernicana de Kant, alejó al Derecho Natural del mundo de lo concreto, al buscar sus fundamentos en la razón del hombre. Los continuadores de Kant desenvolvieron esa tesis hasta llegar a la posición idealista objetiva de Hegel.

Según esta posisión es el hombre y no los objetos el punto de partida del ordenamiento del mundo.

Montesquieu en su obra "El espíritu de las leyes" asume una nueva posición. Las leyes, en su significación más amplia, nos dice, son "las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas".

Las leyes reconocen como fuentes y se aplican en base a la gran variedad de los hechos del mundo: hechos naturales tales como el clima, las condiciones del suelo, la situación y la extensión del país; hechos sociales, entre los que deben ser considerados las formas de vida (cazador, pastor, propietario, comerciante) número de habitantes, economía, usos, costumbres, tendencias, religión; hechos estatales y jurídicos, tales como las formas del gobierno, objetivos del legislador, grados de libertad del individuo; y "orden de las cosas" esto es: leyes religiosas y laicas.

La inducción, que reemplazó a la deducción a partir de principios preconcebidos, por un procedimiento que desde los hechos se eleve a la construcción de los órdenes estatales y jurídicos, "preparó el camino de la escuela histórica del derecho y de la ciencia del derecho comparado" (8).

Savigny subrayó el valor de la "naturaleza de las cosas" como método para resolver los conflictos de derecho internacional privado. La separación de las relaciones jurídicas en cuanto conciernen a las personas, a los bienes y a los contratos, ayudó a resolver los problemas sobre la aplicación territorial de la ley y a organizar la coexistencia de sistemas.

Savigny, ofrece además un aspecto nuevo de la naturaleza de las cosas, que no significa aquel "cuadro físico de las sociedades humanas" que imaginó Montesquieu, sino algo más complejo, "el conjunto de las relaciones de derecho" (9).

Darburg fue quien definió con precisión más lograda el concepto de "naturaleza de las cosas". "Las relaciones vitales, dijo, llevan en sí mismas, más o menos desarrolladas, su medida y su orden". Y, agregó: "ese orden inmanente de las cosas, es llamado naturaleza de la cosa. A ella tiene que volver el jurista reflexivo cuando carece de una norma positiva o cuando ésta es incompleta o confusa" (10).

Entre los tratadistas de los últimos años de la pasada centuria y de comienzos de la presente, fue Francois Geny, el que trató con mayor acierto sobre el problema.

Al examinar Geny las fuentes formales del derecho, con el propósito de subrayar la importancia del método de la libre investigación científica, sostuvo que "es absolutamente erróneo creer que toda regla jurídica debe converger alrededor de una concepción ideal, inspirando la acción y determinando su alcance. Por lo contrario, prosigue, yo considero como **a priori** incontestable que los más firmes y seguros preceptos de derecho son los que se desprenden direc-

6. Cit. por Radbruch.
7. Id. pg. 92.
8. Id. pg. 94.
9. Annales de la Faculté du Droit de Toulouse. Tome XII. Fascicule I., pg. 94.
10. Cit. por Radbruch pg. 94.

tamente de la naturaleza de las cosas, sin el intermediario de una concepción ideal que deforma siempre, de algún modo, las realidades" (11).

A la "naturaleza de las cosas", considerada como "fuente de derecho positivo" debe orientarse toda investigación jurídica, porque "las relaciones de la vida social, o más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica (a lo menos posible) llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren, por decirlo así, ellas mismas, las normas que deben regirlas" (12).

El jurista tiene el deber de interrogar a su razón y a su conciencia para encontrar en ellas las bases mismas de la injusticia; pero debe recurrir también "a la naturaleza de las cosas positivas" que forman una especie de "atmósfera de la vida jurídica exterior" (13).

En el coloquio realizado bajo los auspicios de la Universidad de Toulouse, en setiembre de 1964, sobre "La naturaleza de las cosas", Norberto Bobbio, recordó que los tratadistas italianos de Derecho Comercial de fines del siglo anterior, inspirados en la doctrina alemana, reconocieron la importancia de esa institución como fuente, en dicha rama del derecho.

Cesare Vivante en su "Tratatto di Diritto Commerciale" declaró que "cuando la regla aparece inmediatamente de la naturaleza de los hechos, debe dirigir el juicio de los jueces aunque no aparezca ni en la ley ni en la costumbre". Recordaba Vivante que "de esta naturaleza de las cosas... se alimentó continuamente el derecho civil de Roma" y que"la primera regla de toda construcción jurídica es la observación natural de los hechos" (14).

Sin embargo, otros especialistas en la misma disciplina, como Alfredo Rocco y Antonio Scialoja, recusaron la tesis de Vivante, excluyendo que se pueda admitir más fuentes que la ley y la doctrina, para calificar a la naturaleza de las cosas como medio de interpretación.

Al analizar Del Vecchio el problema de los principios generales del derecho, consideró que estos no son suficientes para colmar las lagunas, de donde deriva la necesidad de una fuente última que no puede ser otra que la "naturaleza de las cosas". De la opinión de Del Vecchio, derivó una interesante polémica en la que tomó parte activa el positivismo (15).

En el Congreso realizado en Saarbrüch en 1957, el propio Bobbio presentó una ponencia titulada "Die Natur des Sache" que ratificó en el certamen de Touluse.

Según Bobbio, "naturaleza de las cosas es una noción vaga que no ha sido analizada hasta el presente, mediante un examen amplio y escrupuloso de los textos de la jurisprudencia y de la doctrina en que se propicia su empleo" (16).

Sintetiza el citado autor su punto de vista sobre el problema de las siguientes conclusiones: "Primera.— Recurrir a la naturaleza de las cosas no difiere de de la interpretación teleológica; y segunda.— El argumento teleológico, fundado sobre la relación medio-fin, sirve para indicar los medios necesarios para realizar un fin en el caso en que el fin es dado, pero no sirve para establecerlo, lo que se obtiene exclusivamente de un juicio de valor" (17).

Las posteriores elaboraciones sobre la "naturaleza de las cosas", en sus aspectos ontológico y metodológico, según Maihofer, corresponden a los puntos de vista de la teoría apriorística del derecho de A. Reinach y de la teoría axiológica de G. Radbruc (18).

Según Reinach, los conceptos jurídicos tienen esencia y existencia, eternamente válidas, e independientes tanto del pensamiento humano, como del derecho positivo, análogas a las de los números matemáticos. La "naturaleza de las cosas" "es el conjunto de las leyes apriorísticas que constituyen la esencia de cada concepto jurídico" (19).

El análisis de dichas leyes apriorísticas nos lleva a considerarlas como "complejidades esenciales" que se encuentran en un estado de "conexión esencial".

De tal concepción surge una grave antinomia metodológica. O las esencias jurídicas son inmanentes a

11. Francois Geny. Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo. 2ª edición. Ed. Reus. Madrid, 1925, pg. 532.
12. Geny, ob. cit. pg. 535.
13. Id. pg., 539.
14. Annales cit. pg., 197.
15. Id.
16. Id. pg., 204.
17. Id. pg., 207.
18. M. Maihofer. Derecho y naturaleza de las cosas en la filosofía alemana del Derecho. Annales cit. pg., 110.
19. Id.

las cosas, y pueden ser aprehendidas, por abstracción y generalización, en cuyo caso el carácter apriorístico que se les atribuye significa una petitio principii; o son seres trascendentes, hipostasiados, en cuyo caso no podría explicarse su relación con el mundo real.

La relación entre hecho y valor origina una dificultad aún más ardua. Reinach piensa que las estructuras ontológicas del derecho no pueden dejar de ser valiosas —los valores jurídicos se confunden con tales estructuras ontológicas— pero que la norma jurídica que señala un mandato para un caso determinado es independiente de su estructura ontológica.

El mérito de Reinach ha sido, sin embargo, demostrar la existencia de un derecho apriori distinto del derecho natural y que la noción de "naturaleza de las cosas" no se reduce a un derecho naturalmente inscrito en el corazón del hombre" (20).

El relativismo axiológico que Radbruch acentuó en la primera etapa de su pensamiento sufrió un cambio notable después de la segunda guerra. En el primer período, sostuvo Radbruch que el concepto de derecho apunta hacia la justicia, idea del derecho, que es un valor "formal" cuyo contenido proviene de otros valores.

En su estudio sobre "la naturaleza de las cosas como forma del pensamiento jurídico", que data de 1948, Radbruch define tal concepto como "la significación de una relación vital de una idea de derecho", o más claramente aún como "la normatividad realizada en la facticidad" o "el valor en tanto que aparece en la realidad".

La "relación vital vinculada a la idea de derecho" no es un ente pero sí algo "vinculado a un ente" como "el sentido que corresponde a una relación vital fáctica, la expresión de una idea de derecho que se encuentra en la base de ese sentido" (21).

Para la concepción comentada, la idea de derecho lleva como elemento connotante su fundamento axiológico, con lo cual queda destruida la separación entre el "sein" y el "sollen" y entre la experiencia del objeto y la experiencia del valor (22).

En cuanto a sus alcances, en la naturaleza de las cosas, según Radbruch, se sustenta "el pensamiento jurídico histórico, nacional y conservador" (23) y, en lo que atañe a su aplicación, no se trata de "algo que valga por sí mismo" o sea "fuente alguna de derecho" sino de la "**ultima ratio** de la interpretación y de la complementación de la ley" (24).

La filosofía existencialista del derecho, en orden al problema de la "naturaleza de las cosas", pretende, derivar su existencia de la vida social del hombre y confundir "hecho" y "valor".

En su análisis sobre los fundamentos de una "teoría antropológica de las situaciones jurídicas" Maihofer identifica la "naturaleza de las cosas" con la existencia y la conciencia social que se interpenetran en tanto que "conexiones indisolubles subjetivo-objetivas" (25). Las significaciones y los valores son productos y reflejos de la conciencia social de un sujeto como integrante de un complejo inter-subjetivo.

La experiencia existencia adquiere su sentido normativo de los principios formales de "universalidad" y "reciprocidad" que no justifican por sí solos ninguna valoración.

Según E. Fechner, otro jusfilósofo eminente de nuestro tiempo, los factores que intervienen en la formación del derecho son de dos tipos: factores reales (biológicos, económicos y políticos) y factores ideales (razón, valores y sentimientos religiosos).

Los factores reales constituyen el ámbito de la facticidad y son independientes de la libertad humana, que prolonga a través de los factores ideales las soluciones jurídicas esbozadas en el campo de los hechos y se erige en norma de derecho. La "naturaleza de las cosas" constituye el punto de encuentro entre los factores reales y los ideales, entre la facticidad y la libertad.

La trascendencia de los valores se revela por una relación existencial. El hombre no crea el valor, lo descubre y al descubrirlo participa en la creación total del ser del cual forma parte.

El derecho natural, según Fechner, es obra de la creación continua del hombre en base a la "naturaleza de las cosas" en su tarea de realizar los facto-

20. Albert Brimo. Les grands courants de la Philosophie du Droit el de l'Etat. Editions A. Pedone. París, 1968. pg., 381.
21. Radbruch, ob. cit. pg., 78.
22. Maihofer, pg., 127.
23. Radbruch, pg., 67.
24. Id. pg., 79.
25. Annales, pg., 129.

res ideales cuyos valores actualizan las posibilidades de la realidad factual (26).

El más penetrante análisis realizado en estos últimos años sobre "la naturaleza de las cosas" en el derecho, corresponde a Helmut Coing.

El concepto de "naturaleza de la cosa" rebasa, según Coing, su significación literal. No se refiere únicamente a los objetos que desempeñan algún papel en nuestra vida, sino que además incluye "por una parte, la naturaleza del hombre, sus capacidades naturales, sus impulsos, sus objetivos volitivos, etc., tal como se presentan en las diversas edades de su vida, y, por otra parte, incluye la característica objetividad propia de los diversos ámbitos de la actividad y de las diversas comunidades del hombre" (27).

La "naturaleza de las cosas" vista como permanente ordenamiento de los seres y de los actos humanos, sirve de sustento a los criterios con que precisamos el contenido de la justicia.

Pero no basta para alcanzar la justicia, ordenar a los hombres y a los procesos sociales "por el procedimiento de adjudicarles el lugar que ya ocupan en el eterno orden del ser" (28) con lo cual la tarea del legislador justo sería una tarea científica, el derecho natural un reflejo de aquel orden, y su conocimiento facilitaría dar a cada uno lo suyo. Es necesario erigir una jerarquía moral, formada por valores, sobre los que se eleva la justicia y la dignidad personal del hombre apoyada en su libertad y bajo la guía de la "naturaleza de la cosa".

La dinámica del derecho realiza una permanente "adición o corrección de las situaciones fundamentales con intervención de la noción del valor, adición y corrección que dependen de la naturaleza de las cosas" (29).

En cuanto a los valores, éstos no se liberan sino progresivamente en el curso de la historia, gracias a la "naturaleza de las cosas" que es el elemento motor de su desarrollo dinámico.

El existencialismo de Sartre y la influencia marxista inciden en la tesis sustentada por Nikos Poulantzas en la obra "Nature des choses et droit" que lleva el explicativo subtítulo "Essai sur la dialectique du fait et de la valeur" (30).

Los valores son, según Poulantzas, creaciones del hombre en tanto que realiza el "proyecto libre" de su existencia. Gracias al trabajo humano, los valores penetran en las cosas, se unifican con ellas en la "naturaleza" que es fuente objetiva del derecho.

La dinámica creadora de la vida nos impulsa a una continua superación del presente en el que vamos realizando ideales y valores que incitan al desenvolvimiento del proyecto constitutivo de la existencia.

Dentro de ese "proceso dialéctico", "hecho" y "valor" significan momentos diferentes, etapas distintas y sucesivas del cambio, que debe entenderse como paso de una situación puesta a otra nueva.

El contenido del valor está constituido por la existencia auténtica del hombre que es su libertad que sólo existe en función de la libertad de otro. Tal enseñó Sartre, para quien "nuestra propia existencia no puede existir sino frente a la libertad y a la existencia de otro" (31).

La filosofía reseñada lleva en sí dos graves problemas: el del subjetivismo que se desprende de creación del valor al desarrollarse el "proyecto libre" de la existencia humana, y el de su compenetración con las cosas vigente desde Platón.

3. Conclusiones

La "naturaleza de las cosas" es una elaboración jurídica que puede considerarse, de acuerdo con la opinión de Bobbio, como concepción general del derecho, como fuente material del mismo y como medio de interpretación (32).

Esta teoría, nacida del anhelo de liberar al pensamiento de las exageraciones del subjetivismo para descubrir en el fondo mismo de las realidades las raíces del derecho, y los más adecuados justificativos para su aplicación, conduce, sin embargo, a debatir, entre otras, las cuestiones referentes a la función que

26. Nikos Poulantzas. Nature de choses et Droit. Essai sur la dialectique du fait et de la valeur. L. G. D. J. Pgns., 1965.
27. Fundamentos de la Filosofía del Derecho. Traducción castellana de Juan Manuel Mauri. Editorial Ariel, Barcelona, 1961, pg., 131.
28. Id. pg., 134.
29. Brimo, o b. cit. pg., 398.
30. Id. pg., 82.
31. Id. pg., 128.
32. Annales, cit. pg., 222.

desempeñan las cosas en la génesis del derecho y la construcción de un sistema normativo a través de los datos empíricos.

El primer interrogante se resuelve en las preguntas concretas por el significado de "cosa" y de "naturaleza" dentro del ámbito de la regulación racional de la conducta humana; y, el segundo, plantea el problema que se refiere a la relación entre hecho y valor, solucionado por la filosofía existencialista en favor de uno de esos fenómenos.

Debemos entender por "cosa" no un objeto o ser tomado en sentido general, sino la materia de la relación jurídica, en la que Radbruch ve "una realidad conceptual preformada" (33).

De modo análogo, "naturaleza" no significa "esencia" o "sentido" sino la nota especial que corresponde a cada cosa de acuerdo con la finalidad que persigue cada relación jurídica.

El legislador al crear la norma jurídica, y el juez al aplicarla, del mismo modo que el intérprete, deben descubrir la nota propia de los objetos que interesa al derecho en cada situación.

33. Id. pg., 73.

El sentido normativo de la "naturaleza de las cosas", no deriva de valores dotados de existencia objetiva que se piensan dentro de las reglas, ni de otros elaborados por el propio sujeto, sino de ese "contenido axiológico" que llevan consigo todos los seres.

Todos los seres buscan su perfección mediante la consecución de un bien que tiene razón de fin, según la enseñanza de Santo Tomás. El ser que complementa a otro es un bien para éste porque se adecúa a su fin. De ese modo, ser y bien se confunden (Ens et bonum convertantur).

De aquí se desprende que el bien (el valor, para expresarlo en lenguaje post-kantiano) que realizan las cosas, y, que, es a la vez, razón de las relaciones que se constituyen en base a ellas y de la normatividad que deriva, corresponde al plano del ser mismo.

El derecho es fruto de la razón especulativa y de la razón práctica del hombre. La primera es fuente de la elaboración teórica que realiza el jurista, la segunda de las regulaciones prácticas que establece el jurisprudente. Aquélla delínea las normas generales; ésta, traza los preceptos de aplicación que deben adaptarse a la "naturaleza de las cosas".

Lima, agosto de 1973.

Luis Bedoya de Vivanco

LAS SOCIEDADES DE ECONOMIA MIXTA *

Uno de los hechos que tipifica la historia política del presente siglo es la creciente intervención del Estado en el orden económico. En la actualidad, se reconoce universalmente que al Estado no sólo le compete una función administrativa sino que, además, debe perfeccionar, asegurar y promocionar el bienestar económico y social de la colectividad, lo que lo lleva a participar activamente en áreas o sectores que antes permanecieron reservados a la iniciativa privada. No puede hacerse cuestión de **legitimidad** respecto a la intervención estatal en la actividad económica, ya que dicha intervención es procedente si tiene por objeto realizar los fines que le son propios y si con ella no lesiona los principios de orden jurídico constitucional establecido. Tampoco puede hablarse de **extensión** de esa actividad económica, ya que no se trata de una cuestión cuantitativa (por el hecho de la intervención) sino cualitativa (por el motivo o fin de la misma). Dentro de este esquema, la intervención estatal tiene un límite: sólo será legítima la actividad económica del Estado cuando tenga por finalidad la satisfacción del interés colectivo.

Ahora bien: entre las diversas formas de intervención estatal en la actividad económica empresarial, hemos preferido el sistema de economía mixta, que constituye una fórmula intermedia entre la pura gestión estatal y la explotación privada, que busca combinar la eficacia de la actividad empresarial particular con los fines de interés general perseguidos por la administración pública.

La sociedad de economía mixta puede ser definida como una sociedad mercantil constituida por el Estado o personas de derecho público interno, de una parte, y por personas privadas, de la otra, con el objeto de desarrollar una actividad de interés social, debiendo ambos socios concurrir en la formación del capital social e intervenir conjuntamente en la gestión y administración de la empresa.

De nuestra definición ya se desprende que para llegar a la sociedad de economía mixta es necesario que concurran acumulativamente una serie de elementos. En primer lugar, el capital social debe ser aportado por ambos tipos de socios (Estado o personas de derecho público y personas privadas). Cabe hacer al respecto algunas precisiones: no habrá aporte efectivo de capital cuando la administración pública sólo confiera franquicias impositivas, primas o subvenciones, ya que en tales casos sólo estará ayudando a una entidad privada, aunque ésta sea de interés general, pero no participa en su vida de comunidad de riesgos. Los derechos que se le pudieran otorgar constituirían únicamente modos especiales de ingerencia en garantía de un derecho de crédito o del interés que justificó la contribución, tal como ya está establecido en nuestra legislación (artículo 6º del Estatuto de las Empresas Mixtas creadas por la Ley 13836 — D. S. Nº 038-OL/62 y artículo 28 del D. L. 18225). Por otro lado, si habiendo existido sociedad de economía mixta, alguno de los dos tipos de socios adquiere el íntegro del capital social, la sociedad de economía mixta dejará de ser tal por haber desaparecido el elemento estudiado.

En segundo lugar, para la configuración de la sociedad de economía mixta se requiere que, además de la coparticipación económica, sea común a ambas partes la **administración**, el **control** y los **resultados** de la empresa. Debe tenerse en cuenta que en estas sociedades, aunque el aporte estatal no sea sustantivo, la entidad pública asociada debe colaborar siempre en la dirección de la empresa. Sin embargo, se puede presentar el caso en que, en forma incidental

* Extracto de la tesis presentada por el autor para optar el grado de Bachiller en Derecho en mayo de 1972.

o por simple inversión de capitales, el Estado llegue a tomar ingerencia en la administración de una empresa. Aparentemente concurren los elementos formativos estudiados (coparticipación económica) y cogestión en la empresa), pero no es así. La situación que se produce en estos casos es una situación de hecho según la cual el Estado, en virtud de la adquisición de parte del patrimonio social de una empresa, obtiene un derecho relativo sobre la gestión administrativa. La sociedad de economía mixta, por el contrario, constituye un acuerdo de voluntades que es expresión de una situación de derecho, de principio a fin, con el propósito de permitir una relación jurídica entre el Estado y los particulares, de acuerdo con una finalidad predeterminada que no puede ser otra que el interés general. Esta relación de carácter jurídico y el objeto de interés general constituyen, respectivamente, el tercer y cuarto elemento constitutivo de la sociedad de economía mixta.

No han faltado quienes hayan negado a la sociedad de economía mixta el carácter de verdadera sociedad, sosteniendo que la divergencia de fines que persiguen las dos clases de socios afecta uno de los requisitos básicos del contrato de sociedad, cual es la concurrencia de propósitos que persiguen las partes —la affectio societatis— pues mientras el Estado pretende realizar el interés general, los particulares persiguen la obtención de utilidades. Se afirma que el principio en cuya virtud "la mayoría hace la ley" se base en la existencia de intereses comunes, de donde se infiere que en el caso de intereses distintos, ninguna decisión debe ser válida sino se adopta por unanimidad. Se ha argüido también que la sociedad de economía mixta vulnera un principio esencial del contrato: la igualdad de los socios, ya que el ente público tiene supremacía en la dirección social.

Creemos que tales razonamientos son irrelevantes. De un lado, dicha posición contiene una **petición de principio,** pues el "asociar" los intereses que se dicen contrapuestos es justamente lo que se trata de conseguir. Se ignora además que cualquier **contrato sinalagmático** no es otra cosa que una forma de coincidencia de intereses que pueden ser opuestos. Por otro lado, creemos que actualmente no se puede hablar de "affectio societatis" en su sentido primigenio, pues "l'animus societatis" es una expresión arcaica originariamente creada para ser aplicada a la sociedades de poca envergadura, de objeto muy especializado y donde cada asociado contribuía sin límites con su trabajo y medios. Por lo demás, no podemos ver a la sociedad sólo como un contrato, sino también como una **institución,** con vida y voluntad propias, en la que los derechos e intereses individuales quedan sometidos a los fines que se persiguen al formar la sociedad. En definitiva, el pacto de sociedad debe ser caracterizado por la **comunidad de fin** y no de interés. A lo dicho debemos agregar que las condiciones de **paridad** en el trato se producen al concretarse el contrato o al fijarse determinadas condiciones del pacto. Normalmente, la sociedad de economía mixta se origina por trato directo y paritario en el que el Estado fija los fines que motivan su interés y determina el objetivo a alcanzar, y el interés privado conviene en aportar su cuota parte del capital, su técnica y su habilidad gerencial, combinándose así el interés general que persigue el Estado con el interés económico que puede haber motivado al sector privado.

Debemos concluir, pues, que las sociedades de economía mixta reúnen todos los requisitos de tales: una alianza de dos fuerzas económicas, fusión de fines y unificación de actividad práctica; todo ello se alcanza básicamente en la relación jurídica de sociedad.

Existe también problema en determinar si las sociedades de economía mixta son **personas de derecho público o de derecho privado,** problema que tiene no sólo complejidad doctrinaria sino también práctica, ya que el inversionista privado podría sentir el peso del poder del Estado y tendría escasa voluntad para concurrir con su capital y, por su parte, el Estado tampoco vería con simpatía someterse a un sistema de corte comercial en que el poder está en relación con el mayor o menor aporte de capital hecho por los socios. Frente a este problema, nosotros sostenemos que las sociedades de economía mixta son personas de derecho privado, ya que no existe ninguna condición sustantiva para atribuirle personería jurídica pública. Consideramos que una sociedad es persona de derecho público interno no por el solo hecho de participar en ella el Estado, sino cuando su estructura, objetivo y funciones sean conformes con los fines estatales, cuando está destinada a satisfacer intereses públicos coincidentes con los del Estado. Hay que tener presente además que no todo interés público constituye finalidad de derecho público; no basta un fin público o de interés general para caracterizar el ente

público, si no presenta un fin específico que entra en las funciones y acción del Estado, de manera que la actividad del ente pueda considerarse en el fondo como parte de la administración pública.

Sin embargo, debe considerarse a la sociedad de economía mixta como un tipo **sui géneris** de persona jurídica de derecho privado, que comprende actividades de interés general —pues de otro modo no se explicaría la intervención del Estado— y que tiene por objeto la gestión de una empresa específicamente económica, ya que de otra manera no se entendería tampoco la participación privada.

En lo que se refiere a los **tipos de sociedad** susceptibles de ser adoptados por la de economía mixta, es evidente que no todas las formas societarias reconocidas se acomodan por igual.

La **sociedad colectiva** difícilmente se presta a que el Estado asuma la condición de socio, ya que habría de afrontar una responsabilidad limitada y solitaria y colocarse en igualdad general de derechos y obligaciones con respecto a los demás socios. Creemos que no puede admitirse que los órganos gestores de una sociedad en la que participe el Estado como socio lo comprometan ilimitadamente en los resultados de las operaciones que realicen.

Tampoco son adecuadas las **sociedades en comandita,** ya que si el Estado fuera socio colectivo, imperan las razones anteriores, y si fuera comanditario, habría el inconveniente de que no intervendría en la gastión, y no debemos olvidar que la intervención del Estado en la administración es elemento esencial de las sociedades de economía mixta.

La forma de **sociedad anónima** sí puede ser adoptada por la economía mixta, por su maleabilidad por vía estatutaria y la limitación de la responsabilidad frente a terceros.

Legalmente no podría objetarse que la sociedad de economía mixta adoptara la forma de **sociedad comercial de responsabilidad limitada,** pero a nuestro criterio este tipo societario no es el más indicado para *empresas que requieren de gran número* de inversionistas para desarrollar labores de cierta magnitud, como sí lo es la sociedad anónima, que facilita la fusión de muchos capitales y está sometida constantemente a la vigilancia de diferentes órganos de gestión que velan por los derechos de los accionistas.

Al hablar de los elementos que deben concurrir en la formación de las sociedades de economía mixta, dijimos que ambos tipos de socios debían aportar el **capital social.** En estas sociedades el capital social es de una extraordinaria importancia porque constituye la única garantía de los acreedores. No es necesario que el aporte sea en dinero; basta que comprenda cosas económica y jurídicamente valorables; pero todas las aportaciones deben ser de carácter patrimonial. En consecuencia la aportación de servicios o actividades personales, denominada genéricamente como aportación de "industria", no es susceptible de integrar el capital social por cuanto que la simple obligación de trabajar para la sociedad no hace entrar en su patrimonio un elemento valorable.

En cuanto a la **aportación de las colectividades públicas,** hay varios aspectos que deben ser examinados. En primer lugar, si la aportación la hacen en **numerario,** no hay problema; el problema aparece justamente cuando ello no ocurre. Los bienes de los entes públicos pueden ser de su dominio privado o de dominio público. Cuando la aportación que realicen consiste en **bienes de su propiedad privada** no hay más cuestiones que las que puedan surgir de la valorización de esas aportaciones. Tratándose de **bienes del dominio público,** éstos tienen por características fundamentales las de **inalienabilidad e imprescriptibilidad,** siendo relevante para los fines de nuestro análisis sólo la nota de inalienabilidad. Ahora bien: la nota de inalienabilidad se deriva de la afectación de los bienes a un servicio público, ya sea por uso directo del público o por decisión de la autoridad. La afectación actual es indispensable para que la propiedad goce de las prerrogativas del dominio público. Un bien de dominio público puede **aportarse en propiedad** a la sociedad, siendo preciso para ello la conversión previa en cosa de propiedad privada, lo cual es posible, y entonces no surge problema. Las colectividades públicas también podrían trasmitir la cosa **en propiedad con reversión al dominio público** o trasmitir sólo el **goce,** lo cual cumple la misma función. Girón Tena ha afirmado que estas últimas no son realmente aportaciones por cuanto tienen un valor económico que se esfuma al disolverse la sociedad y no sirven para satisfacer a los acreedores. Nosotros discrepamos de tal opinión ya que creemos que tales aportaciones sí tienen un valor económico perfectamente determinable, por lo que pueden integrar el capital social. En cuanto a la condición de estos aportes para responder

frente a terceros por deudas en caso de quiebra, liquidación anticipada o pasivos sobreexistentes al término de duración de la Compañía, puede estipularse la obligación del ente público de reemplazar en dinero el valor actual (al momento del hecho) del bien aportado, y hasta el límite en que se valorizó dichos bienes al momento de determinar la participación del ente público en el capital social.

Fundadamente, se ha sostenido que en las sociedades de economía mixta debe prevalecer la voluntad del socio público sobre la de los accionistas particulares. Esa preeminencia, sin embargo, debe ponerse de manifiesto en la orientación superior de la sociedad —no en la constitución da los órganos directivos— con la finalidad principal de velar por el interés general que ha motivado su participación en la empresa. Con tal objeto, la doctrina mayoritariamente reconoce a favor del socio público el **derecho de veto,** entendido como la facultad para dejar sin efecto o en suspenso las resoluciones tomadas por el Directorio o la Asamblea de accionistas que sean contrarias a las conveniencias del Estado.

El **fundamento del veto** es que como la entidad pública normalmente no dispone de mayoría en los órgano de gestión —porque estima que es mejor dejar la dirección de los negocios a los particulares— se le otorga en compensación ese poderoso derecho para los casos en que se hallare en juego el interés público.

Sin duda, determinar la **conveniencia o inconveniencia** del derecho de veto constituye un problema de gran dificultad puesto que aparentemente supone privar a las sociedades de su movilidad. Sin embargo, pensamos que el derecho de veto es necesario y no tan peligroso como aparenta ya que, al determinarse previamente la esfera de su aplicación, favorece la confianza del capital privado mejor que si el Estado reservara para sí la mayoría en el capital social, lo que, en la práctica, le otorgaría un derecho de veto ilimitado. En realidad, lo que ocurre es que existen asuntos cuya decisión tiene que ser controlada por los entes públicos asociados. De esta forma no existe veto más que con carácter suspensivo y para casos ya previstos en los estatutos.

Hemos dicho también que ambos tipos de socios deben participar conjuntamente en la **gestión o administración** de la sociedad de economía mixta. Existe aquí el problema de determinar el grado de influencia que en la gestión de la empresa corresponda al ente público asociado y a los socios particulares; debe obtenerse un **sistema administrativo** en que se encuentren representados ambos sectores en razón directa a la naturaleza de la sociedad y a los caracteres propios de cada elemento formativo, o sea, teniendo en cuenta que la representación del Estado tiene por objeto servir de moderadora y de control a la vez que imprime a la empresa la orientación necesaria para satisfacer la finalidad que el Estado tenga en vista, mientras que los elementos privados le comunican una dirección económica según sus métodos estrictamente técnico-administrativos. Y así como sostuvimos que el Estado debe tener preeminencia en la orientación superior de la sociedad, para lo cual le reconocimos el derecho de veto, creemos que son los socios particulares quienes deben tener preponderancia en la administración de la empresa para poder poner libremente en práctica su capacidad técnica y habilidad gerencial.

De acuerdo con lo dicho, estimamos que no es necesario que el Estado tenga en la **Asamblea de Accionistas** una representación proporcional al capital aportado o al número de acciones en su poder. Es más: no consideramos conveniente que la entidad pública tenga la posibilidad de hacer sentir a los demás socios el peso de su poder mediante el voto. Además, no es necesario que el Estado intervenga por medio del voto en un órgano que no es justamente el más apropiado para hacer valer las razones del interés público, ya que la facultad de veto es un medio mucho más eficaz para oponerse a toda política que sea contraria a los intereses por él representados. Al Estado le basta en la Asamblea un representante para hacer sentir su voz y para asegurar, mediante el veto el interés público eventualmente afectado. Debemos precisar, sin embargo, que dicha representación no puede ser facultativa, ya que sin la presencia del socio público quedaría anulado el vínculo mixto.

El **Consejo de Administración o Directorio** es el órgano efectivamente directivo de la Sociedad. Es aquí donde la acción privada deberá hacer valer su eficiencia administrativa y su técnica en la gestión de los negocios, razón por la cual debe tener predominio en este órgano. Por su parte, el Estado no puede faltar, no sólo para operar y mantener el equilibrio fun-

cional que ha de buscarse, sino esencialmente para servir los intereses públicos que representa.

Cada uno de los grupos **nombrará** sus representantes en el Directorio. Los directores particulares deben regirse exclusivamente por las disposiciones de la ley mercantil, sin que intervenga en esta elección la persona pública asociada. El Estado, por su parte, nombrará directamente a sus representantes.

En lo que se refiera a la responsabilidad de los directores, debemos indicar que, al menos en el marco teórico, las sociedades de economía mixta están sometidas en líneas generales a las normas mercantiles, por lo que los administradores de aquella deben ser en principio responsables de acuerdo a dichas disposiciones, lo cual es lógico tratándose de los representantes del capital privado. En el caso de las colectividades públicas, en cambio, es preciso hacer algunas distinciones: si todos los administradores de la Sociedad fueran elegidos por la Asamblea, con el voto del Estado accionista, tendríamos administradores de sociedad mercantil, en cuyo caso no puede considerarse al Estado como administrador ni recaer sobre él ninguna responsabilidad. Pero hemos dicho que el Estado debe nombrar directamente a sus representantes, y entonces éstos son propiamente mandatarios del Estado, no sólo por el hecho de ser nombrados directamente, sino por el principio de derecho (no aceptado por nuestra legislación) en virtud del cual cuando una sociedad es miembro de otra y nombra una persona en la administración de esta segunda, es aquella la administradora y no el individuo, ya que la persona jurídica tiene que valerse de personas físicas. En consecuencia, la responsabilidad de los delegados públicos subsistiría en relación con el ente público que los nombró, pero no en relación con la Sociedad. Por consiguiente, las colectividades públicas deben asumir la responsabilidad civil derivada de los actos de sus delegados administrativos, con reserva de un derecho de repetición contra los mismos.

Finalmente, se ha incorporado a nuestra legislación el principio de que los trabajadores deben participar en la propiedad, gestión y utilidades de las empresas industriales. No vemos problema alguno en lo que respecta a la participación en las utilidades, cuya justicia defendemos. Las dificultades se presentan en las sociedades de economía mixta en la cogestión y en la copropiedad (en cuanto que ésta confiere el derecho de participar en la gestión administrativa y económica). Nuestra ley tiene varias alternativas: si la sociedad de economía mixta tuviera por objeto la explotación de una industria básica o de primera prioridad declarada como estatégica para el desarrollo nacional o si fuera una sociedad mixta minera, la comunidad laboral no participaría en el patrimonio accionario de la empresa, aunque sí en la gestión; el mismo principio se aplica cuando se hubiera pactado que, al vencimiento del plazo de duración de la Sociedad, el Estado adquiera la propiedad de la empresa.

Si la sociedad de economía mixta no estuviera en alguno de los casos mencionados, la comunidad laboral tiene el derecho de participar en la propiedad y gestión de la empresa hasta alcanzar el 50%, con lo que obtiene la mayoría en el capital y en la capacidad determinante de la empresa, ya que el otro 50% se encontrará dividido entre el Estado y lo socios particulares originarios. De esta manera, por un lado el Estado se encontraría con un socio distinto a aquel con quien constituyó la Sociedad que tiene el control absoluto de la misma, aunque siempre le queda el derecho al veto; y, por otro lado, los socios originarios particulares no estarían en condiciones de aplicar libremente su técnica administrativa y capacidad gerencial. Creemos que de esta manera se estaría desvirtuando el sentido y fundamento de la economía mixta, cual es que el Estado se valga de la capacidad gerencial y técnica empresarial de aquellas personas particulares que consideró en aptitud de desarrollar ciertas actividades económicas de interés general. A esto hay que agregar que será sumamente difícil atraer a los inversionistas particulares cuando éstos corren el riesgo de perder el manejo de la empresa y, con ello, la posibilidad de perder también su capital. Por estos motivos, proponemos que en todas las sociedades de economía mixta, en cuanto se mantengan como tales, se aplique el régimen de excepción vigente para las empresas mixtas mineras y para las sociedades mixtas industriales que exploten industrias básicas o de primera prioridad.

Sergio Cardenal Montesinos

EL IMPUESTO A LA RENTA EN LA COMUNIDAD LABORAL *

I. ANALISIS DE LA RENTA COMUNITARIA

Cuestiones previas

La Comunidad Laboral implica como sistema de participación la percepción de beneficios comunitarios, es decir de réditos producidos o generados por causa de la existencia y desarrollo de esta nueva institución, por ello a tales ingresos se les denomina "comunitarios".

El concepto "renta comunitaria" significa pues el conjunto de réditos que se perciben dentro del sistema indicado. Un análisis de la renta comunitaria determinará el contenido, las categorías y la atribución de los réditos a quien constituye el sujeto pasivo del impuesto según el sistema vigente o el que proponemos.

Para analizar y aplicar sobre "la renta comunitaria" el régimen tributario referente al impuesto que nos ocupa tenemos necesariamente que revisar conceptos básicos en doctrina, especialmente sobre el sujeto pasivo, puesto que tratándose de este impuesto directo y personal es imprescindible contar a efectos de la investigación analítica con las características, clases, etc., que se establecen en la doctrina respecto al sujeto pasivo.

El enfoque principal de esta revisión en doctrina versará, principalmente, sobre las clases de sujeto pasivo a fin de obtener una noción precisa que permita dilucidar si es posible tratar a la Comunidad Laboral como un sujeto pasivo en la relación jurídico-tributaria respecto al impuesto a la renta.

Iniciaremos entonces este trabajo con un breve estudio de los elementos fundamentales de la relación jurídico-tributaria, a fin de establecerlos nítidamente en relación a nuestro tema, obteniendo el concepto de sujeto pasivo en doctrina, para luego proseguir con la crítica e investigación del sistema aplicable a la renta comunitaria de conformidad con el régimen vigente, el cual es adaptado en su aplicación a esta nueva situación jurídica y social que en el aspecto impositivo ofrece uno de los más complejos panoramas.

ELEMENTOS DE LA RELACION JURIDICO-TRIBUTARIA

Siguiendo en esta parte a Berliri (1), debemos distinguir los conceptos fundamentales que permitirán el análisis correcto de este tema. Sabemos que en el Derecho Tributario se presentan los conceptos obligación tributaria y relación jurídico-tributaria o impositiva. La obligación tributaria, como señala el autor, es el género de la que forman parte varias clases de obligaciones y no sólo la pecuniaria que suele ser la más importante económicamente hablando. De tal modo, debemos tener presente que la obligación tributaria puede o no darse en las relaciones jurídicas contempladas por las normas tributarias, y que dentro de la relación jurídico-impositiva, la obligación tributaria constituye el núcleo central de ella, es decir está implícita, actual o potencialmente dentro de ella.

Debemos entender por obligación tributaria la prestación a cargo del sujeto pasivo y a favor del sujeto activo, con la cual enriquece el segundo a costa del primero, distinguiendo así la obligación tributaria de otras obligaciones reguladas por la ley tributaria. Por otra parte, como ya se ha dicho, la obligación tributaria se encuadra siempre dentro de la relación jurídico-impositiva, aunque esta relación específica es más compleja, pues en ella no sólo se da la obligación

* Extracto de la tesis presentada por el autor para optar el grado de Bachiller en Derecho en mayo de 1973.

1. BERLIRI, Antonio. *Principios de derecho tributario, Vol. II,* Madrid, Editorial de derecho financiero, 1971.

tributaria, sino otras relaciones jurídicas, deberes y derechos de sujetos distintos a los sujetos de la obligación tributaria. Por ello, la definición del profesor italiano sobre relación jurídico-impositiva:

> "Una relación compleja producto de la unión de diversas obligaciones tributarias actuales o eventuales, a favor de un mismo sujeto activo, que derivan directa o indirectamente de una determinada situación base o de los distintos derechos, potestades o prohibiciones ligados a las mismas" (2)

nos permite apreciar que la relación jurídico-impositiva conlleva siempre la posibilidad de una obligación tributaria, la que deriva directa o indirectamente del hecho imponible, del ejercicio del derecho potestativo a favor del fisco o podrá surgir de un deber impuesto del que a su vez, nacerá obligación tributaria o derecho potestativo.

Los elementos de la obligación tributaria son la relación jurídica, los sujetos de dicha relación y el objeto de la misma.

El vínculo jurídico tiene como fuente la ley exclusivamente. Por ello, la obligación nace con independencia de las voluntades de los sujetos que intervienen, siendo de idéntica naturaleza la obligación **ex lege** de derecho privado.

Dentro del tema sobre el vínculo jurídico, como elemento de la obligación tributaria, se suscita el problema de la causa, cuya existencia y concepción son motivo de extensa polémica entre los autores; pero es conveniente, soslayando la polémica, expresar que existen dos acepciones genéricas de causa en la relación jurídico-tributaria, la de causa primera, como la que se refiere al fin público que justifica la imposición (la **ratio legis** de la norma) y una segunda acepción como causa inmediata, que significa la menor o mayor capacidad contributiva del contribuyente. La primera acepción se considera en gran parte de la doctrina como fundamento propiamente dicho de la potestad tributaria, pero que no puede hablarse en este sentido de la causa de la obligación tributaria. En cambio, la segunda acepción se admite como presupuesto para el nacimiento de la obligación tributaria; así se señala que la causa constituye únicamente el hecho jurídico previsto por el legislador para que surja la obligación tributaria, así el presupuesto de hecho sería para algunos autores la causa de la obligación tributaria, lo que equivale a identificar el concepto de causa con el concepto de presupuesto de hecho, o sea la percepción de un ingreso, la de una renta, la fabricación o la venta de mercancías, la adquisición, el consumo, etc.

Otros autores (3) opinan que no basta el supuesto de hecho sino también otro elemento que sería la voluntad de las partes, el fin del negocio jurídico, la función económico-social del mismo, etc. De todo ello, se desprende que el concepto de causa como fuente de la obligación se circunscribe a las obligaciones de carácter contractual, y así no podría hablarse de causa jurídica en la obligación tributaria cuando ésta no tenga como presupuesto el negocio jurídico, o sea que la fuente de la obligación tributaria provenga de un contrato.

En torno a la causa de la relación jurídica, Berliri la identifica como fuente de la obligación o presupuesto de hecho, considerado innecesario admitir el concepto de causa en otros sentidos (4). Sin embargo, muchos autores se ocupan amplia y profundamente de este concepto en el sentido de justificación, fundamento o nexo causal de la obligación tributaria. Creemos por nuestra parte que la extensión sobre este punto rebasa los alcances y fines de la presente tesis, concretándonos a señalar que compartimos el criterio de Amorós (5), quien sostiene la procedencia de admitir el elemento causa no sólo para los supuestos anotados, sino también la existencia de tributos causales y afirma que doctrinariamente el problema de la causa se traduce en el problema de la **fuente** de las obligaciones.

a) **Sujeto activo**

El segundo elemento de la obligación tributaria está constituido por los sujetos entre los que se produce el vínculo jurídico, los que se determinan sujeto activo, o acreedor, y sujeto pasivo, o deudor. El acreedor tributario generalmente son los entes públicos, con

2. *Idem,* página 130.

3. Griziotti, Ranelleti, Publiese, Jarach, Vanoni y Blumestein.

4. BERLIRI, Antonio. *Principios de derecho tributario, Vol. II,* Madrid, Editorial de derecho financiero, 1971, página 180.

5. *Idem,* página 203, notas al vínculo jurídico de Narciso Amorós Rica.

o sin potestad tributaria, y también pueden serlo los llamados auxiliares del ente público. El problema de la determinación de sujeto activo se resuelve cuando no esté expresamente indicado en la ley tributaria por la atribución implícita del objeto de la obligación, a favor de uno u otro ente, de acuerdo a las características del hecho generador del tributo. Como sabemos, el sujeto activo en la obligación tributaria es aquel ente de los ya indicados, que, conforme a la norma tributaria, tiene la titularidad del crédito.

b) **Sujeto pasivo**

Sobre la determinación del sujeto pasivo, Berliri impugna los criterios de Pugliese y Tesoro (6), en cuanto que son relevantes para la identificación del sujeto pasivo, caracteres tales como: la naturaleza, estado, profesión, nacionalidad, religión, edad, sexo, etc., atribuyendo estas características a la determinación del presupuesto de hecho, o sea características específicas del hecho imponible, pero nunca referentes a la teoría de los sujetos de la obligación tributaria.

En opinión de Berliri, el sujeto pasivo se determina por el carácter de deudor del impuesto, y éste se define como aquél que está obligado a entregar el objeto de la obligación tributaria al acreedor, no considerando, pues, sujeto pasivo a quien únicamente está obligado a reeembolsar al deudor, o a quien está obligado a la prestación por obligación diversa, como es el caso del flador o garante. Sin embargo, admite el carácter de sujeto pasivo de la obligación tributaria para el obligado como sustituto, este sujeto se distingue del deudor sustituido en tener una acción de regreso a efectos de resarcirse de la prestación a la que está obligado frente al acreedor. Es a este sujeto que le reconoce la calidad de sujeto pasivo, al igual que el deudor del tributo, en razón de que el sustituto está relacionado con el hecho imponible. La ley le reconoce un derecho de reembolso, como ya hemos dicho, y está determinado en la norma tributaria. Añadiremos que el sustituto puede ser parcial o total en la obligación.

Se señala como otra figura de sujeto pasivo al responsable, es decir al sujeto que está obligado junto a otro del que puede repetir lo pagado. El autor que citamos considera impropio atribuirle la calidad de sujeto pasivo, indicando que los responsables de la prestación jamás lo son por deuda propia, ni en parte ni en todo, y que la responsabilidad frente al acreedor deviene o de una relación personal con el deudor o de una relación con la cosa que es tomada en consideración por la norma tributaria para determinar la obligación.

En la relación jurídica de la obligación tributaria, además de los sujetos vinculados directamente por ella, podemos encontrar en algunos casos los llamados "entes de hecho", pero que a pesar de tal denominación, debemos también considerarlos como sujetos pasivos con capacidad plena o capacidad limitada cuando está expresamente atribuida o reconocida por la norma tributaria en los casos de persona colectiva o colectividad de intereses, que normalmente no reviste los caracteres típicos de persona jurídica. Todo deudor de una prestación tributaria tiene, pues, que ser reconocido en su capacidad para ser titular del derecho sobre el patrimonio o la renta objeto de la obligación tributaria.

Por esto, además de otras razones (7), consideramos que en el caso de la Comunidad Laboral no se podría hablar de "ente de hecho" con calidad de sujeto pasivo puesto que para serlo se requiere fisonomía jurídica distinta a la de persona moral, como lo es la Comunidad Laboral.

c) **El objeto del impuesto**

Cuando se habla del objeto de la obligación tributaria, la doctrina distingue del concepto de prestación, como el contenido de la obligación, del bien o la cosa que vendría a ser el objeto de esta prestación.

Dentro del concepto prestación, se les clasifica como positivas y negativas, y las primeras se traducen en obligaciones de dar y de hacer, considerándose que constituye auténtica obligación tributaria la de dar, teniendo en cuenta que ésta consiste en un traspase de riqueza desde el patrimonio del contribuyente al del sujeto activo. En cuanto a la prestación de hacer, se discute si ésta es de naturaleza tributaria equivalente a la de dar, señalándose que en algunos casos es un medio de cumplir la prestación pecuniaria y ésta sería la obligación de hacer específicamente tributaria, mientras que otras prestaciones de hacer ten-

6. *Idem*, página 208.

7. La naturaleza jurídica sui generis de esta institución no permite la analogía con los conceptos "persona colectiva" o "colectividad de intereses".

drían el carácter de accesorias de la prestación de dar, o sea que son deberes positivos que tienden a verificar el pago, con el cual se cumple la obligación tributaria. Es importante señalar adicionalmente que dentro de las prestaciones de dar, el pago puede ser en dinero o entregando otra cosa, y en lo relativo a las obligaciones de hacer, se distingue que, cuando la ley impone una prestación personal que puede ser sustituida por una prestación de dar, es esta última la que se estima como auténtica obligación tributaria.

Sobre las prestaciones negativas como un no hacer por parte del sujeto pasivo, se les atribuye más bien el carácter de limitaciones a la libertad particular y no una obligación en el sentido de obligación tributaria propiamente dicha.

LA RENTA DE LA COMUNIDAD LABORAL

En esta parte toca analizar e interpretar el régimen impositivo vigente sobre la llamada renta comunitaria. Para ello, debemos determinar, dada la especial y nueva situación, si este nuevo ente está considerado como sujeto pasivo en la obligación tributaria, y esto incluye analizar si la renta comunitaria es atribuible a ella y/o a sus miembros.

a) **Caracteres**

Se trata aquí de determinar si este nuevo ente puede ser considerado sujeto pasivo en la relación jurídico-tributaria en lo que al impuesto en cuestión se refiere (8).

8. Como se sabe, el sistema tributario de imposición a los réditos establece dos impuestos a la renta; uno, a las personas naturales, el otro a las *personas jurídicas*. Nos referimos, pues, al impuesto que recae sobre las rentas de estas últimas.
"Si los réditos de Tercera Categoría son obtenidos por sociedades de capital dichos réditos se atribuyen a las sociedades mismas que son contribuyentes con carácter definitivo, en la forma que la ley expresamente establece para ellas. En otra palabras, el impuesto a los réditos sobre las sociedades de capital grava el rédito de la Tercera Categoría que estas sociedades obtienen en forma separada y distinta del impuesto a los réditos correspondientes a las personas físicas y sucesiones indivisas que obtienen réditos de la misma categoría a través de empresas unipersonales o de sociedades de personas, incluyendo entre ellas las de responsabilidad limitada".
Dino Jarach, citado en *Impuesto a la Renta, Tomo I*, Capítulo 2, página 297 de Luis Carlos Rodrigo M.

La legislación tributaria sobre los impuestos a la renta establece un concepto especial de persona jurídica, determinando que entre los diversos tipos de personas morales que existen en el derecho peruano, únicamente aquéllas que el Decreto señala como "personas jurídicas" revisten el carácter de sujetos pasivos del impuesto a la renta de personas jurídicas. En el Capítulo III del referido Decreto Supremo, se establece quién será considerado como persona jurídica para los efectos del impuesto, siendo, por cierto, la enunciación del artículo 14º taxativa.

Los requisitos que exige tal dispositivo para considerar a un ente moral sujeto del impuesto dentro del marco territorial, es decir referido sólo a contribuyentes domiciliados, son esencialmente:

1.— Que la persona moral sea empresa y su patrimonio sea constituido por aportes dinerarios que que manifiesten en acciones, o sea lo que se entiende por **sociedades de capital.**

2.— Que, como única excepción al criterio anterior, se trate de rentas no exoneradas percibidas por asociaciones, cooperativas y fundaciones, las que por su naturaleza jurídica no tienen fines de lucro.

De los requisitos mencionados se desprende que para que una persona moral pueda ser sujeto del impuesto a la renta sobre "personas jurídicas" debe estar organizada como empresa y el manejo de la misma en razón del capital social, representado por acciones mercantiles.

Confrontada la Comunidad con el criterio de la ley tributaria citada, no reúne los requisitos que la revisten con el carácter de sujeto pasivo en el impuesto a las personas jurídicas, pues, como se ha visto en el primer capítulo, no tiene fines de lucro mercantil, no está organizada como empresa ni ejerce ella misma actividades de Tercera Categoría; desempeña más bien el papel de administradora y mandataria de los bienes e intereses comunitarios, ejerce funciones públicas delegadas por la ley. Incluso, el patrimonio que posee le pertenece en propiedad para cumplir ciertos propósitos, no pudiendo transferirlo de ninguna forma, y la administración e inversión de sus ingresos tiene limitaciones legales extraordinarias.

La legislación tributaria establece quiénes son considerados sujetos para la aplicación de los impuestos a la renta y señala taxativamente qué entes societa-

rios deben ser considerados como sujetos pasivos de este impuesto; en el inciso "c" del artículo 14º, se considera como personas jurídicas a las cooperativas, fundaciones y asociaciones, en lo que se refiera a **las rentas no exoneradas.** La norma tributaria al considerar a estos entes, cuyos fines son tradicionalmente no mercantiles, de carácter civil y de interés social, como sujetos del impuesto respecto a las rentas no exoneradas que obtuviesen, efectúa una excepción al criterio de discriminación tributaria de personalidad jurídica para los efectos del impuesto a la renta. Cabe anotar sobre este punto que el Decreto Supremo Nº 287-68-HC al incluir como sujetos del impuesto en calidad de personas jurídicas a las asociaciones, fundaciones, etc., lo hizo con el propósito de evitar la evasión tributaria al gozar estas instituciones de una exoneración subjetiva, y por ello, hubo de establecer la atribución excepcional de este carácter, pese a que estos entes no son sociedades de capital.

Las Comunidades Laborales revisten ciertos caracteres en su personalidad que permiten su clasificación dentro de un sector social **similar** al de asociaciones o cooperativas, y de esta similitud se obtendría la errónea conclusión de tenerse a las Comunidades Laborales como sujetos pasivos de este impuesto. Tal conclusión traería consecuencias que trataremos de examinar lo más ampliamente posible.

Es fácil advertir que si las Comunidades revisten el carácter de personas jurídicas (en el supuesto de ser legal la aplicación de la norma del inciso "c" del artículo 14º del D. S. Nº 287-68-HC), es decir de sujetos obligados al pago del impuesto a la renta, las participaciones y el fruto de éstas serán gravados como de Tercera Categoría; consecuentemente, el rédito que perciba el comunero deberá considerarse de Segunda o de Tercera Categoría, según se perciba, como dividendo o como reparto, y sufrirá la misma renta doble imposición, en la Comunidad y luego el gravamen que recae a la renta global del comunero como sujeto del impuesto a la renta de personas naturales. Este planteamiento sería aceptable jurídicamente cuando la Comunidad tuviese las características que tiene una sociedad mercantil cuyo capital está representado por acciones y cuyas acciones reflejan el valor proporcional de toda la riqueza de la sociedad, cuyos accionistas son únicamente aportantes de capital (su calidad está dada y sustentada únicamente en ser titular de ese aporte).

En el manejo de la sociedad rige el principio de "una acción un voto", es decir una sociedad de capital. La Comunidad no presenta características ni siquiera parecidas, pues, como ente análogo a la asociación, las decisiones son tomadas en razón de la voluntad de cada uno de sus miembros y no por las acciones que pudiesen tener éstos (9). El que la Comunidad sea socia, accionista o participante en los réditos y manejo de la empresa que la causa, no altera en lo más mínimo estos caracteres de institución legal de carácter no-mercantil.

En consecuencia, creemos que no es posible aplicar la norma excepcional a la Comunidad, por cuanto no se encuentra, ni por su origen ni por su naturaleza legal, en análoga situación jurídica de aquellos entes que el inciso "c" considera.

Claro está que, pese a cualquier similitud entre la Comunidad Laboral y estos entes, no significa que, en razón de posible analogía, se puede considerar a la Comunidad como sujeto pasivo del impuesto a las personas jurídicas por aplicación del inciso "c" del artículo 14º del Decreto citado.

Como ya hemos visto al tratar sobre el concepto de sujeto pasivo, en algunos casos tienen estos entes de hecho (o sea estas personas colectivas que no revisten los caracteres típicos de personas jurídicas para efectos tributarios) carácter de sujetos pasivos en la obligación tributaria **cuando** la norma tributaria expresamente les asigna ese carácter, esa capacidad de ser titular del patrimonio que detenta o de la renta que percibe. Es así que sólo se puede considerar a entes tales como la asociación o las cooperativas sujetos pasivos en una obligación tributaria determinada, cuando la ley tributaria les reconoce o les atribuye expresamente tal calidad. Este es el caso del inciso "c" del artículo 14º del D. S. Nº 287-68-HC. Téngase presente que sólo serán considerados como sujeto pasivo respecto a rentas del comercio o la industria.

Entonces, si de acuerdo a las reglas de interpretación del Derecho Tributario el sujeto pasivo de la obligación en cuestión, esto es, la del impuesto a la renta, se determina por la calidad expresa que el sujeto debe tener de "deudor del impuesto", es decir que tenga el carácter de contribuyente por deuda propia

9. Art. 31º del D. L. Nº 18384; art. 191º del D. S. Nº 011-71-PE.

o que lo señala la ley como el obligado directo, y no siendo un ente de hecho con capacidad tributaria, según hemos visto en párrafos anteriores, la conclusión es muy clara: la Comunidad Laboral no puede ser considerada como el sujeto pasivo de la obligación tributaria en el impuesto a la renta.

Ahora bien, esto nos lleva a señalar que, aplicando el criterio de las normas tributarias referentes a las personas colectivas que no tienen capacidad tributaria para ser sujetos pasivos, las rentas que obtenga la Comunidad deben atribuirse a sus miembros, aplicando, pues, la norma que contiene el art. 14º en sus dos últimos párrafos.

Este criterio no parece del todo adecuado para el caso que nos ocupa, pues es obvio que la referida disposición legal no tenía prevista semejante situación legal, y esto, por la sencilla razón de que los conceptos empleados por el legislador en estos dos últimos párrafos del art. 14º y en muchas otras disposiciones conexas, no corresponden de ningún modo al concepto de Comunidad Lboral, concepción totalmente nueva y de naturaleza sui generis.

Las diversas rentas comunitarias que percibe la Comunidad Laboral podrían distinguirse en dos grandes grupos: las legales y las naturales o producidas por la colocación de capitales (reinversión o inversión).

Las legales son aquéllas que las leyes de la materia señalan como porcentaje fijo de la renta neta de las empresas: en los sectores pesquero, minero y de telecomunicaciones, estas rentas legales incluyen el porcentaje sustitutorio de la participación de utilidades de la ley Nº 11672, porcentaje que también es denominado como participación líquida, no así en el caso de las Comunidades Industriales, pues el porcentaje de participación líquida debe ser entregado directamente a los trabajadores, sin intervención alguna de la Comunidad.

Respecto a este porcentaje de la renta de la empresa que tiene carácter de participación sustitutoria del anterior régimen sobre participación de las utilidades, no existe problema de aplicación, estando expresamente señalada por la ley como un beneficio social, sea cual fuere el sistema o modo de su percepción por los comuneros.

No ocurre lo mismo respecto al porcentaje de las rentas legales que se denomina "participación patrimonial", pues la ley no le atribuye categoría y tal porcentaje se traduce en adquisición de bienes de capital en la mayoría de los casos, por lo que si se prescinde del aspecto subjetivo podríamos decir que se trata de una corriente colocación de capitales. Es sobre esta renta destinada a la reinversión o inversión y sobre los réditos que tales colocaciones produzcan los hemos denominado como "réditos naturales" o "propios", que se plantea visiblemente el problema de la categorización y aplicación del impuesto a la renta, según el régimen tributario vigente.

Para esto, debemos tener presente que en todos los sectores de participación comunitaria, con excepción (que probablemente no subsista por mucho tiempo) del sector industrias, existe el sistema compensatorio, el cual implica que una fracción de la participación patrimonial sea aportada a la Comunidad de Compensación y que por esto, la renta comunitaria provenga de bienes propios de cada Comunidad Laboral y de las acciones que tenga en el patrimonio de la Comunidad de Compensación.

Entonces, tenemos que clasificar los ingresos provenientes de la **participación comunitaria** en los siguientes:

1º Participación líquida o sustitutoria del beneficio social denominado participación en las utilidades (Quinta Categoría)).

2º Participación patrimonial que constituye el porcentaje de la renta neta empresarial destinado a la inversión o la reinversión, según los casos, y que en los sectores donde existe sistema compensatorio, parte de los bienes de capital adquiridos con dicha renta legal son aportados a la Comunidad de Compensación respectiva, por lo que se debe distinguir dos subclases de bienes productores de renta natural: a) acciones, bonos y participaciones de la Comunidad laboral cuyos réditos ingresan a ella para su distribución (parcial y/o total) entre sus miembros, y b) acciones de la Comunidad de Compensación del sector a que pertenezca, cuyos réditos ingresarán al fondo de la Comunidad Laboral para luego ser repartidos conjuntamente con otros frutos.

3º Réditos naturales son los dividendos, intereses, participaciones y dietas que se generan de la participación patrimonial en sus dos formas indicadas, una proveniente de los bienes propios, o sea de la participación en el patrimonio empresarial o valores mobiliarios que tuviese la Co-

munidad Laboral, y la otra (que se da en los sectores con sistema compensatorio) rentas como dividendos de acciones que haya recibido la Comunidad Laboral de la Comunidad de Compensación. Estas acciones de la Comunidad de Compensación representan todos los valores de inversión o reinversión aportados por el conjunto de Comunidades Laborales del sector respectivo, por lo que aquellos dividendos que se entregan según las acciones de Comunidad de Compensación vienen a ser, en buena cuenta, la redistribución de los réditos de varias clases que se atribuyen a este sistema en relación a los aportes mobiliarios efectuados.

Las rentas naturales son aquéllas que provienen de la reinversión capitalizada o de la inversión en acciones y/o bonos, bienes que producirán un rédito, sea utilidad o dividendo o intereses. Estas rentas de bienes que la Comunidad detenta o posee como patrimonio comunitario están sujetas al impuesto que corresponda, sin lugar a dudas, pues no están exoneradas.

El problema que se plantea, pues, en este tipo de rentas que llamaremos "propias" o "naturales", es qué Categoría atribuirles, pues se presentan en varias formas pero con el mismo sujeto pasivo o contribuyente y por la misma razón o fundamento, mejor dicho, por la misma causa jurídica.

b) **Aplicación del impuesto**

Entramos ahora al examen de cómo se aplicaría el régimen impositivo a los réditos comunitarios, debiéndose tener presente que consideramos inapropiada la aplicación de este régimen vigente a tan imprevista situación jurídica y real, porque el sistema previsto en el Decreto Supremo Nº 287-68-HC y sus modificatorias y reglamentos no contempla en absoluto el nuevo régimen de participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas; sin embargo, es evidente el criterio oficial de aplicar a esta nueva situación el sistema vigente en base a considerar a la Comunidad Laboral como una sociedad sin personalidad jurídica para efectos del impuesto o como una comunidad de bienes, con la consecuencia de que las rentas que obtenga deberán ser atribuidas a las personas naturales que la integran. De tal modo que analizaremos la aplicación del sistema impositivo vigente bajo esta premisa, pero con el propósito de manifestar lo injusto y contradictorio a la real naturaleza del hecho imponible.

Sobre las rentas legales que percibe la Comunidad, debemos distinguir que, respecto a la denominación "líquida" sustitutoria de la participación de utilidades otorgada por la ley Nº 11672, se aplicará el régimen de Quinta Categoría (10); y sobre el porcentaje que se denomina "participación patrimonial", el cual está destinado a la reinversión en la propia empresa o en valores de instituciones financieras, no habría gravamen, en principio, pues este porcentaje se halla expresamente exonerado (11), aun en el caso de la Comunidad Industrial cuando ya se haya alcanzado el 50% en propiedad del capital social de la empresa (12), pues tal aporte ingresa al Fondo Ordinario de la Comunidad para ser distribuido como cualquier otra renta comunitaria. Debe observarse que la legislación referente a los sectores minero, pesquero y de telecomunicaciones disponen invariablemente que el porcentaje de participación patrimonial sea invertido necesariamente en valores, pese a que se haya alcanzado el 50% en la propiedad del capital.

Las exoneraciones en estos casos adolecen de falla técnica, puesto que de los textos y del espíritu de estas disposiciones se puede colegir que tales exoneraciones deberían ser permanentes o vitalicias. Sin embargo, tales exoneraciones carecen de los requisitos legales que señala el numeral VIII del Código Tributario, debiendo caducar al año de su otorgamiento.

Otro defecto de técnica que observamos es la exoneración que en algunos casos (13) se establece en forma genérica, quizá con el propósito de no dejar que esta institución social sea gravada por ningún concepto, pero a tenor de la norma contenida en la ley específica, art. 112º del D.S. Nº 287-68-HC, estará afecta al impuesto a la renta la inversión o reinversión del porcentaje patrimonial en los casos señalados.

En consecuencia de lo anterior, tenemos que, en la mayoría de los casos, estará gravada la percepción

10. D. S. Nº 171-EF, art. 1º (interpretativo del art. 17º del reglamento de D. S. Nº 287-68-HC).
11. D. L. Nº 18350, art. 24º; D. L. Nº 18384, art. 16º y 19, inc. "a"-2; D. L. Nº 18810, art. 74º; D. L. Nº 18880, art. 285º; D. L. Nº 19020, art. 98º.
12. D. L. Nº 18384, art. 19º inc. "a"-2º.
13. D. L. Nº 18810, art. 74º; D. L. Nº 18880, art. 285º; D. L. Nº 19020, art. 98º.

del porcentaje de participación patrimonial, sea en forma de acciones de la empresa por efecto de reinversión o la adquisición de títulos valores, cuya inversión no está exonerada.

Veamos, entonces, qué régimen tributario es aplicable a estas inversiones capitalizables efectuadas en la empresa a la cual pertenece la Comunidad. En primer término, se aplicaría el régimen especial del llamado impuesto a las capitalizaciones y este consiste en la aplicación del art. 77º del D.S. Nº 287-68-HC, que prescribe un impuesto definitivo del 15% sobre el monto de la renta capitalizada dentro de los seis meses de cerrado el balance y siempre que fuera asumido por la sociedad con cargo a reservas de libre disposición. En este caso, no hay lugar a impuesto a la renta sobre los réditos en especie que reciben los accionistas.

Consideramos también dentro del régimen especial del art. 77º del Decreto la capitalización que incluso está contemplada por la Ley de Comunidades Industriales (14) y que es consecuencia de la reinversión efectuada por la empresa en otras. En esta capitalización se pagarán los impuestos correspondientes según la misma ley, por lo que si se efectúa dentro del plazo del art. 77º y el impuesto es asumido por la sociedad (empresa) con cargo a reservas de libre disposición, no habrá lugar a impuesto alguno adicional por esta adquisición de capital que se considera en el régimen vigente como un dividendo en acciones. La consideración obedece a presumir que la sociedad está obligada a capitalizar dentro de los seis meses esta clase de reinversión, por el sentido de la norma del inciso "c" del art. 16º del D.L. Nº 18384, y porque la Comunidad así debe exigirlo a la empresa en resguardo de sus intereses. De otro modo se la aplicaría el régimen común a que se refiere en art. 81º del Decreto, esto es, de la aplicación de la tasa normal del 25% como pago a cuenta del impuesto a la renta, que en lo referente a dividendos, no debe exceder del 30% (15).

Es de mencionar también que, en lo referente a las capitalizaciones dispuestas por el D. L. Nº 18815 por el monto de los excedentes de revaluación de activos fijos de las empresas, las Comunidades Laborales tienen participación que estuvo expresamente exonerada por el D. L. Nº 18940.

En lo que se refiere a los réditos producidos por las acciones de la Comunidad en la empresa, a estos dividendos se les aplicaría el sistema establecido en el art. 82º del Decreto en su inciso "b", por lo que la sociedad, al momento de distribuir los dividendos correspondientes a la Comunidad, deberá retener el 25% de los mismos como pago a cuenta del impuesto a la renta de los beneficiarios, esto es, de los comuneros. Pero, conforme a los artículos 62º y 64º del mismo Decreto Nº 287-68-HC, tal renta de Segunda Categoría se considera percibida cuando se pone a disposición de los integrantes de la Comunidad. Lo mismo ocurre cuando se trate de intereses de bonos que no estuviesen exonerados, por ser réditos de Segunda Categoría, los que se consideran percibidos cuando estén a disposición de sus beneficiarios. La percepción de estos réditos se entenderá, pues, producida cuando la Comunidad, de acuerdo a los disposiciones que la rigen y conforme a las condiciones específicas que señala la ley, distribuya estos dividendos e intereses a los comuneros, los que deberán tomar en cuenta la retención efectuada en la fuente, para efectos de determinar el impuesto global a la renta que les pudiese corresponder, sino lo más probable que la mayoría de los comuneros no deba pagar impuesto alguno por no obtener monto gravable, produciéndose por tanto un derecho a solicitar la devolución del importe retenido en la fuente, esto sin perjuicio de lo dicho sobre la improcedencia de aplicación del sistema actual de imposición.

Respecto a las participaciones en las utilidades que provengan de la participación en el capital de la empresa que constituye una sociedad sin capital accionario, de acuerdo al criterio de categorización, tales utilidades serían de Tercera Categoría, y por tanto, se las consideraría distribuidas al término del ejercicio entre los socios y en el caso de la Comunidad, socia de este tipo de empresas, estas utilidades que le tocan deberían considerarse como percibidas por sus miembros automáticamente (16).

La aplicación de las normas citadas para esta clase de sujetos, los comuneros, significa en buena cuenta que éstos declaren como percibido un rédito que,

14. D. L. Nº 18384, art. 16º, inc. "c".
15. D. L. Nº 18697, art. 1º sustitutorio del art. 58º, inc. "b" del D. S. Nº 287-68-HC.
16. Arts. 28º, 62º inc. "a" y 75º del D. S. Nº 287-68-HC.

ciencia cierta, no pueden determinar en su cuantía, debido a que el sistema comunitario de distribución de utilidades provenientes del capital está reglamentado con un criterio totalmente incompatible con la atribución automática a sus miembros. Puesto que el comunero recibirá este tipo de réditos en razón a normas especiales, tales como el requisito de labor real y efectiva por un período mínimo y la percepción de tales réditos en dos formas, el 50% a prorrata y el otro tanto en razón al tiempo de servicio como comunero (17), además de no contemplarse la posibilidad de la participación compensatoria.

Es, pues, evidente la incompatibilidad en la aplicación del sistema actual de atribución de esta categoría de rentas con el sistema legal que prescribe las leyes de Comunidades Laborales, por lo menos en lo que se refiere a la distribución de estos réditos en la etapa previa a la emisión de acciones comunitarias, emisión que tendrá lugar cuando la Comunidad Laboral obtenga el 50% de la participación del capital de la empresa, y aun cuando alcanzada la etapa de distribución de los beneficios como "dividendos" de acciones comunitarias, la aplicación del sistema vigente sería desventajosa e irreal porque la distribución de los réditos que fueron generados en la fuente y entregados a la Comunidad previa retención en los casos pertinentes, no serán íntegramente distribuidos entre los comuneros, puesto que la Comunidad debe reservar porcentajes de estos réditos para fines sociales y culturales, así como sufragar los gastos de su actividad representativa; por tanto, lo que según las normas de atribución debe recibir cada comunero es diferente a lo que realmente recibirá y el porcentaje de impuesto retenido en la fuente no guarda proporción con el monto a distribuirse entre los comuneros, por lo que puede advertirse que ese 25% retenido a los dividendos, por ejemplo, al momento de prorratearse el pago a cuenta resultará que en proporción con lo que realmente se recibe por cada comunero es mucho mayor.

Ahora bien, si tratamos el caso de la mayoría de Comunidades Laborales, las que no sólo están sujetas al sistema antes referido, sino también al sistema compensatorio en la participación patrimonial y los frutos de la misma, tendremos aun mayores dificultades y problemas insolubles sobre la atribución de las rentas, el carácter de las exoneradas, las retenciones efectuadas, etc.

Veamos sobre lo referente a las exoneraciones, puesto que éste es uno de los aspectos más importantes en las rentas comunitarias, si se considera que por un lado el legislador ha concedido exoneraciones en razón de la titularidad de la Comunidad en algunas rentas, y por otro, ha dispuesto que las inversiones o reinversiones obligatorias se efectúen en valores que gozan de exoneración.

Según el sistema impositivo en vigencia, los sujetos pasivos están obligados a declarar todas las rentas que obtuviesen aun las exoneradas, de tal modo que, respecto a los comuneros, se presenta el problema insoluble de la determinación precisa de los réditos exonerados que le corresponde atribuirse como percibido, puesto que, como hemos señalado repetidamente, el rédito que percibe el comunero por participación en la renta comunitaria, es decir en la parte del Fondo Ordinario que se repartirá anualmente, tiene una sola naturaleza o denominación y no podría discriminarse qué porcentaje de este rédito corresponde a dividendos o intereses exonerados, lo que en gran mayoría de casos ocurre, pues, en las Comunidades de todos los sectores, el legislador ha dispuesto la inversión del porcentaje de participación patrimonial en valores de COFIDE, cuyos réditos están exonerados.

Además, en lo que respecta al sistema compensatorio, la redistribución de los aportes patrimoniales integrados en muchos casos por títulos valores que representan reinversiones exoneradas, no podrán discriminarse de aquéllos que no lo están, puesto que la Comunidad de Compensación por todos los valores que reciba, emitirá acciones representativas de ese patrimonio, distribuyéndolas entre las Comunidades miembros, por lo que no sería posible distinguir qué réditos de dichas acciones de compensación proceden de títulos valores exonerados, y que por lo mismo, sus réditos están exonerados.

Según la legislación de la materia, parte considerable de las rentas comunitarias denominadas "naturales" (para distinguirlas de las legales) en los sectores en que existe el sistema compensatorio, corresponde a la Comunidad de Compensación, con cargo a la distribución en base a criterios especiales. Estas rentas naturales que entran en el sistema de compensación

17. D. L. Nº 18384, art. 14º inc. "c"; D. L. Nº 18350, art. 27º; D. L. Nº 18810, art. 96º; D. L. Nº 18880, art. 305º; D. L. Nº 19020, art. 120º.

pueden ser también exoneradas o no, según la fuente de que procedan, y por obra de la redistribución compensatoria a que son sometidas, se nos presenta el mismo problema de distinguir qué porcentaje de las mismas son exoneradas cuando son repartidas como dividendos de las acciones de la Comunidad de Compensación a cada Comunidad Laboral y más aún, cuando son percibidas por cada comunero.

De otro lado, de acuerdo a la función compensatoria que ejecuta la Comunidad de Compensación al redistribuir todas las rentas obtenidas a través de todas la Comunidades Laborales del sector a que pertenezca, resulta que cada comunero podría recibir una renta mayor o menor a la que le tocaría según el ingreso total de su Comunidad Laboral, pues bien, en el supuesto que se hubiese retenido en la fuente el 25% por dividendos y éstos correspondan a la Comunidad de Compensación por ser ésta la titular de las acciones, se nos presenta la imposibilidad de poder determinar cuál sería esa renta en dividendos que, redistribuida conjuntamente con otras de diversa categoría y que pudiesen estar exoneradas, es percibida finalmente por el comunero, quien es en definitiva el sujeto pasivo del impuesto a la renta.

En consecuencia, el comunero, quien resulta el auténtico sujeto pasivo en el impuesto a la renta comunitaria, se hallaría en la imposibilidad de declarar los diferentes réditos provenientes de la participación patrimonial y su cuantía, así como deducir las rentas exoneradas que reciba de la Comunidad Laboral y de la Comunidad de Compensación, a través de la primera.

La improcedencia, por lo injusto e inadecuado de aplicar el sistema vigente a los réditos comunitarios, toma mayor relieve e importancia si se consideran las características, condiciones y el peculiar sistema legal establecido por las leyes de Comunidades Laborales. En el sistema de participación comunitaria, el comunero percibe dos tipos de renta, una correspondiente a la participación líquida y la otra constituida por la participación patrimonial. Dentro de esta última se pueden dar varias clases de rentas, tales como dividendos, en especie y dinero, intereses o simples utilidades, pudiendo tener el carácter de exoneradas, según la fuente de que provengan. El sistema actual de imposición a estas clases de renta prevé tratamientos distintos y tasas diferentes, pero en el sistema comunitario la percepción de estos réditos de la participación patrimonial por parte del comunero, no admite discriminación respecto a qué porcentaje de lo que él recibe corresponda a qué clase de rédito o al carácter de exonerado que pudiese tener.

Finalmente, y pese a nuestra atingencia sobre lo improcedente del actual régimen a este sistema de participación de los beneficios de las empresas, creemos oportuno, en vía de agotar el análisis que nos hemos propuesto en este capítulo, tratar la cuestión sobre si el sistema compensatorio implica una generación de renta entre la Comunidad de Compensación y los comuneros de las Comunidades Laborales que sean miembros de aquélla. El planteamiento obedece a que como ya hemos visto, el sistema compensatorio significa aportes de valores, o sea de bienes que producen renta, de las Comunidades Laborales a la Comunidad de Compensación respectiva, la cual conforme a su función legal, percibe los réditos de que generan estos aportes y los redistribuye entre todas las Comunidades Laborales aportantes.

El análisis de este mecanismo arroja como resultado que las rentas redistribuidas por la Comunidad de Compensación son las mismas que produjeron por la colocación de capitales que ésta mantiene en su poder en mérito a los aportes indicados, y en consecuencia, al redistribuirlas a las Comunidades miembros, de acuerdo al criterio de compensación, no se produce rédito alguno, no existiendo, pues, hecho imponible en la redistribución. En este sistema compensatorio se da situación parecida a la de las sociedades anónimas que perciben dividendos y que, conforme al sistema impositivo vigente, la redistribución no estará sujeta a una segunda retención, además de no ser computable para la renta de la persona jurídica.

Sin embargo, como ya lo hemos expuesto en párrafos anteriores, la operación de redistribución en el sistema compensatorio ocasiona, al integrar indistintamente diferentes clases de réditos y hasta de categorías, la imposibilidad por parte del comunero de practicar la discriminación de estas clases y categorías de rentas que reciba a través de la Comunidad Laboral a que pertenezca, lo que a su vez impide que el sujeto pasivo pueda aplicar sobre estas rentas los diversos derechos a fin de determinar con exactitud las tasas que en definitiva le corresponda abonar al fisco, de acuerdo al sistema tributario vigente.

II. CATEGORIA DE LA RENTA COMUNITARIA

Cuestiones previas

Las características fundamentales de toda Comunidad Laboral en cuanto a su naturaleza pueden resumirse en las siguientes:

1. Es una institución de interés social, pues sus fines esenciales — el beneficio laboral y la unificación o fortalecimiento de la empresa son objetivos de preferente interés para el Estado moderno de hoy. La empresa reformada con la participación laboral constituye, pues, una superestructura económica-social necesaria para un cambio que haga posible el desarrollo integral y masivo de la producción, de las colectividades productoras que son el sector más importante del país.
2. Es una persona moral que representa los intereses colectivos de los trabajadores permanentes y reales de una empresa, y esto se traduce en ser la socia legal para efectos de la participación y para el ejercicio de los derechos derivados de ésta: cogestión, propiedad sobre el capital y percepción de las utilidades.
3. Es una entidad de beneficio laboral, por cuanto dentro de sus fines esenciales está el de distribuir y compensar a los comuneros (trabajadores reales y estables), en razón a su trabajo, categoría laboral y tiempo de servicios, etc., con el patrimonio que posea de acuerdo a las leyes respectivas.

Esta primordial característica para los efectos de la presente tesis la sustentamos en las siguientes consideraciones.

Partiendo de la premisa que la prestación de trabajo subordinado es una actividad social; que la misma se da en una organización de factores interdependientes: capital y trabajo, los que constituyen la empresa, (unidad de acción que los integra); y que el factor trabajo consiste en la aportación colectiva y organizada de un grupo de trabajadores, revelando su carácter eminentemente social; interpretamos que la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas es un **derecho social.** En consecuencia, la naturaleza jurídica de la misma es la correspondiente a un beneficio social, por lo que consideramos a tal instituto o sistema como de naturaleza laboral, y por lo mismo, sujeto a las reglas de esta rama de derecho. Pues aun si por la forma y el modo en que muchas veces adopta la aplicación legal o convencional de este beneficio, aparece como una relación de carácter comercial regida por el derecho mercantil, que presupone la igualdad de los sujetos y el interés privado de los mismos, no por esta similitud en la forma deja de tener el carácter sustantivo que le imprime la actividad laboral de la cual deriva, o por cuya razón existe, legal o convencionalmente. No puede ignorarse esta naturaleza social o laboral en la participación de utilidades que analizamos, a pesar de que en su aplicación tal beneficio revista caracteres propios de los actos o convenciones de comercio y adopte sistemas de participación iguales a los establecidos en el derecho mercantil. Ello se debe a que éstos son los únicos medios legales existentes en nuestra legislación para realizar el beneficio de participar en las utilidades, aunque no sean en la mayoría de los casos los más adecuados a la verdadera naturaleza de la participación laboral de que se trata.

Fundamentando aún más nuestra afirmación sobre la naturaleza sustantiva de la participación en las utilidades que constituye toda Comunidad Laboral, nos extenderemos sobre este punto. Así, cuando la participación consiste en compartir los beneficios mas no las pérdidas que pudiese sufrir la empresa, tenemos un típico caso en que no cabe duda de la naturaleza laboral de tal participación. Si por el contrario se trata de una participación activa y pasiva, es decir los trabajadores comparten también las pérdidas del ejercicio anterior, las que se compensarán con las ganancias posteriores, de tal modo que los trabajadores corren los riesgos del capitalista, se nos ofrece el típico caso de los socios, por lo que podríamos pensar que no se trata propiamente de un derecho emergente de la calidad de trabajador, sino en este caso se da la de accionista o socio de la empresa.

Efectivamente, toda participación auténtica en las utilidades de la empresa supone una relación jurídica de sociedad, en su concepto genérico, pues el fundamento jurídico de tal derecho social es precisamente la aportación de trabajo, factor integrado en la empresa, unidad económica, y es en razón a este aporte de los trabajadores que los mismos tienen derecho a participar en los resultados de la empresa. Pero es preciso distinguir que esta relación jurídica de socios naturales, para distinguirlos de los convencionales, tiene un carácter jurídico distinto al de estos úl-

timos, es decir son socios porque su labor dentro de la organización de la empresa es un verdadero aporte de trabajo al fin u objeto de ésta, y en esto estriba el carácter de **socio industrial,** es decir de aquél que pone conocimiento o esfuerzo, labor física o intelectual en una empresa.

A esta consideración debe añadirse que el aporte de trabajo se hace colectivamente, en calidad de clase trabajadora, y por tanto, el aporte de trabajo tiene el carácter de aporte social, por lo que tiene un carácter de interés social que necesariamente debe regularse por normas de derecho distintas a las de interés privado o puramente mercantil, ya que el titular del derecho a participar en los beneficios es **un grupo de trabajadores;** pues, existe el derecho social a la participación en tanto exista una masa de trabajadores y, aunque el beneficio se individualice, el derecho es colectivo. Esto se encuentra sustentado en considerar al factor trabajo como aportación conjunta y organizada de un grupo de trabajadores, revestido de un **carácter social** que le confiere importancia equivalente al factor capital, de allí que se le confiere el derecho a participar y el especial tratamiento jurídico de éste y sus efectos, así nos lo indican las múltiples exoneraciones de los impuestos que normalmente afectaría la percepción de estos beneficios, tanto en la legislación vigente como en la antecedente (18).

Por tanto, creemos que cualquier régimen de participación colectiva en las utilidades de la empresa no modifica sustancialmente la relación jurídica que la causa: **el contrato de trabajo,** ya que el derecho a participar surge de la calidad de trabajadores, quienes, con su aporte en colaboración con el capital, producen la riqueza o beneficio de la empresa de la cual forman parte. No puede confundirse lo anterior con la relación jurídica del contrato de sociedad, pues éste implica la "affectio societatis", **la convención** con el ánimo de lucro.

Debe distinguirse que en la participación de los trabajadores, la causa jurídica de tal beneficio es el principio equitativo de **complementar las remuneraciones básicas** o mínimas **con una adicional que esté en relación directa** con los beneficios obtenidos por la empresa, los cuales, como hemos dicho, se deban a la aplicación conjunta y organizada de capital y trabajo.

Es necesario señalar que doctrinariamente la participación de los trabajadores en los beneficios de la empresa casi siempre se ha considerado como una forma especial de retribución, es decir como un salario adicional.

En conclusión, podemos agregar que la participación en las utilidades es **social** cuando la relación jurídica tiene como sujeto activo a un grupo de trabajadores, puesto que tal derecho les ha sido conferido o reconocido, sea por disposición legal o pacto, en razón de constituir una clase trabajadora, no lo es cuando la participación se establece individualmente, mediante contrato de asociación en participación, relación jurídica que no tiene, pues, carácter laboral.

Y reforzamos lo dicho en la doctrina consagrada respecto a la naturaleza de beneficio laboral que implica un sistema de participación en las utilidades de las empresas. Así, tenemos al tratadista español Hernainz Márquez, quien se ha ocupado extensamente sobre este beneficio, al cual denomina sistema, clasificando sus variedades o formas, sea por el motivo que le da origen: discrecional, contractual o legal; por si su aplicación es exclusiva o no para retribuir el trabajo: total o parcial; por si la cuantía de la participación esté fijada de antemano o a determinarse una vez obtenidos los beneficios de cada ejercicio. También clasifica al sistema de participación por el modo activo, o activo y pasivo; esto es si sólo se participa en las ganancias o también en las pérdidas de la empresa, lo cual tiene como consecuencia que ejercicios de pérdidas puedan ser compensados con los de ganancias.

Reproducimos el párrafo referente a la última clasificación, pues lo consideramos de suma importancia:

> "Aludamos, por último, a una interesante clasificación que separa la participación *inmediata* y la *diferida*. En la primera, una vez ultimado el balance, se hace entrega a los trabajadores la cantidad en metálico que les corresponda, mientras que en la diferida, el activo a su favor se aplica, bien a instituciones de previsión o ahorro, o revistiendo la interesante forma especialmente defendida a comienzos de este siglo en Francia y Bélgica, del *accionario obrero*, consistente en hacer a los trabajadores titulares de parte del capital de la empresa, constituidos por acciones de trabajo, cuyo importe se ha satisfe-

18. Las exoneraciones del impuesto a la renta a los beneficios de la participación en las utilidades en el régimen anterior al D. S. Nº 171-EF, a los impuestos de registro y timbres por D. L. Nº 19480, artículo único.

cho precisamente con los beneficios por él obtenidos" (19).

Es a esta clasificación que correspondería el sistema adoptado por el legislador peruano mediante el establecimiento de Comunidades Laborales, pero con diferencias y caracteres adicionales, tales como la coparticipación en la gestión empresarial, por lo que si bien es cierto que recoge los lineamientos básicos, la clasificación citada, este sistema, en parte **inmediato** y en parte **diferido,** tiene modificaciones sustantivas, tales como la titularidad del derecho sobre parte del capital a la Comunidad y no a los trabajadores, con la consecuencia de ser la Comunidad como ente colectivo quien participa en la propiedad del capital de la empresa, la gestión y los beneficios de la misma.

El sistema de participación en los beneficios de la empresa mediante el sistema de Comunidad Laboral difiere, pues, del arriba tratado por Hernainz Márquez, y no cabe duda que es totalmente nuevo en cuanto a sistema, pues conteniendo elementos ya consagrados en otras legislaciones, integra éstos (modificados) con otros que le confieren una naturaleza jurídica sui generis que no tiene antecedente alguno.

El nuevo sistema impuesto por el legislador actual no sólo persigue una participación en los beneficios o utilidades de la empresa, sino también una activa participación canalizada en la gestión, el manejo, la dirección de la misma, elemento que produce en las empresas de los sectores en los cuales se aplica una transformación de gran trascendencia, una radical transformación de las condiciones jurídicas de los factores que intervienen en el proceso de producción, los que otrora desempeñaban roles independientes, cuyos fines eran totalmente distintos: el trabajador, obtener un salario; el capitalista, lograr el mayor rédito neto posible de su inversión.

Al imponer la co-gestión de la Comunidad Laboral en el manejo de la empresa y otorgarle el medio legal (la adquisición de partes del capital hasta un 50%), de obtener en proporción a su participación patrimonial en el capital beneficios producidos por la empresa de la cual forma parte activa, el sistema unifica intereses totalmente ajenos anteriormente, y ello produce una dinámica eficiente en la empresa la que, lógicamente, producirá rendimientos muchos más altos. El propósito del sistema mediante Comunidades Laborales no sólo es lograr una real participación en las utilidades, también, y esto es más importante desde un punto de vista social y político, es lograr una participación en el capital y en la dirección de la empresa.

Pues bien, estas características esenciales de la Comunidad Laboral nos revelan una institución de carácter representativo y de beneficencia laboral. La representación consiste en ejercer los derechos colectivos de aquellos trabajadores a quienes beneficia y para quienes administra el patrimonio que detenta.

Pero la representación que desempeña la Comunidad no significa en modo alguno que podamos considerar que los derechos de propiedad sobre el patrimonio que tiene toda Comunidad, no sean realmente ni jurídicamente derechos de dominio, si analizamos la legislación de la materia encontraremos que toda Comunidad tiene en propiedad el patrimonio que reciba conforme al régimen prescrito para ellas. Esto se demuestra sencillamente con recordar disposiciones legales sobre la intrasmisibilidad por convenio de las participaciones en el capital o de los bonos y otros valores que se adquieran con el porcentaje respectivo, y en disposiciones que prohíben la reducción del porcentaje de participación en el capital, lo que significa que aún en los casos extremos de cese masivo de comuneros (cuando no se trate de disolución de la empresa) la Comunidad no puede disponer de ese patrimonio constituido por acciones o valores que representan su participación en el capital o en aquellas inversiones que señala la ley, para compensar a los miembros cesantes; para tal fin debe emplear el Fondo Ordinario o el Fondo Excepcional y dicha compensación tiene como límite el 50% de los recursos disponibles del fondo (20). Y esta regla que demuestra la intangibilidad de la propiedad otorgada a la Comunidad se repite y queda confirmada con la disposición del art. 19º del D. L. Nº 18977 que regula el caso de retiro masivo de comuneros por traslado de la empresa; en tal caso se computará para la compensación el valor total de los bienes de capital y si no fuese suficiente la mitad del Fondo para compensar a los cesantes, la Comunidad deberá obtener el dinero necesario para ello del Banco Industrial del Perú, median-

19. HERNAINZ MARQUEZ, Miguel. *Tratado elemental de derecho del trabajo,* página 919, sexta edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953.

20. Art. 305º, inc. b del D. L. Nº 18880; art. 96º, inc. b del D. L. Nº 18810.

te préstamos con garantía de estos bienes que detentan en propiedad.

De lo expuesto se arriba a incuestionable conclusión: la Comunidad Laboral tiene el dominio sobre los bienes o valores que reciba conforme al régimen legal aplicable, y los comuneros miembros de la misma no pueden ser considerados como los propietarios pro-indiviso de tal patrimonio. Ahora bien, este derecho de propiedad que tiene la Comunidad está sujeto a un régimen especial y en razón a sus funciones, como toda persona moral cuya capacidad de ejercicio está determinada por el objeto o fin para el cual han sido constituidas (21).

Si enfocamos el análisis desde la perspectiva del comunero, encontramos que éste no tiene la calidad tradicional de asociado, puesto que el régimen legal le atribuye derechos a percibir los beneficios que la institución le otorga siempre que posea requisitos que son propios de la relación con la empresa, su principal. De modo que no se da un status corriente a la institución y sólo respecto a ella. Ya hemos visto que para gozar de la calidad de comunero y los derechos que de la misma se derivan, es necesario que se cumplan una serie de condiciones ajenas ciertamente a las relaciones entre la Comunidad y el comunero. Estas condiciones se refieren a la prestación de servicios, es decir al trabajo realizado en relación de dependencia funcional, considerando la prestación en forma objetiva independiente incluso de la relación formal que pueda tener, pues se atiende más bien a si la prestación es estable, real y efectiva a tiempo completo, respecto a la actividad para la cual se ha instituido el beneficio de la partipación. A tal punto que la ley (22) confiere la calidad de comunero a los servidores que formalmente laboran para patrono distinto de aquélla que es el titular de la empresa cuya actividad industria, pesquera, etc. es objeto de la prestación, por las leyes de Comunidades Laborales.

El comunero ante la Comunidad tiene derechos que provienen de la prestación de servicios y no de una relación de asociado; así, el comunero no puede pretender la percepción de renta o utilidad, cuya titularidad corresponde a la Comunidad, porque no tiene derecho, o sea, cuota, parte, acción o crédito sobre el patrimonio de la Comunidad, ni aun cuando le sean entregadas las acciones comunitarias, porque las mismas no constituyen, pese a su denominación, acciones propiamente dichas, como lo hemos demostrado ya. Unicamente, pues, el comunero gozará de los beneficios de la participación comunitaria en tanto cumpla con las condiciones de prestación de servicios calificado expresamente por la ley para merecer el beneficio. Y en cuanto a la compensación al cese, ya hemos visto que ésta se recibe en cuanto se tenga la calidad de comunero que se traduce en prestación de servicios estable, real y efectiva a tiempo completo, con la limitación o tope máximo del 50% de los recursos disponibles, y esta compensación no tiene otra significación que la entrega de una suma de dinero y no de valores que conforman el patrimonio de la Comunidad, dinero que representa una participación diferida.

Si nuestro análisis anterior es correcto, entonces tendremos que considerar a la Comunidad como un ente social que, ante el impuesto a la renta, no tiene la calidad de sujeto pasivo, es decir de contribuyente directo o por deuda propia, ya que no reviste las características que exigen o están tipificadas en la ley para ser sujeto de la imposición a las personas jurídicas. Esto ya está demostrado en nuestro análisis de la venta comunitaria. Pero, además de este último, consideramos que tampoco es procedente la aplicación de las normas tributarias que se refieren a personas colectivas sin capacidad tributaria, aquéllas a las que se refiere en penúltimo párrafo del art. 14º del D. S. Nº 287-68-HC, puesto que, como lo hemos dicho, no se puede asimilar el concepto de Comunidad Laboral con el concepto de empresas o sociedades mercantiles y aplicar la regla citada, la de atribuir a sus miembros los beneficios obtenidos, considerándolos sujetos pasivos; es en nuestra opinión totalmente contradictorio a la real y jurídica situación de los comuneros frente a su Comunidad; con el mis-

21. Tengamos presente que, respecto a las personas morales, rige el principio de la especialidad respecto a sus derechos. Esto significa que cada persona moral tiene un estatuto de acuerdo a sus fines u objetivos. (Ver PLANIOL y RIPERT, *Derecho Civil Francés,* páginas 77 y ss.).

22. Art. 52º del D. L. Nº 18384 y art. 173º del D. S. Nº 011-71-PE.

Nota: De la redacción de las normas que constituyen las Comunidades, puede concluirse que el beneficio es para todos los trabajadores que laboran en la actividad comprendida por la ley, sin distinguir si los mismos están vinculados legalmente a la empresa de dicha actividad o no, criterio de interpretación que se confirma con la disposición anotada.

mo sentido objetamos la aplicación del último párrafo del art. 14º del mencionado decreto.

En consecuencia de lo demostrado, llegamos a la conclusión de afirmar el carácter de inafecta que tiene la Comunidad Laboral frente al impuesto a la renta y que las rentas que perciba, sea cuales fueren sus categorías, no pueden atribuirse a los comuneros, ya que éstos no tienen la calidad, condición jurídica, etc. que les permita recibir por el solo mérito de estar registrado como miembro de la Comunidad las rentas que percibe esta institución.

Esto significa también considerar a las rentas obtenidas por la Comunidad como ingresos no gravables en cuanto a ella y que sólo lo serían cuando fueran percibidos realmente por los comuneros y con la categoría propia de la naturaleza jurídica de la causa de tales percepciones.

CATEGORIZACION

Con los elementos de juicio y premisas anteriores, podemos ya advocarnos a definir la categoría auténtica de la renta comunitaria que no es sino la participación colectiva en los beneficios de la empresa, participación que constituye jurídicamente un beneficio laboral.

Además de la renta comunitaria denominada "participación líquida", la cual tiene expresa categorización legal al designarla como la sustitutoria del impropio sistema de participación en las utilidades existente en nuestra legislación laboral, consideramos también a todas las participaciones en las utilidades de la empresa, tanto la inmediata como las diferidas de igual naturaleza, y por tanto, de la misma categoría para efectos del impuesto directo y personal.

Como ya se ha visto al analizar las relaciones jurídicas de la Comunidad con los comuneros y con la sociedad dueña de la empresa en el Capítulo I, es en virtud al real y efectivo aporte de trabajo que un grupo de trabajadores efectúan en forma estable o permanente en una empresa que la ley otorga las participaciones en las utilidades netas de ésta. Como consecuencia necesaria de la participación legal de tipo patrimonial, se adquieren bienes que por su clase producen réditos fijos o variables; a estas rentas las hemos llamado "naturales" para distinguirlas de las "legales", pero no debe dejarse de tener en cuenta que las primeras son consecuencia de un tipo de participación legal: el patrimonial.

Estas rentas naturales, consecuencia necesaria de la participación patrimonial, tienen el mismo carácter de beneficio social, mejor dicho, de retribución equitativa al factor trabajo en la producción. La afirmación que antecede se basa en el argumento siguiente:

Es claro que objetivamente la renta producida por los bienes comunitarios sea clasificable como de Segunda o de Tercera, pero sería cometer un error considerar tales rentas desde su aspecto objetivo o formal, pues el impuesto a la renta es una imposición personal que recae sobre las rentas de un sujeto y de un sujeto físico como regla general. Por ello, es necesario atribuir una renta determinada a un sujeto y luego clasificar dicha renta en función del sujeto que la percibe. Esto quiere decir que habrá que considerar la actividad, la relación jurídica, la causa y el porqué que forman parte del hecho imponible. Hay que interpretar funcionalmente el hecho al cual se debe aplicar la legislación tributaria:

> Se encamina la Teoría de la Interpretación Funcional a descubrir el *porqué* en vez del *cómo* de la ley, es decir la ratio legis. Resulta, pues, que en este trabajo interpretativo se plantea si el fondo del problema se encuentra en la determinación de lo imponible y la aplicación del impuesto (apreciación técnica) o en la naturaleza del *hecho económico*, o en principios políticos, que pueden aclarar los límites del hecho imponible (23).

Atendiendo a la realidad económica, la causa de la fuente productora y su porqué, la calidad del beneficiario y la causa o condición jurídica necesaria para su percepción, debemos clasificar las rentas referidas en la Categoría que corresponde.

Con este criterio consideramos que la renta proveniente de la participación patrimonial es otro medio que impone la ley para determinar o fijar, quizá en forma equitativa más ajustada al concepto de participación en los beneficios, la proporción que les corresponde a los trabajadores en el producto de sus esfuerzos como socios-trabajadores de la empresa. Tales rentas por su forma u origen inmediato podrían ser catalogadas sin mayor reparo como de Segunda

23. BELAUNDE CUINASSI, Manuel. "Instituciones del Derecho Tributario", Lima, 1967, página 127.

o Tercera Categoría, pero con el criterio de interpretación funcional, atendemos esencialmente al aspecto de la condición de quién la percibe y por qué la percibe o tiene derecho a percibirla. Como se ha explicado en páginas anteriores, el sujeto es el trabajador y las percibe cuando sea comunero (con o sin acciones) y siempre que cumpla con los requisitos de **labor real y efectiva, durante un mínimo de tiempo** (relación laboral estable).

Y este criterio se fundamenta aún más cuando, del análisis del hecho imponible, esto es de la percepción del rédito comunitario por el comunero, podemos deducir que, para obtener los beneficios de la Comunidad, hay que cumplir una prestación laboral determinada y precisa, y que para establecer el monto de estos beneficios, se aplica el factor tiempo laborado (elemento que conforma el concepto de prestación laboral) y por ello, la conclusión es casi de perogrullo: el beneficio o renta comunitaria tiene como causa auténtica el trabajo en relación de dependencia.

A estos argumentos puede agregarse que la definición de la ley tributaria sobre cuáles son las rentas de Quinta Categoría comprende a estos réditos percibidos por los comuneros, puesto que, tanto el art. 34º del D. S. Nº 287-68-HC, así como el art. 17º de su reglamento, establecen como rentas de la Quinta Categoría a todas las derivadas de la relación de trabajo o de la prestación de servicios en dependencia, y como ya hemos explicado y fundamentado, todas las sumas percibidas por el comunero tienen como causa directa la prestación efectiva y estable de servicios en relación laboral. Tan es así que en cuanto deja de trabajar, cesa su calidad de beneficiario de la Comunidad; esto es, de ser comunero, subsistiendo para tal cesante el único derecho a la compensación, es decir a la percepción de la participación diferida.

Sostenemos, pues, que debe tenerse en cuenta como criterio interpretativo de la categoría a que pertenecen las rentas percibidas por los comuneros, el origen o la causa de las mismas, y conjuntamente, la finalidad de las normas que las otorgaron, máxime si estas las imponen de los modos referidos no interviniendo en todo caso la voluntad de los beneficiarios. Otra razón para fundamentar este criterio es que la legislación tributaria referente al impuesto a la renta cuando se trata de contribuyentes domiciliados, clasifica las rentas en lo que se refiere a categorías, esencialmente con criterios subjetivos, es decir la renta es de Quinta cuando proviene de prestación de servicios en relación de dependencia; es de Tercera cuando la percibe una persona jurídica aunque por la fuente productora o la "forma", sea de Primera o Segunda.

Además, debe tenerse en cuenta el antecedente de la legislación tributaria sobre el mismo impuesto, que consideraba expresamente a las participaciones en las utilidades que perciba el trabajador como imputables a la Quinta Categoría, es decir como parte integrante de su sueldo o salario (24).

A todas las consideraciones precedentes se une en sentido confirmatorio la disposición contenida en el inciso A del artículo sétimo del del muy recientemente promulgado Decreto Ley sobre el nuevo impuesto sobre las remuneraciones que lleva el número 19,839 publicado el 21 de diciembre de 1972. El anotado inciso que corresponde al precitado artículo cuya norma se refiere a las remuneraciones que no son gravadas con el impuesto a cargo de los empleadores, dice textualmente: "a) Las asignaciones anuales sustitutorias del régimen de participación de utilidades a que se refiere el artículo 7º de la ley 11672 y **las participaciones a los trabajadores otorgadas por las leyes sectoriales**".

Si interpretamos el concepto participaciones en sentido amplio, o sea como la liquida y la patrimonial, puesto que la ley no las distingue, confirmamos nuestro criterio de considerar todas las participaciones provenientes de la Comunidad Laboral, aun las que aparentemente se presentan como frutos, de una sola categoría para efectos tributarios y por supuesto de la correspondiente a las remuneraciones.

REGIMEN TRIBUTARIO PROPUESTO

Como se puede apreciar de nuestras observaciones en el Capítulo II al referirnos al régimen tributario vigente, es de urgente necesidad adecuar y legislar sobre esta nueva situación y esta nueva forma de participación, ya que no estando prevista, se produce confusiones en las que se perjudica tanto el Fisco como el contribuyente.

Por lo pronto, proponemos se legisle aclarando la calidad de inafecta en la fuente a todas las rentas

24. Art. 56 de la Ley 7904.

comunitarias percibidas por la Comunidad Laboral, puesto que esta institución las recibe para repartirlas y sólo cuando definitivamente se hayan distribuido a los verdaderos sujetos pasivos es que debería procederse a la liquidación del impuesto que corresponda. Para tal efecto, la Comunidad y sus personeros tienen que cumplir ante el Fisco una serie de obligaciones formales o de las denominadas de hacer tendientes a determinar a los beneficiarios de las rentas comunitarias, es decir las declaraciones sobre la distribución de los réditos a cada comunero; aparte de las obligaciones propias de la administración del patrimonio de la Comunidad ante la entidad fiscalizadora.

Respecto al sistema que debería aplicarse a la distribución final y percepción de los frutos comunitarios, estimamos que no es conveniente establecer retención alguna, pues si bien se trata de rentas de Quinta Categoría, no se trata de retribuciones considerables y si lo fueran, podría establecerse que el patrono computara tales participaciones comunitarias a efectos de las retenciones sobre las remuneraciones mensuales o jornales que paga a los servidores comuneros, que resultaran con este ingreso adicional anual, gravados con el impuesto a la renta de personas naturales.

En cuanto al problema de las rentas exoneradas en la fuente, creemos que la solución más equitativa sería el criterio de aplicarles la Quinta Categoría por su naturaleza, pero concediendo una tasa de deducción especial, según sea la fuente de donde provenga o se genere. Así, por ejemplo, los comuneros, cuya Comunidad percibe réditos exonerados tendrán derecho a deducir en determinado porcentaje (25) las rentas que perciban pese a que como sabemos, cuando existe sistema compensatorio, puede suponerse que las rentas que se reciban por intermedio de la Comunidad no sean precisamente las exoneradas; empero, consideramos que aún así es procedente la aplicación de la deducción, porque de esta manera, se compensaría las desventajas de la participación patrimonial impropia que casi siempre se traduce en inversiones en valores de financiación, cuya adquisición y réditos están exonerados.

La adecuación de nuestro sistema impositivo a la nueva clase de rentas de Quinta Categoría se fundamenta en la capacidad contributiva, principio básico de todo impuesto y especialmente referido al gravamen que nos ocupa, en el cual el concepto cobra toda su amplitud, debiéndose en consecuencia atender a sus dos aspectos esenciales, ya que se trata de una imposición directa y personal. El aspecto objetivo en el impuesto a los réditos lo constituye el ingreso producto de una fuente, es decir la riqueza percibida en este caso. El aspecto sujetivo significa la relación de esa riqueza producida con el sujeto que la percibe; esto en el impuesto que nos ocupa involucra la situación sujetiva del contribuyente respecto a la renta. Tal situación se traduce en la valoración para efectos de la imposición de las condiciones, del sujeto pasivo, mínimo de existencia, cargas familiares, etc.

Dentro de lo objetivo en la apreciación de la real capacidad contributiva además de otros caracteres, la doctrina (26) nos señala el de la naturaleza o calidad de la riqueza imponible, vale decir el origen de la renta, y es sobre el carácter de beneficio producido por la actividad laboral que encontramos el mayor fundamento para sustentar nuestra tesis. Y es principio generalizado en el derecho latinoamericano y en especial en el nuestro, el tratamiento especial a todas las rentas derivadas del trabajo en atención al carácter perecedero, precario e inestable de estas rentas. En consecuencia, creemos que si está demostrado el carácter de las rentas comunitarias como beneficio proveniente del trabajo colectivo, es justo atender con un tratamiento fiscal que atienda a la real capacidad contributiva de los beneficiarios, capacidad que se determina esencialmente tomando en cuenta este carácter.

Finalmente, la categorización y régimen tributario propuesto responderían a los principios de igualdad jurídica y económica ante el impuesto directo y personal por excelencia: el impuesto a la renta global de personas naturales.

Se logra la igualdad jurídica ante la imposición, pues aplicando la Quinta Categoría, los trabajadores comuneros serán sometidos al tratamiento que les corresponde a su real situación y condición, como ya se ha establecido, y económicamente gravando la percepción de las rentas comunitarias, o sea de los be-

25. El monto y escalas al respecto requerirían un estudio propio de las ciencias auxiliares de la tributación.

26. VALDEZ COSTA, Ramón. *"Curso de Derecho Tributario"* Tomo I, Montevideo 1970; p. 137.

neficiarios laborales, atendiendo a la capacidad contributiva de cada uno de los trabajadores.

Tal justicia tributaria no sería posible con el actual régimen y la aplicación de las categorías formales u objetivas sobre las rentas comunitarias, pues, es claro que, pese a tener la misma naturaleza jurídica o calidad que, como hemos demostrado provienen del trabajo, se tendría que someter a distintos tratamientos de imposición, según la fuente o forma en que se perciben y con ello, resultaría que, por el aspecto objetivo de la riqueza obtenida, unos trabajadores sería afectados con retenciones de todos modos perjudiciales y otros de la misma condición y situación no tendrían tal tratamiento en razón de diversa categoría o fuente objetivamente distinta.

CONCLUSIONES

PRIMERA.—La Comunidad laboral es una institución de Derecho del Trabajo, pero con finalidades socioeconómico y políticas, además de la primordial: el beneficio laboral.

SEGUNDA.—La participación en las decisiones y utilidades de las empresas ejercitada por esta nueva institución constituye un sistema de beneficio laboral totalmente nuevo y avanzado sin paralelo en la legislación y doctrina nacional y extranjera.

TERCERA.—Como persona moral de derecho social, pese a la calificación legal de ente de derecho privado, tiene un estatuto que determina expresamente la capacidad de goce y de ejercicio, como sujeto, excluyéndose la posibilidad de considerar su naturaleza jurídica análoga a cualquier institución de derecho colectivo, civil o mercantil.

CUARTA.—La Comunidad Laboral es también un instrumento legal para la Reforma de la Empresa en los sectores de actividad donde ha sido implantada, reforma que se logra con la participación ejercitada por este nuevo ente colectivo.

QUINTA.—Las funciones y relaciones de la Comunidad laboral indican el carácter sui generis de entidad encargada de cumplir funciones de interés social y público.

SEXTA.—La Comunidad laboral por las funciones legales que desempeña tiene el carácter de socia privilegiada en la sociedad mercantil dueña de la empresa, carácter que la ley le otorga para determinados objetivos no mercantiles que debe cumplir.

SETIMA.—Como institución de beneficio laboral tiene respecto a los trabajadores-comuneros responsabilidades de la misma naturaleza jurídica.

OCTAVA.—Como persona moral tiene derechos y obligaciones patrimoniales y extra-patrimoniales distintos y exclusivos, los que no pueden ser ejercidos ni atribuidos a sus miembros.

NOVENA.—Los comuneros no tienen jurídica ni legalmente el carácter de socios o asociados de la Comunidad laboral, son beneficiarios de ésta por su calidad de trabajadores efectivos y estables en la empresa de cuya organización forman parte.

DECIMA.—Los beneficios recibidos de la Comunidad laboral constituyen una retribución adicional a los reales y permanentes servicios en relación de dependencia funcional; retribución que significa una auténtica participación en las utilidades de la empresa. siendo pues un típico beneficio social.

UNDECIMA.—Dentro del aspecto tributario con relación al impuesto a la renta de personas jurídicas, la Comunidad no tiene la naturaleza ni otros caracteres que permitan considerarla como sujeto pasivo de este impuesto.

DUODECIMA.—Las rentas legales obtenidas por la Comunidad laboral no están afectas a imposición y tampoco pueden considerarse como percibidas o atribuibles a los trabajadores/comuneros mientras éstos efectivamente no las perciban conforme al régimen de participación. Aún en el caso de réditos que objetivamente considerados sean de tercera categoría.

DECIMOTERCERA.—El hecho imponible se verifica cuando los comuneros reciben las participaciones que les correspondan en virtud a su real y efectivo trabajo durante un lapso; causa jurídica que determina la real categoría de los réditos: quinta.

DECIMO CUARTA.—Es necesario legislar un régimen impositivo referente a los beneficios comunitarios que atienda al interés fiscal y sea adecuado a la naturaleza de estos réditos, evitándose así el perjuicio irrogado a la mayoría de los asalariados, quienes por sus bajos ingresos no resultan obviamente afectados por el impuesto a la renta global de personas naturales.

Carlos Fernández Sessarego

PLURALIDAD DE ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL DERECHO *

A través de las páginas precedentes nos hemos aproximado al "objeto" del Derecho y se le ha mostrado como un objeto cultural.

El objeto del Derecho es conducta humana en su interferencia intersubjetiva. En tanto que conducta es libertad metafísica que se exterioriza, que aparece en el mundo fenoménico. Libertad en su dimensión de coexistencia. El Derecho es, ontológicamente, libertad fenomenalizada.

Por ser libertad fenomenalizada, en su interferencia intersubjetiva, la conducta tiene una estructura estimativa, desde que todo elegir supone un preferir y todo preferir es un valorar. La conducta es la realidad que realiza valores, que encarna valores. Es sustrato o soporte de aquéllos.

Desde un punto de vista estimativo la conducta humana en su dimensión de coexistencia, en su interferencia intersubjetiva, realiza valores éticos; y, entre éstos, los llamados valores comunitarios o jurídicos.

Esta conducta, en su interferencia intersubjetiva, realizando ciertos valores, es caracterizada formalmente por el pensamiento normativo. La conducta humana como deber ser existencial es pensada, representada, en su libertad estimativa a través de una estructura de pensamiento distinto de aquel con que se enuncia al ser estático: se le piensa con una lógica del deber ser. La norma jurídica es un juicio imputativo de deber ser de carácter disyuntivo que, en uno de sus miembros, comporta una sanción.

Las normas, como juicios disyuntivos, piensan a la conducta como valiosa o desvaliosa. Un miembro del juicio disyuntivo —la endonorma— piensa a la conducta como facultad, es decir como libertad jurídica y, el otro —la perinorma—, como entuerto al que corresponde una sanción.

La facultad jurídica, como lo ha mostrado Carlos Cossío, es susceptible de una especificación: como facultad de señorío en cuanto su contenido es autónomo, no determinado por la norma, y como facultad de inordinación en cuanto su contenido es determinado heterónomamente por la norma.

La norma —en cuanto objeto lógico—, al representar a la conducta humana, la mienta encarnando valores. Las normas, como tales, son neutras al valor. Sólo se refieren a él al mentar su objeto conducta, la que, como está dicho, es ontológicamente valorativa.

La realidad jurídica es compleja. Existe una pluralidad de elementos que integran la ciencia jurídica. Y para captar adecuadamente lo "jurídico" se requiere no prescindir de ninguno de ellos. Los estratos ontológico, estimativo y lógico se exigen mutuamente

* El presente texto es la primera parte del capítulo IV del trabajo inédito intitulado *Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho* (Lima 1950, pp. 169-177) que fue presentado por el doctor Carlos Fernández Sessarego, como tesis para el Bachillerato en la Facultad de Derecho de San Marcos. En dicha tesis, obra de extrema juventud y en donde no obstante se ofrece un meditado y valioso enfoque introductorio a la filosofía del derecho, su autor, fuertemente influenciado por las concepciones de la época (la teoría egológica de Carlos Cossio en la filosofía jurídica y el existencialismo en la filosofía general) plantea desde un ángulo novedoso y original la presencia de tres elementos como integrantes indisolubles del Derecho, que sólo años más tarde y merced a la obra de Miguel Reale (*Filosofía do Direito*, São Paulo, 1953) adquiriría dimensión internacional con el nombre de teoría tridimensional del Derecho. El anticipo de esta teoría no sólo amerita la labor de su autor sino la presencia de nuestro país en la meditación jusfilosófica. Una breve referencia sobre este trabajo puede hallarse en *La filosofía del Derecho en el Perú* de Mario Alzamora Valdez; Lima 1968, pp. 121-124 (Domingo García Belaunde).

en una unidad. En la unidad del Derecho. Podemos apreciar aisladamente la conducta como libertad, las normas como pensamiento y los valores como ideales objetivos con validez propia pero, para captar lo "jurídico" en su integridad, debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad.

No hay Derecho sin conducta humana en su interferencia intersubjetiva, sin valores inmanentes a ella —sin dejar por esto de ser objetivos—, sin normas que representen a la conducta estimativa y que comportan una coacción. Podemos desplegar aquellos elementos y hacerlos tema, respectivamente, de la Ontología, la Estimativa y la Lógica jurídicas. Mas, si queremos apreciar el Derecho, "lo jurídico", tenemos que considerarlos en su inescindible unidad, en su mutua exigencia.

Como afirma Ramón M. Alsina "la demostración de esta pluralidad de elementos que integran el derecho como objeto cultural, no destruye en modo alguno la unidad de su Ser, antes bien la confirma, ya que tales elementos se exigen mutuamente formando una síntesis inescindible" (1). No existe Derecho sin conducta humana en su interferencia intersubjetiva, ni valoración sin conducta, ni conducta sin valoración, ni conducta estimativa sin una estructura lógica-gnoseológica de pensamiento que la manifieste y sirva para interpretarla.

Conducta, valor y norma. Tres categorías que en su mutua exigencia conforman "lo jurídico". Ontología, Estimativa y Lógica jurídicas, como temas de la filosofía del Derecho, haciéndose cargo de cada una de aquellas categorías, respectivamente. Del Derecho como objeto a conocer, como libertad fenomenalizada en su interferencia intersubjetiva, se ocupa la Ontología. El Derecho, como plexo de valores que se encarnan en su objeto específico —que es la conducta humana social— determinando cuáles, sean, especificando su jerarquía y sus conexiones, su cumplimiento o incumplimiento—, es tema de la Estimativa jurídica. Del Derecho como norma, como pensamiento que se refiere a un objeto que es vida humana viviente, del estudio de la estructura lógica-gnoseológica del pensamiento jurídico, se ocupa la Lógica jurídica. Más, y en esto aceptamos el punto de vista de Cossio, la Lógica jurídica comprende dos capítulos: la Lógica jurídica formal, que estudia la estructura del pensamiento jurídico, del pensamiento como pensamiento en mínima referencia a su objeto, y la Lógica jurídica trascendental que se ocupa del pensamiento jurídico ya no en su estructura formal sino con una máxima referencia a su objeto, como conocimiento, rastreándolo. Como dice el mismo autor, en la Lógica formal el pensamiento está apoyado al mínimo en el objeto y "se retrovierte sobre sí mismo para estudiarse en su estructura". En la Lógica trascendental "el pensamiento se investiga apoyado al máximo en su objeto", está guiado por su objeto y la investigación "recae en primer término sobre todos los actos gnoseológicos de aprehensión que realiza el pensamiento" (2). Y esta Lógica trascendental "supone y lleva encerrada una ubicación ontológica de la realidad jurídica" (3). La Lógica se apoya en la Ontología.

Al especificar los temas de la filosofía de la ciencia jurídica debemos distinguir con claridad los planos lógico, ontológico y estimativo, planos que, con frecuencia, se les confunde. En la Ontología jurídica lo dado son las acciones humanas, en cuanto libertad actuante, y su tema es la descripción esencial de la experiencia jurídica. En la Estimativa lo dado son los valores como objetividades en la vida humana, debiendo ella determinar cuáles son los valores jurídicos, establecer su jerarquía y conexiones, su cumplimiento e incumplimiento. En la Lógica jurídica lo dado es el pensamiento normativo, ya sea como pensamiento en sí —en su estructura formal— o como conocimiento aproximándose al máximo al objeto mentado. En el primer caso tendremos la Lógica formal y, en el segundo, la Lógica trascendental.

Tanto la Axiología o Estimativa como la Lógica jurídicas reposan en la Ontología, desde que los problemas estimativo y lógico se elaboran sobre el objeto específico del Derecho. En la Ontología cobra unidad la filosofía del Derecho.

Los valores jurídicos, al ser en cierta forma inmanentes a la conducta —desde que ella es su soporte y en ella adquieren realidad ya que la vida humana

1. ALSINA RAMON, M., Introducción a la problemática jurídica actual en Curso Colectivo de filosofía del Derecho; Bs. Aires 1943, p. 13.

2. COSSIO Carlos, La Teoría Egológica del Derecho, Bs. Aires, 1944, p. 195.

3. NIETO ARTETA, Lógica, fenomenología y formalismo jurídico, Santa Fe, 1942, p. 39.

es su ámbito y forman parte de su peculiar contextura, lo que hace que la conducta sea ontológicamente valorativa— se encuentran siempre referidos a la vida humana viviente, haciendo de ella un objeto cultural. Por eso, toda elaboración de carácter estimativo es desarrollo ulterior del planteamiento ontológico que nos muestra el objeto del Derecho como libertad actuante. El problema estimativo se elabora sobre la Ontología.

Si no cabe ontológicamente conducta sin valor, desde que éste pertenece a la contextura de aquella, Ontología y Estimativa se exigen mutuamente, conducta y valor se exigen mutuamente. Aunque es cierto que, para comprender claramente el problema estimativo del Derecho, se hace previa la tarea de mostrar, de elucidar, el problema ontológico de la libertad como conducta en su dimensión de co-existencia.

Todo pensamiento es pensamiento de algo; no cabe ontológicamente pensamiento sin objeto (4). Toda norma, como juicio disyuntivo, se refiere a una conducta, es pensamiento de una conducta en su interferencia intersubjetiva. La lógica jurídica, como está dicho, se hace cargo de la conceptuación de la conducta en tanto pensamiento y en tanto conocimiento y se apoya, asimismo, en el objeto mentado o conocido que es la conducta humana social. El objeto determina la clase de juicios con que debe ser pensado. Así, al "ser" corresponde el juicio entitativo o enunciativo y al "deber ser" existencial —a la libertad estimativa— le acomoda el juicio imputativo de deber ser. En cierta forma el pensamiento es también inmanente al objeto pensado. La Lógica jurídica, por tanto, se apoya en la Ontología al seguir el pensamiento a su objeto pensado.

Es así como la Lógica jurídica, que tradicionalmente se consideraba como Lógica del ser, fue desplazada por la Lógica del deber ser cuando el genial Hans Kelsen intuyó que el objeto del Derecho —aunque imprecisamente— era la conducta humana, un "fenómeno social" (5). El que Kelsen vislumbrara que la conducta humana era el contenido de la norma jurídica determinó que el pensamiento de este singular objeto conducta —que Kelsen no trató filosóficamente y del que tenía, como está dicho, una noción imprecisa—, originalmente situado en la Lógica del ser, fuera tratado por la Lógica del deber ser.

La vinculación entre la norma y el valor se produce por constituir la primera la representación de la conducta humana social, la que es en sí justa o injusta, que es en sí cierta seguridad o cierto orden. Ella se produce por ser la norma la representación de una conducta valiosa o desvaliosa, de una conducta realizando valores. El valor no es trascendente a la norma en el sentido que él sea una "estrella polar" que la oriente, que la guíe. El valor se relaciona con la norma a través de la conducta que lo realiza y que es pensada por la norma en este su carácter estimativo. La Lógica no se fundamenta en la Axiología —como es la opinión de cierto sector del pensamiento jusfilosófico— sino en la Ontología jurídica.

Es así como se despliegan los elementos que conforman el Derecho; elementos que se exigen mutuamente sin confundirse y que cobran unidad en el "objeto" Derecho. Conducta, norma y valor son los elementos ontológico, lógico y estimativo del Derecho que en unidad integral motivan su aparición. Y el Derecho no es ninguno de estos elementos en forma aislada. El Derecho no es conducta; el Derecho no es valor; el Derecho no es norma. El Derecho es la integración de aquellos elementos: es conducta humana en su interferencia intersubjetiva, realizando o dejando de realizar valores jurídicos, representada a través de normas que son juicios imputativos de deber ser de carácter disyuntivo.

Nota del Autor (1973). La benevolencia de los miembros del Consejo Editorial de la Revista "Derecho" hace posible la publicación de algunos breves párrafos de un trabajo presentado como tesis de Bachiller, en 1950. Escrita entre los años de 1946-1949, ella representa —como se anota en el Prólogo— una inquietud "nacida en los umbrales del aprendizaje del Derecho en los claustros de San Marcos". Inquietud por desentrañar el profundo sentido del Derecho en la vida del hombre, por intentar una respuesta, aunque provisional, "a la vieja y siempre nueva interrogante por el ser del Derecho que ... nos proporcione una visión unitaria de la disciplina a la que ofrendamos cotidianamente nuestros más caros y preciados esfuerzos".

Al repasar el texto, con la perspectiva de casi veinticinco años, reencontramos, fresca y espontánea, una antigua y terca vocación por poner el Derecho al ser-

4. PFANDER, Lógica, Bs. Aires, 1945 pp. 13, 45.

5. KELSEN HANS, La Teoría Pura del Derecho, Bs. Aires, 1946, p. 26.

vicio del hombre, como instrumento de liberación. Por contrarrestar toda construcción teórico-ideológica que desfigure y utilice al Derecho como mero "sistema normativo de dominación de unos hombres sobre otros". Tal vez por ello se expresa, también en el Prólogo, la pretensión de que el trabajo de juventud sea "parte de inquietudes del hombre actual, vivencias jurídicas desde la perspectiva histórica de nuestra época, tarea irrenunciable de una generación que vive auténticamente tiempo presente".

Las páginas que se transcriben trasuntan un esbozo de solución contraria a todo unidimensionalismo jusfilosófico. La posición que se adopta, a través de todo el trabajo, supone una crítica al planteamiento kelseniano —vigente en la época— de reducir el Derecho a una pura normatividad, así como es contraria a todas aquellas sustentaciones del Derecho Natural y a las más diversas formas de sociologismos o historicismos jurídicos. Tomando como base una fenomenología existencial y la teoría egológica, se muestra al Derecho en una triplicidad de elementos "que se exigen mutuamente", que se integran en la unidad del objeto Derecho. Es así que aparece la conducta jurídica con su tridimensionalidad. La obra tiende a presentar el Derecho inserto en la dimensión coexistencial de la vida humana. Por ello, se rechaza todo intento normativista por deshumanizarlo, por convertirlo en mera construcción. Sólo un planteamiento personalista del Derecho, al intuirlo en su unidad ontológica, permite situarlo como la tarea inacabada del hombre por conquistar la vivencia comunitaria de justicia, como solidaridad, seguridad, paz y cooperación, al servicio de su libertad radical. Sólo así es posible concebirlo como factor dinámico de la transformación y el cambio social y no como un conjunto de normas que congelan el **statu quo** imperante.

En el Perú de aquel entonces —década del cuarenta— gravitaba fundamentalmente la escuela del Derecho Natural en su versión neo-tomista, el normativismo de Kelsen y Schrier, el pensamiento de Radbruch, Stammler y Del Vecchio. Acababan de llegar las valiosas obras de Recanséns Siches y Cossio.

No se conocía la hoy tan difundida teoría tridimensional de Reale ni el perspectivismo de García Máynez, ni se habían publicado los importantísimos trabajos de Klug, Miró Quesada, Von Wright, Alf Ross, Hart, Jerome Hall y Neri Castañeda.

No es esta breve nota ocasión propicia para contrastar nuestro pensamiento actual con el de hace veinticinco años ni para destacar los errores ínsitos en las páginas que se publican, las que, por lo demás, mantienen su redacción original. Pero sí, podemos declarar que conservamos enhiesta la misma inquietud y vocación de aquel entonces, el mismo "pertinaz afán por encontrar una respuesta a la vieja y siempre nueva interrogante por el ser del Derecho . . ."

Domingo García Belaunde

LOS ORIGENES DEL HABEAS CORPUS

El Habeas Corpus es una institución muy antigua, cuya aparición parece remontarse al siglo XII. Su larga evolución y su muy estrecha vinculación con la historia política y constitucional de Inglaterra, han determinado en ese país la aparición de una extensa literatura en torno a esa garantía constitucional, y en no menor grado una similar en los Estados Unidos, a cuyo ordenamiento jurídico se incorpora en el siglo XVIII. La América Latina lo adopta a mediados del siglo XIX, pero por diversos factores que no es del caso analizar ahora, no despierta en los estudiosos el mismo entusiasmo e interés que en aquellos países. Lo poco que existe sobre la materia demuestra con poquísimas excepciones, una información histórica de segunda mano, lo que conduce necesariamente a planteamientos insuficientes y esquemáticos. A este fenómeno no escapa por cierto el Perú, en donde incluso quizá hasta se agrave. De ahí nuestro empeño en presentar aunque sea en forma sumaria la evolución histórica del Habeas Corpus desde sus más remotos orígenes hasta 1897 (cuando se incorpora al derecho positivo peruano), utilizando para tal efecto las mismas fuentes y los autores más autorizados en la materia. Todo ello va precedido de una reseña de sus antecedentes, que como es natural se remontan a la antigüedad griega y al derecho romano.

a) **La antigüedad griega.** El Habeas Corpus ha estado históricamente referido a la libertad personal o física, y a los medios de cómo ésta debe ser protegida. La idea misma de libertad es muy antigua, y en lo que respecta a Occidente, aparece por vez primera en la cultura griega, cuyos políticos, historiadores, literatos y filósofos, hicieron de ella algo fundamental para el desarrollo de la **polis,** aunque por las inevitables limitaciones que tuvieron, sólo se llegó a defender a las clases económica o socialmente dominantes. Por otro lado, y no empece al valor casi sagrado que tenía la libertad entre los griegos, el pensamiento político tendió a exaltar en forma desproporcionada el papel del Estado, subordinando al individuo frente a aquél, aunque todo ello estaba envuelto en un contexto ético-religoso que lo diferencia muy claramente de cualquier modelo contemporáneo. La misma libertad tan pregonada por Solón (1), Pericles (2) y Aristóteles (3) no impidió apartar de dicho beneficio a una mayoría de la población compuesta por metecos y esclavos, que según un conocido censo del año 309 a. C. era en Atenas no inferior a los 400,000 personas, que incluía a lidios, frigios, tracios o escitas. La misma esclavitud fue justificada teóricamente por Platón (4), Aristóteles (5), Cicerón (6) y defendida por el derecho romano. Aun en el siglo XIII, un Doctor de la Iglesia justificaba la esclavitud por naturaleza (7).

b) **Roma.** La aparición del derecho romano significa el inicio de una protección jurídica de la libertad del hombre, pero siempre dentro de las limitaciones ya señaladas y que son propias de la época (8). Es cierto que en Roma existieron ciertas figuras como la **injus vocatio** que autorizaba a emplear la fuerza contra el deudor moroso, y la **manus injectio** según

1. Citado por Fustel de Coulanges, *La ciudad antigua,* Buenos Aires 1942, p. 14.
2. Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso,* II, § 36-42.
3. Aristóteles, *Política,* 1317a ss.
4. Platón, *Leyes,* 777e (una opinión distinta puede verse en *Rep* 387b-c).
5. *Política,* 1252b ss.
6. Cicerón, *De Re Publica,* III.
7. *De Regimine Principum,* II, 10.
8. Cf. T. Mommsen *Compendio de Derecho Público Romano,* Madrid s/f, Ed. La España Moderna; R. von Ihering, *El Espíritu del Derecho Romano,* Madrid 1962, etc.

la cual si el condenado no pagaba la deuda, el acreedor podía conducirlo a su casa, encadenarlo **—in carcere privato—** y al término de 60 días venderlo como esclavo o matarlo (9). Más adelante, el concepto de amparo de la libertad se formaliza con la institución de los Tribunos de la Plebe, funcionarios inviolables con facultad de vetar las decisiones de los magistrados y de ejercer el **ius auxilii** para defender a los plebeyos de las acciones injustas de los patricios. Posteriormente vienen las leyes de Velerio Publicola, que prohíben las penas corporales contra los ciudadanos que han apelado al fallo del pueblo y la **custodia libera** que excluye toda prisión preventiva. Todos estos recursos tuvieron su culminación por así decirlo en el **Interdicto de Homine Libero Exhibendo,** ya en la época del Imperio (533 d. C.) que resume y sintetiza el aporte del derecho romano a la protección jurídica de la libertad (10). Conviene detenerse en el **De Homine Libero Exhibendo** tal como está recogido en el Digesto (Libro XLIII, título XXIX (11):

> "Dice el Pretor: Exhibe al hombre libre que con dolo malo retienes" (Ley 1)
> (Ait Praetor: quem liberum dolo malo retines, exhibeas) (12)

El supuesto de este interdicto (12) es la existencia de un hombre libre; ahora bien, no todos eran libres en la Roma antigua, por lo que es necesario destacar la diferencia entre libre y esclavo. Esclavo es la condición de una persona que está bajo la propiedad de otro que es su dueño **(dominus).** El esclavo nacía o llegaba a serlo por diversas razones (guerras, etc.). Los hombres libres podían ser ciudadanos, no ciudadanos, ingenuos y libertinos. El ciudadano gozaba de todas las prerrogativas **(ius civitatis);** el no ciudadano estaba regido por el **ius gentium,** es el extranjero; ingenuo es el que nace libre y nunca ha sido esclavo y liberto o libertino es el que ha sido liberado de su esclavitud legal. Toda persona que no es esclavo es libre. El interdicto por tanto, podía ser interpuesto por todo aquel que no era esclavo, que en aquella época eran todos los ciudadanos, desde que Caracalla así lo dispuso en 212 d. C.

En cuanto al "dolo" este podía ser bueno o malo. Se entiende por dolo malo los manejos fraudulentos empleados para engañar a una persona y para determinarla a dar su consentimiento en un acto jurídico (dolum malum... decipiendum alterum adhibitam, L, 1 § 2, Digesto, de dolo malo, IV 3; o sea algo deshonesto para conseguir algo deshonesto). En cambio el dolo bueno (dolus bonus) es usar subterfugios más o menos hábiles para llegar a un resultado lícito (Ulpiano, L. 1, §§ 2-3) (13).

El comentario de Ulpiano (Lib. LXXI ad Edictum) dice así:

> "próponese este interdicto amparar la libertad, esto es, para que los hombres libres no sean retenidos por nadie".

Y la Ley 2 del mismo Título señala:

> "porque no se diferencian mucho de una especie de siervos, aquellos a quienes no se les da facultad para marcharse".

Y la Ley 3, § 1:

> "Estas palabras "el hombre libre" se refieren a todo hombre libre, ya sea púber o impúber, ora varón o hembra, ya sean muchos, ya de propio, ya de ajeno derecho, porque solamente miramos esto: si es libre (hoc enim tantum spectamus, an liber sit).

Pero el que tiene a otro bajo su potestad (legítima) no se obliga por este interdicto. Así en § 7 leemos:

9. Georges Bry *Nociones de Derecho Romano,* Edit. Imp. Eléctrica, Bogotá 1912, p. 103 y ss.

10. El Interdicto en nuestro derecho es utilizado únicamente para recuperar inmuebles, lo que no sucedía en Roma. Dice Petit (*Tratado Elemental de Derecho Romano,* Ed. Albatrós. Bs. Aires 1954, p. 924) que los interdictos eran decisiones dadas por el Pretor o por el Presidente de una provincia para cortar ciertas disputas y para las cuales ordenaba o prohibía alguna cosa; era una institución pretoriana. El interdicto se aplicaba a la defensa de una serie de derechos no contemplados por la legislación general. Era una regla dictada entre dos *(inter duos edictum).* Véase Gayo *Institutas,* IV, § 140. Una de las divisiones de los interdictos los consideraba en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Este último es el que más interesa a nuestra investigación.

11. Seguimos la versión bilingüe latín-castellano de I. García del Corral, *Cuerpo del Derecho Civil Romano,* tomo III, Barcelona 1897, p. 471 y ss.

12. Sobre el Pretor en relación con el Juez inglés cf. H. H. A. Cooper *Evolución del pensamiento jurídico,* Lima 1967.

13. Cf. Petit, cit. p. 385.

"Ciertamente que si hay duda si es hombre libre o esclavo o si promueve controversia su estado, habrá que apartarse de este interdicto y se habrá de ventilar la causa de la libertad...

Y en el § 8:

"Dice el Pretor: exhibe... exhibir es presentar en público y dar posibilidad de ver y tocar al hombre...".

Y en el § 9:

"Este interdicto les compete a todos, porque a nadie se le ha de prohibir que favorezca a la libertad".

Y después de una serie de argumentaciones de carácter procesal añade:

"Este interdicto es perpetuo".

Y la Ley 4 § 2 señala:

"En ningún tiempo debe ser retenido con dolo malo un hombre libre, de tal suerte que algunos opinaron que no se ha de dar ni aun breve tiempo para exhibirlo, porque se debe responder de la pena del hecho pasado".

Este último párrafo es muy elocuente en cuanto a la prontitud que debe tener un remedio jurídico encargado de la tutela de la libertad, y cuya celeridad debe ser una de sus características más preciadas.

Es evidente que el interdicto (institución de derecho privado) es un medio de defensa de la propiedad, que es el **dominium,** pues las personas en el derecho romano podían ser objeto de propiedad, como ya se ha visto al señalar la diferencia entre libres y esclavos. Cabe llamar la atención que lo que se pedía en el interdicto era sobre todo "exhibir" el **cuerpo,** no interesaba otra cosa, era una acción posesoria. Además, defendía solamente al hombre libre, es decir, sólo alcanzaba a una parte de la población. Resultó así el interdicto de alcance restringido, negado a los que no eran libres. Además se utilizaba contra actos arbitrarios de los particulares, no de la autoridad. No obstante estas limitaciones, este Interdicto marca el inicio de una serie de instrumentos legales destinados a la protección jurídica de la libertad personal, a cuyos últimos y elaborados desarrollos asistimos hoy (14).

14. El Digesto comprendía otros interdictos similares, entre ellos De Liberis Exhibendis item ducendis (Tit. XXX, Lib. XLIII, de que se exhiban y también de que se lleve uno los hijos) De Utrubi (Tit. XXXI, Lib. XLIII; para la posesión de cosas muebles) etc.; pero ninguno de ellos tiene más títulos que el aquí estudiado para ser considerado como el más remoto antecedente del Habeas Corpus. Alguna relación puede tener el interdicto romano aquí considerado con la Interdición Civil en nuestro Derecho (Código Penal, art. 32 y Código Civil art. 588).

c) **Legislación foral española.** Entre los más antiguos (15) merece citarse el Fuero de León del año 1188, que proclama la libertad como un derecho reconocido al individuo como fruto de un pacto civil entre el reino y don Alfonso IX (16). En este documento la libertad aparece en forma negativa, es decir como una limitación de los gobernantes, constituyendo una prerrogativa que a su favor debía ser observada por el Rey. Igual propósito hallamos en las Leyes de Partidas de Alfonso X el Sabio (17) en donde vemos que aunque la libertad no es definida en sí misma, se da una caracterización del tirano (Segunda Partida, Título I,Ley X) por lo que en la vía del **contrario sensu** hallamos la defensa del valor libertad.

De gran importancia es el Juicio de Manifestación de Aragón, regulado por los siguientes fueros: De Manifestationibus personarum: Aphon sus Primus Turolli (1428); Ioannes Rex Navarre Loeumtenes Alcagnicu (1436); Ioannes Secundus, Calataiubil (1461) y Fernandus Secundus, Montisoni (1510) (18). Como todo ellos son más o menos similares en cuanto a sus fines, transcribiremos únicamente algunos párrafos del primero de los nombrados:

"Cerca las manifestaciones de los presos fazederas, querientes devidament proveyr. Queremos a ordenamos, que encontinent como el apellido dado sera, el Iusticia de Aragón haya á proveyr el

15. Sobre los Fueros en general, cf. *Fuero* por Mateo Goldstein y *Fueros españoles* por Carlos Sánchez Viamonte, ambos en Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XII, pp. 766-776 y 888-902 respectivamente.

16. Cf. Carlos Sánchez Viamonte *La Libertad y sus problemas,* OMEBA, Bs. Aires 1961, p. 136 y ss.

17. Utilizamos el texto *Las Siete Partidas del muy noble Rey don Alfonso El Sabio* (glosadas por el Lic. Gregorio López) tomo I, Madrid 1843. Las partidas datan de 1254, es decir, poco tiempo después de la Carta Magna.

18. Todos ellos trascritos literalmente en castellano antiguo por Segundo V. Linares Quintana *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional,* Edit. Alfa, Bs. Aires 1956, tomo V, p. 344 y ss.

apellido, si sera en caso de provisión segun Fuero, ó denegar, sino sera en caso de provisión et providientes al abuso de los executantes la provisión de la dita manifestación. Queremos que el oficial que al preso manifestara, no pueda aquel suelto lexar andar por alguna ciudad, villa o lugar; antes sia tenido de continent, sin dilación alguna, é sin divertir á otros lugares algunos, levar el dito manifestado preso recta via á poder del dito Iusticia de Aragón; é aquel sin dilación presentar, é aquesto dius las penas del Fuero impuestas contra los oficiales delinquentes en sus oficios...".

Como dice López de Haro, citado por Linares Quintana (19) la manifestación de las personas que funcionó en el Reyno de Aragón "consistía en apartar a la autoridad de su acción contra la persona, previniendo toda arbitrariedad o tiranía en favor de los aragoneses... Se demandaba por quien, preso o detenido, sin proceso o por juez incompetente, recurría al Justicia contra la fuerza de que era víctima, y en su virtud, en ciertos casos, quedaba libre un día, aunque en lugar seguro, y si examinado el proceso, debía seguirse, el presunto reo era custodiado en la cárcel de los manifestados, donde al amparo del Justicia, esperaba sin sufrir violencia el fallo que recayera. Ese procedimiento grantizaba a las personas en su integridad y en su libertad".

Es decir, la **manifestación** era una de las libertades que gozaba el Reyno, como recurso contra todo exceso de poder; se solicitaba al Justicia quien disponía lo conveniente, con facultad de sancionar a los que resistían su mandato.

Tan sugestivo se presenta el juicio de Manifestación de Aragón, en todos los fueros ya señalados, que Linares Quintana afirma que "debe llegarse al fuero o juicio de Manifestación instituído en 1428 en el Reyno de Aragón para encontrar un real antecesor del moderno Habeas Corpus, si se tiene en cuenta que en Inglaterra recién una ley de 1640... (lo) reconoció "..." (20). Tal apreciación del distinguido constitucionalista, es sin lugar a dudas errónea, pues decir que las leyes de 1640 (sic) y las posteriores de 1679 y 1816 fueron las que crearon el Habeas Corpus, es una gruesa infidelidad histórica, pues dichas leyes lo único que persiguieron fue un perfeccionamiento procesal de lo que existía y funcionaba en el **common law** desde hacía siglos atrás, como veremos más adelante.

Hay que mencionar por último el Fuero de Vizcaya, emanado de la Asamblea General del Reyno reunida el 5 de abril de 1526 (21). Este Fuero era un reconocimiento por escrito de privilegios, franquicias y libertades existentes o que por tal acuerdo fueron reconocidos. Así se dan prohibiciones de aplicar tormento, de confiscar bienes, aun los pertenecientes a los malhechores, precisando:

> "Que ningún prestamero ni merino, ni ejecutor alguno, sea osado de prender a persona alguna, sin mandamiento de juez competente, salvo en caso de infraganti delito. Si así sucediese, y Juez competente ordenara su libertad, se le suelte, cualquiera que sea la causa o deuda porque esté preso" (Ley 26, Título XI).

Otras leyes del Fuero contenían diversas disposiciones relativas a la inviolabilidad de domicilio, expropiación, etc.

d) **Inglaterra.** El sistema inglés fue pródigo en declaraciones de derechos (22) ejemplo que más tarde

19. Cit. p. 351.

20. Op. cit. p. 344. Similar criterio comparte Rafael Bielsa *Derecho Constitucional*, Bs. Aires 1959, pág. 411, así como otros constitucionalisas.

21. Según la transcripción realizada por Sánchez Viamonte (*La Libertad y sus problemas* y *Fueros españoles*, cit.).

22. Los diversos textos que aquí utilizamos han sido tomados de Roscoe Pound, *Evolución de la libertad*, Libreros Mexicanos Unidos, México 1964, p. 131 ss.; Carlos Sánchez Viamonte *Las Instituciones Políticas de la historia universal*, Ed. OMEBA, Bs. Aires 1962; Peaslee J. *Constitution of Nations*, tomo III, The Hague 1956; Darío Herrera Paulsen *Curso de Derecho Constitucional* Lima 1970, Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, cit. tomo V; J. C. Holt *Magna Charta*, Cambridge at the University Press 1965, William F. Sindler *Magna Carta* New York 1968, Luis Sánchez Agesta *Los documentos Constitucionales y Supranacionales*, Madrid 1972, etc. Para una historia general, cf. Pontes de Miranda *História e prática do Habeas Corpus* (direito constitucional e processual comparado), 7ª ediçao, 2 tomos, Rio de Janeiro, 1972 (esta obra, por su rigor y seriedad puede ser considerada la más notable en su género escrita en América Latina). Pueden verse también C. Sánchez Viamonte *El Habeas Corpus* (la libertad y su garantía). Valerio Abeledo Editor, Bs. Aires 1927; Jorge Dangond Flores *Habeas Corpus*, Bogotá 1960, etc.

seguirían sus colonias de América. La más antigua de estas Declaraciones es la Carta de Libertades que Enrique I adoptó en el año 1100, que se refiere a casos muy concretos, aunque no contiene reporte alguno sobre la libertad corporal. El Decreto de Clarendon de 1166, es importante, pues parece ser que es el origen del Jurado compuesto por doce miembros, considerado como una de las más importantes garantías en la administración de justicia. Posteriormente en 1215, los Barones del Reino hicieron una Petición al Rey Juan sin Tierra, a fin de poner freno a sus actos arbitrarios. En uno de esos artículos (Nº 29) se decía:

> "No se podrá apresar corporalmente al hombre libre; sin el juicio de sus pares o sin el concurso de las leyes de la tierra; el hombre libre no podrá ser aprisionado ni despojado de sus tierras ni declarado fuera de la ley ni desterrado ni destruído de ninguna forma, ni el Rey podrá imponerle un castigo".

El Rey Juan sin Tierra tuvo que acceder a firmar lo que es conocido como "Magna Charta Libertatum; seu concordia inter regem Johanem et Barones pro concessione libertatum ecclesiae et regnie Angliae", un 15 de junio de 1215, "en la pequeña isla de Runnymede, en medio del río Támesis, no muy lejos de Londres" tal como dice H. H. A. Cooper (23).

El texto original en latín (bárbaro latín, dice Pontes de Miranda) dice así en su artículo 39:

> "Nullus liber homo capiatur vel imprisionetur, aut disseisietur, aut ultragetur aut exuletur, aut aliqué modo destruatur de aliquo libero tenemento suo, vel libertatibus, vel liberis consultudinibus suis, nec super eum ibimus, nec super eum in carcerem mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae".

que en la versión inglesa dice así:

> "No free man shall be taken, or imprisioned, or disseised, or outlawed, or exhiled, or in any way destroyed, nor will we go upon him, nor will we send against him, except by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land".

y que en castellano sería más o menos lo siguiente:

> "Ningún hombre libre será arrestado, o detenido en prisión, o privado de su tenencia libre, o declarado fuera de la ley, o desterrado o molestado de cualquier forma, y no procederemos contra él ni enviaremos a nadie en su contra, si no es por el juicio legal de sus pares o por la ley del país".

La Carta previó una serie de libertades con respecto a las actividades del hombre libre en diversos aspectos relacionados con el comercio, los impuestos, etc. Este documento —que es el punto de partida de todo el constitucionalismo moderno— tuvo una gran repercusión, y aunque fue varias veces violado por el Rey Juan, y suspendido otras tantas veces por la corona inglesa en períodos agitados de su historia, fue reafirmado en numerosas oportunidades como modelo al que debía aspirar la comunidad británica (24).

En lo que respecta al Habeas Corpus, la fecha exacta de su origen es incierta. Parece ser que antes de la dación de la Carta Magna existían diversos medios de cautelar la libertad individual de los ingleses, a través de los siguientes "writs" (mandatos):

> a) De Homine Replegiando, que perseguía liberar al individuo que estaba ilegalmente detenido o bajo custodia de un particular, dando una caución al Sheriff con la promesa de que el acusado comparecería oportunamente a responder por el cargo que se le hacía,
>
> b) Mainprize, era una orden del Sheriff para que un individuo detenido por un delito susceptible de caución, fuese puesto en libertad bajo fianza, quedando bajo la responsabilidad del fiador,
>
> c) De Odio et Atia, tenía por objeto que el Sheriff verificase si el preso acusado de homicidio u otro delito grave, estaba detenido por presunciones fundadas, o por odio u otra mala intención. Si así fuese, era puesto en libertad bajo caución.

Estos writs cayeron paulatinamente en desuso, sobre todo por la aparición del **writ of habeas corpus,** cuyo nacimiento ha sido fijado por algunos en el año 1154 durante el reinado de Enrique II (25). No obs-

23. *El 750 Aniversario de la Carta Magna de 1215* en DERECHO, n. XXIV, 1965, p. 47.

24. Véase una fotocopia de la Carta Magna en los libros de J. C. Holt y W. F. Swindler ya citados. Para un comentario de la Carta, véase la célebre Segunda Institución de Coke, publicada en 1642 (en R. Pound cit. pp. 170-186).

25. Cf. W. S. Holdsworth, *A History of English Law,* E. Jenks *A short history of English Law,* London 1938, A. V. Dicey *Introduction to the study of the Law of the Constitution,* London 1915, chp. V, E. Jenks *The story of habeas corpus* en Law Quarterly Review (1902); en igual sentido W. J. Jones, Pendleton Howard, etc.

tante, sólo la Carta Magna de 1215 le proporciona los principios sólidos que justifican su existencia, en el párrafo que ya hemos visto. El **writ** de habeas corpus *parece haber* sido muy utilizado sobre todo en el reinado de Eduardo III (1326-77) y de Enrique VI (1422-61), adquiriendo a través de un lento desarrollo las siguientes modalidades:

a) Habeas Corpus ad respondendum; era un mandato para traer a personas detenidas con motivo de un proceso civil o criminal ante un juez o una corte que deberá enjuiciarlo por otros cargos (26).

b) Habeas Corpus ad satisfaciendum; un mandato para cuando un prisionero se le ha enjuiciado y el demandante quiere llevarlo a un Tribunal de superior jerarquía para hacerle saber la ejecución de sentencia.

c) Habeas Corpus ad prosequendum; para traer a un prisionero ante el Tribunal en cuya jurisdicción fue cometido el delito.

d) Habeas Corpus ad testificandum; un mandato para traer a un prisionero para que testifique ante una Corte.

e) Habeas Corpus ad deliberandum; un mandato para llevar a juicio a una persona de un Condado o Región a otro en donde ha sido cometido el delito del que se le acusa.

f) Habeas Corpus ad faciendum et recipiendum; un mandato utilizado en juicios civiles para remover una causa, y a la persona acusada de una Corte inferior a otra superior que deberá conocer dicha causa. Se conoce también como Habeas Corpus Cum Causa.

g) Habeas Corpus ad Subjiciendum, conocido por los autores ingleses como "high preorrogative writ", es un mandato dirigido a una persona que ha detenido a otra, para que lo someta a la autoridad de un Juez o de la Corte. Este es el prototipo de los mandatos de Habeas Corpus (27). De él se ha dicho que proporciona los medios más adecuados para liberarse de cualquier detención ilegal e injustificada (28).

De lo expuesto, puede observarse el acierto de lo que dice E. Jenks, o sea que en su origen el Habeas Corpus no servía tanto para sacar a una persona de la prisión, sino para meterla en ella (29), agreguemos nosotros, legalmente.

Es interesante notar que en sus primeros tiempos dicho **writ** era utilizado sobre todo como un medio procesal contra las detenciones efectuadas por los particulares, pero en el reinado de Enrique VII (1485-1509) surgieron las primeras tentativas de utilizarlo contra la Corona. A raíz de un famoso incidente (Darnel's Case) el Parlamento encontró un remedio a la situación en la Petición de Derechos de 1628 (Petition of Right) (30). En dicha Petición, entre otras cosas, se dice que "cuando se les llevó a presencia de vuestras justicias por virtud de órdenes de Vuestra Majestad pidiendo Habeas Corpus para recibir la sentencia que el Tribunal se sirviera ordenar y después de haber ordenado a sus captores que certificaran las causas de la detención, no se hizo así... (V). Y más adelante (X) agregaban que "suplicaban humildemente a Vuestra Excelentísima Majestad... que ningún hombre libre sea aprisionado o detenido de la manera que se acaba de enunciar..." Ante esta Petición del Parlamento contestó el Rey: "Hágase Justicia tal como se pide".

Tiempo después, por ley de 1641 (16 Car. 1, c. 10) se abolió la Cámara Estrellada (An Act for ... taking away the Court commonly called the Star Chamber). Ahí se señaló que desde la Carta Magna existía una constante preocupación de parte de los Reyes por defender al hombre en su libertad y prerrogativas (31). No obstante, estas normas no habían

26. Como se apreciará más adelante, en un principio el Habeas Corpus se utilizaba sólo en procedimientos penales, siendo luego extendido su uso a toda clase de juicios.

27. Halsbury decía (1909) que era el más importante, pues los otros habían caído en desuso.

28. Earl of Halsbury *The Laws of England.* London 1909, tomo 10. p. 39.

29. Cit. p. 65.

30. Después de la Carta Magna y antes de 1627 se sucedieron la Primera Carta de Enrique III en 1216 que fue una reafirmación de la Carta Magna y que en lo esencial contiene lo mismo; luego la Confirmación de las Cartas dadas por Eduardo I en 1297, y el mismo año un célebre documento conocido como Statutum de Tallagio non Concedendo, para proteger a los súbditos de las contribuciones impuestas arbitrariamente y que además otorgó gracias y concesiones; en 1258 las Provisiones de Oxford, etc.

31. Dice Jorge Xifra Heras que "hasta el siglo XVI, todos los reyes debían jurar la Carta Magna, que quedará eclipsada durante la época de los Tudor (1485-1603) para reaparecer como símbolo del partido parlamentario y contrapeso del derecho divino en tiempo de Jacobo I", *Curso de Derecho Constitucional*, Bosch, Barcelona 1957, tomo I, p. 199.

sido observadas en algunas Cortes, en especial por la Cámara Estrellada, estableciendo que cualquier persona que fuera detenida por cualquier Corte que ejerciera jurisdicción similar a la **Star Chamber,** o bajo el control del Rey o de su Consejo Privado, estaría protegido por el Court of King's Bench o del Common Pleas, por el mandato de Habeas Corpus y en tal caso la Corte debería decidir sobre la legalidad de la detención en el plazo de tres días.

Posteriormente el Parlamento aprobó la Ley de Habeas Corpus de 1679 (Habeas Corpus Act, 31 Car. II c. 2). Dicha ley empezaba así:

> "Cuando una persona sea portadora de un Habeas Corpus dirigido a un Sheriff, carcelero o cualquier otro funcionario en favor de un individuo puesto bajo su custodia y dicho Habeas Corpus sea presentado a los susodichos funcionarios o se les deje en la cárcel, quedan obligados a declarar la causa de la detención a los tres días de la presentación. . ."

Y más adelante leemos:

> "Si un funcionario o el que haga sus veces descuida la obligación de responder al Writ de Habeas Corpus o no vuelve a presentar al preso con arreglo al Writ o se niega poner en libertad al preso a petición de éste o de quien lo represente o si no entrega en el término de seis horas copia del auto de prisión, pagará a la parte perjudicada cien libras por la primera ofensa y doscientas por la segunda, quedando inhabilitado para ejercer su cargo; estas condenas serán requeridas por el querellante o sus apoderados, contra el delincuente en forma de acción personal, ante cualquiera de los Tribunales de Westminster. . ." "Ninguna persona puesta en libertad en virtud de un Habeas Corpus puede ser aprisionada de nuevo por el mismo delito a no ser por orden del Tribunal ante quien está obligada a comparecer o de otro cualquiera competente".

Esta ley no trajo nada nuevo; fue más bien el perfeccionamiento procesal de una institución muy antigua, a tal extremo que se llegó a establecer penas y sanciones muy severas, a quien, juez o funcionario, se negase a su trámite sin buenas razones para ello.

Documento de gran importancia es el Bill of Rights de 1689, aprobado diez años después, que se conoce como "una ley que declara los derechos y libertades del súbdito y que dispone la sucesión de la Corona" en la cual, tras diversas quejas del Parlamento contra los desafueros cometidos por el gobierno de Jacobo II, establecen una serie de declaraciones para "que se reivindiquen y se afirmen sus antiguos derechos y libertades" proclamando la libertad de los súbditos de llevar peticiones al Rey, la libre elección y reunión del Parlamento, la libertad de expresión y especialmente aquel que prohíbe a la Corona suspender las leyes o su cumplimiento (artículos 1 y 2).

La última ley importante en materia de Habeas Corpus data de 1 de julio de 1816 (56 Geo III, c. 100) (32) que sirvió para perfeccionar la legislación anterior y dispuso que el Writ de Habeas Corpus sea utilizado no solamente en causas penales como lo establecía la Ley de 1679, sino para cualquier tipo de prisión indebida realizada por persona particular, cualesquiera que fuese su naturaleza (33).

e) **Estados Unidos de Norteamérica.** Un documento de gran trascendencia en lo que respecta a las libertades, es la famosa Declaración de Derechos formulada por los representantes del buen pueblo de Virginia (the good people of Virginia) el 12 de junio de 1776 (34). Ahí se proclama que todos los hombres son por naturaleza libres e independientes y tienen ciertos derechos inherentes (inherent rights), que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deben ser separados y distintos, que ningún hombre puede ser privado de su libertad sino de acuerdo a las leyes del país o el juicio de sus pares (art. VIII), etc.

32. Su texto en *The Statutes of the United Kingdom of Great Britain and Ireland,* London 1816, chp. 100 p. 505 ss.
33. Para mayores referencias, cf. J. C. Fox *Process of Imprisonment at the Common Law,* en Law Quarterly Review, vol. XXXIX (1923) pp. 45-59; Jenks E. *A short history of English law,* cit; Wade & Phillips *Constitutional Law,* London 1963, A. K. R. Kiralty *The english legal system,* London 1960; Maitland, F. W. *The Constitutional history of England.* London 1950; Charles H. Mcllwain *Constitucionalismo antiguo y moderno,* Bs. Aires 1958; H. H. A. Cooper *Diez ensayos sobre el Common Law,* Lima 1967, etc.
34. Para el texto bilingüe inglés-castellano cf. *La Declaración de Derechos de Virginia* por R. Sierra Bravo en Anuario de Filosofía del Derecho, tomo XIV, 1969, p. 129 ss. Sobre la influencia de las declaraciones norteamericanas de esa época en la revolución francesa, el discutido libro de George Jellinek *La Declaración de los derechos del hombre y del Ciudadano,* Edit. Nueva España, México, s/f.

Esta Declaración es la más antigua y famosa de las Declaraciones de Derecho americanas, y es además el prototipo de todas ellas (35). Como dice Jellinek, esta Carta fue el modelo de las que vinieron después, incluso de la de los Estados Unidos, que que en lo esencial fue redactada por Jefferson, que era ciudadano de Virginia. Es indudable que estas Declaraciones siguen la línea de sus precesoras inglesas, aunque tienen algunas diferencias que las distinguen y que son fruto del contexto histórico en que fueron redactadas. Una diferencia importante es que las leyes inglesas establecen deberes del Gobierno, mientras que las americanas precisan los derechos del hombre frente al poder. No obstante estas Declaraciones de Derechos, la aparición de los medios para su defensa se hacen esperar (36). La Declaración de la Independencia de 4 de julio de 1776, proclamada por el Congreso de Filadelfia es muy significativa cuando afirma que:

> "... Juzgamos evidentes (to be self evident)... que todos los hombres han nacido iguales, están dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables, que entre estos derechos deben colocarse en primer lugar la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad (pursuit of hapiness)".

Luego de la Declaración de Independencia (1776) se aprobó en la Convención de Filadelfia (1787) el texto de la Constitución cuyo preámbulo se inicia con las siguientes palabras:

> "We, the People of the United States, in order to form a more perfect Union... ensure Domestic Tranquility... and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity..."

cuya traducción puede ser la siguiente:

> "Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una más perfecta unión... asegurar la paz interna... y lograr las bendiciones de la libertad para nosotros y nuestros descendientes..."

Y más adelante, el Habeas Corpus es incorporado llamándolo **privilegio** (privilege);

> "The privilege of the writ of Habeas Corpus, shall not be suspended, unless when in cases of Rebellion or invasion the public safety may require it (art. 1, sec. 9, subdiv. 2)" (37).

cuya traducción podría ser la siguiente:

> "El privilegio del mandato de Habeas Corpus no podrá ser suspendido, a no ser que en casos de rebelión o invasión la seguridad pública lo exija".

Una vez aprobada, la Constitución debía ser ratificada por los demás estados miembros, lo que dio lugar a una polémica envuelta en virulentas páginas políticas. En defensa de ella, Hamilton, Madison y Jay publicaron desde octubre de 1787 hasta abril de 1788, una serie de artículos con el pseudónimo de Publius, y que luego se reunieron en un volumen titulado **The Federalist.** En él (Nº 84) hay una parte

35. Otros son: Pennsylvania 28.9.1776; Maryland 11.11.1776; Carolina del Norte 18.12.1776; Vermont 8.7.1777; Massachusets 2.3.1780; New Hampshire 31.10.1783.

36. Sobre el conjunto de este tema, cf. James Bryce *The American Commonwealth,* tomo I, N.Y. 1897; Joseph Story *Comentaries on the Constitution of the United States* (varias ediciones); Francis Thorpe *The constitutional history of the United States,* Chicago, 1901; W. W. Willoughby *The Constitutional law of the United States,* 3 volúmenes, New York 1950; André y Suzanne Tunc, *El Derecho de los Estados Unidos de América,* UNAM, México 1957; André Tunc, *El Derecho en Estados Unidos* Barcelona 1971; A. Tocqueville *La Democracia en América* (varias ediciones); H. C. Bockett *The Constitutional History of the United States* (1776-1826), N. York 1948; C. B. Swisher *American Constitutional development,* Boston 1943 (hay traducción castellana); C. A. Beard *An economic interpretation of the Constitution of the United States* (varias ediciones, la primera de 1913, es una obra clásica en su género); E. S. Corwin *The Constitution and what it means today* (varias ediciones, hay traducción castellana); Lewis Mayers *El sistema legal norteamericano,* OMEBA, Bs. Aires 1969 (trata el aspecto judicial); Robert McClosky (ed.) *Essays in constitutional law,* N.Y. 1957; Saul K. Padover *The living U. S. Constitution,* N.Y. 1968, etc. El mejor texto comentado de la Constitución es el publicado por el Congreso (Was. 1964, hay ediciones posteriores, con prólogo de E. S. Corwin).

37. Dice Sánchez Viamonte que el uso de la palabra *privilegio* es tomado de las instituciones inglesas medievales y no significaba un reconocimiento a los derechos inherentes del hombre, sino una concesión otorgada por la Corona (*Habeas Corpus,* Enc. OMEBA, tomo XIII, p. 505). Con anterioridad a las Declaraciones de Derechos el Habeas Corpus funcionaba en los Tribunales Americanos adoptado directamente de la experiencia inglesa. Ello explica la redacción tan parca del texto constitucional de 1787.

dedicada al Habeas Corpus (38) escrita por Hamilton, y en la que demuestra contra las críticas que entonces se hacían, que la nueva Constitución contenía implícitamente una declaración de derechos y menciona como prueba de ello la existencia del Writ de Habeas Corpus, señalando que ésta era una medida de seguridad para proteger la libertad. Agregaba que las prisiones arbitrarias habían sido en todas las épocas el instrumento favorito y más formidable de las tiranías. Citaba en su apoyo unas frases de Blackstone en sus **Comentarios** en la cual este autor decía que privar de la libertad a una persona era "a more dangerous engine of arbitrary government". Y contra esto, continuaba Blackstone —en la cita de Hamilton—, estaba la Ley de Habeas Corpus (Habeas Corpus Act) que él llamó "the bulwark of the british constitution". Y más adelante, el mismo Hamilton recordando los antecedentes británicos que se originaron en la Carta Magna (obtained by the Barons, sword in hand) señalaba que esos documentos no eran aplicables a las Constituciones, ya que el mismo pueblo de los Estados Unidos había decretado y establecido sus propios derechos en el preámbulo de la Constitución ("We, the people of the United States...").

No obstante las argumentaciones de Hamilton, la opinión pública norteamericana de entonces exigió una formal Declaración de Derechos, lo que se hizo el 15 de diciembre de 1791 con la introducción de las primeras diez enmiendas, de las que hay que destacar especialmente la V y una que se introdujo con posterioridad la XIX. La primera de las nombradas dice que nadie puede ser desposeído de la vida, libertad y sus posesiones, sino luego de un debido proceso legal (without due process of law), la segunda, sancionada el 28 de julio de 1868 señalaba que ningún estado podría privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal.

Al igual que en Inglaterra, en los Estados Unidos se ha suspendido en diversas oportunidades el uso del Habeas Corpus, entre ellas durante el gobierno del Presidente Lincoln en 1861. El Presidente de la Corte Suprema Justice Taney, fue del parecer que ello era competencia exclusiva del Congreso, tesis que ha primado posteriormente, no obstante que la posición de Lincoln fue la que prevaleció en aquella oportunidad.

38. Usamos la edición de Clinton Rossiter, *The Federalist Papers.*

En los Estados Unidos, aunque con variantes de orden procesal, el Habeas Corpus se da a dos niveles: estatal y federal (39) y su campo de acción es muy variado, desde buscar la libertad de una persona puesta en prisión por violación de un derecho federal, hasta cuestionar la validez de una extradición, revisar procedimientos de deportación o exclusión de extranjeros, determinar la legalidad del arresto de una persona, cuestionar la competencia de una Corte para someter a una persona por contumacia, etc. Uso tan variado del Habeas Corpus ha conducido a abusos, notándose en los últimos tiempos un sentimiento general que pide que se detenga su desnaturalización pues impide el normal desenvolvimiento de la justicia penal en los Estados Unidos.

f) **Francia.** Los países del continente europeo, influenciados por Francia, han acogido en sus textos los derechos de libertad y otros análogos, pero no han implementado en sus respectivas constituciones un remedio procesal tan expeditivo como el Habeas Corpus anglosajón (40). No obstante, estas libertades apare-

39. Para mayores referencias, cf. Walter B. Jones *Habeas Corpus: state and federal* en The Alabama Lawyer, vol. 13 (1952) pp. 384-391; George F. Longsdorf *Habeas Corpus: a protean writ and remedy* en Ohio State Law Journal, vol. 10 (1949); Zechariah Chafee Jr. *The most important human right in the Constitution* en Boston University Law Review, vol. XXXII (abril 1952); W. F. Bailey *A treatise on the law of Habeas Corpus and special remedies,* 2 vol. Chicago 1913; W. S. Church *A treatise on the writ of Habeas Corpus* 2da. ed. San Francisco 1893; Ronal Sokol *A handbook of Federal Habeas Corpus,* 1965, etc.

40. Es interesante señalar que la Constitución de la URSS de 1936 (Editorial Progreso, Moscú 1967) dedica el capíulo X a los "Derechos y Deberes Fundamentales de los Ciudadanos" destacando entre ellos la libertad de prensa, de reunión, inviolabilidad personal, de domicilio y de correspondencia, etc. (Cf. José Julio Sana Pinter *Sistema del Derecho Soviético,* Depalma editor, Bs. Aires 1957, pp. 44 y ss; René David y John Hazard *El Derecho Soviético,* La Ley, Bs. Aires 1964, tomo II, p. 91 y ss.; Manuel García Pelayo *Derecho Constitucional Comparado* Rev. de Occidente, Madrid 1964, p. 595, etc.). No obstante, como dice García Pelayo estos derechos sólo nominalmente coinciden con los del Estado liberal-burgués, pues no están concebidos como derechos inherentes de la persona humana sino que están subordinados a los intereses de los trabajadores y a la seguridad del régimen, a tenor de los artículos 125 y 126 de la Constitución soviética. Y David-Hazard, en

cen cauteladas por otros medios insertos en sus legislaciones penales, administrativas, etc. Tratando de dar una explicación a esta situación Sánchez Viamonte ha escrito:

> "Todas las nuevas constituciones europeas, unánimemente, como si se hubiesen puesto de acuerdo sus autores, evitan la denominación de Habeas Corpus al derecho de amparo mismo"

El constitucionalista argentino cree explicar este hecho por ignorancia en un momento determinado o por rivalidades de carácter regional o nacional (41). No obstante esta ausencia, no puede olvidarse que dichos países tienen en sus respectivas legislaciones, sobre todo de orden penal, medios para cautelar la libertad corporal de las personas. Aún más, cuentan con Declaraciones de Derechos que en mayor o menor medida tienen su origen en la famosa Declaración proclamada por la Revolución Francesa y que por el carácter general en que fueron enunciados han creado lo que desde Jellinek se conoce como "derechos públicos subjetivos". Ello amerita una breve referencia a su contenido (42).

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue adoptada por la Asamblea Constituyente del 20-26 de agosto de 1789 y aceptada por el Rey el 5 de octubre de 1789 (43). En ella, los representantes del pueblo francés "considerando que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos" resolvieron "exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre". Así el artículo 1 señala que:

> "Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos".

Y el artículo 7 establece que:

> "Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos determinados por la ley y con las formalidades prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar ordenes arbitrarias, deben ser castigados..."
> ("Nu homme ne peut être accusé, arrêté ni détenus que dans le cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elles a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis...").

El texto de esta declaración, sin variante alguna, fue luego colocado a la cabeza de la Constitución de 3 de setiembre de 1971. Los avatares políticos de aquel entonces llevaron a la promulgación de otros textos constitucionales y en consecuencia a otras declaraciones. En efecto, fue aprobada una nueva Declaración por la Convención Nacional el 23 de junio de 1793 y puesta al frente de la Constitución del 24 de ese mismo mes y año. Esta Declaración no llegó nunca a estar en vigor, aunque en algunos puntos es más elabarada que su antecesora. Así vemos que en su artículo 2 señala que los derechos del hombre son "la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad". El artículo 10 y 11 protege al ciudadano del arresto indebido y calificaba de arbitrario y tiránico todo aquel acto ejecutado contra un hombre fuera de las formalidades debidas, previéndose en su artículo 12 sanciones para los culpables.

Una subsiguiente Constitución del año de 1795, con la cual se instituyó el Directorio, fue también prece-

la obra antes mencionada señalan: "Nadie dentro de la URSS, por supuesto, ha interpretado que las garantías constitucionales dieran a los ciudadanos, por ejemplo, el derecho de organizar una campaña en favor del capitalismo o de un sistema con pluralidad de partidos políticos" (op. cit. p. 111). Como dato curioso cabe anotar que un destacado marxista, Galvano della Volpe sostiene que la Constitución soviética al proclamar la "inviolabilidad de la persona" tiene una consagración implícita del Habeas Corpus (Cf. *Marx y Rousseau*, Ediciones Martínez Roca, Barcelona 1969, p. 89). Esa aseveración es inexacta, pues como bien ha señalado Héctor Fix Zamudio (*Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional* 1940-1965, UNAM, México 1968) proclamar el derecho a la libertad no significa reconocimiento del Habeas Corpus, ya que aquella es un derecho sustantivo y éste un derecho adjetivo, es decir, medio procesal para la consecución de un determinado fin, lo que no existe en el texto de 1936. Sobre las libertades individuales en el régimen soviético, Cf. *Fundamentos del Derecho Estatal Soviético*, Editorial Progreso, Moscú 1972 (?) p. 181 ss.

41. *Habeas Corpus*, en Enc. Jurídica OMEBA, t. XIII, p. 53.

42. Véase la tesis de Jellinek sobre los orígenes de esta declaración en la obra ya citada.

43. Usamos los textos publicados por G. Del Vecchio en su monografía *La Declaration des Droits de L'Homme et du citoyen dans la Revolution Française*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París 1968, p. 38 ss. (en este opúsculo Del Vecchio discute la tesis de Jellinck mencionada anteriormente).

dida por una Declaración de Derechos mucho más restringida que la de 1793, aunque se aproximaba a la primera de 1789. Agregó, como un dato nuevo, una Declaración de Deberes, que por lo demás, ya estaba implícita en las anteriores Declaraciones, como correlatos necesarios de los derechos proclamados.

Es interesante notar que la vigente Constitución de 1958, inicia su preámbulo con las siguientes palabras:

> "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los Derechos del Hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946" (44).

g) **América Latina.** Con la notable excepción de México (45) la América Latina ha sido un campo fecundo para el desarrollo del Habeas Corpus. Sus antecedentes no deben hallarse en los Fueros de Aragón, como en algunas oportunidades se ha sostenido —ya que la conquista española trajo al Nuevo Mundo las leyes de Castilla—, sino en forma directa en las leyes constitucionales de Inglaterra, y quizá subsidiariamente en la Constitución de los Estados Unidos.

El primer país que introdujo el Habeas Corpus en su ordenamiento jurídico fue el Brasil (46) en su Código Penal de 1830 (artículos 183-184) y más concretamente en el Código de Procedimientos Penales de 1832:

> "Todo a cidadão, que entender que êle ou outrem sofre prisão ou constragimento ilegal em sua liberdade, tem direitto de pedir ordem de *habeas corpus* em seu favor" (art. 340).

En un principio, estas provisiones legales fueron tomadas directamente de las leyes inglesas. Posteriormente y mediante ley 2073 de 1871, el Habeas Corpus fue ampliado, lo que sucedió en diversas oportunidades hasta ser incorporado en la primera Constitución de la República de 1891 (artículo 72 § 22) y en forma tan amplia, que rebasó los límites corporales de su progenitor inglés. Por la redacción tan ambigua de su texto, el Habeas Corpus fue utilizado para la defensa de una multitud de derechos incluso para cuestionar la constitucionalidad de las leyes. Este abuso del instituto fue agravado por una serie de decisiones judiciales, que interpretando el artículo 72 de la Constitución de 1891, ampararon incluso a mujeres que querían contraer matrimonio con la oposición de sus padres. En 1919 una ejecutoria de la Corte Suprema, llegó a establecer que el Habeas Corpus era un medio para defender cualquier derecho "cierto, líquido e incontestable".

Los abusos permitidos por una redacción tan elástica del Habeas Corpus, fueron restringidos en 1926, cuando una modificación introducida en la Constitución, declaró que el Habeas Corpus sólo podía ser empleado en defensa de la libertad personal. Esto creó un vacío, pues quedaron marginados y sin protección una serie de derechos que en años anteriores

44. Cf. Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado,* cit. Darío Herrera Paulsen *La Constitución del General Ch. de Gaulle,* Lima 1959, Marcel Prélot *Pour comprendre la nouvelle Constitution,* París 1958, y las obras de M. Duverger, G. Burdeau, A. Hauriou, etc.

45. Decimos con excepción de México, pues en este país se ha desarrollado con gran amplitud el Juicio de Amparo que protege una gama muy variada de derechos, entre los cuales está por cierto la defensa de la libertad física. De esta manera el Habeas Corpus aparece en México englobado dentro de un contexto mayor como es el Amparo que se enuncia por vez primera en el "Acta de Reforma" de 1847 y se plasma en la Constitución mexicana de 1857. Para mayores detalles cf. *Síntesis del Derecho de Amparo* por Héctor Fix Zamudio en "Panorama del Derecho Mexicano", UNAM, México 1965, tomo I, pp. 105-159; Alberto Trueba Urbina *Nueva legislación de Amparo,* Edit. Porrúa, México 1957, y más extensamente H. Briseño Sierra *Teoría y Técnica del Amparo,* 2 tomos, CAJICA, Puebla 1966, y *El Juicio de amparo* por Ignacio Burgoa, Ed. Porrúa, México 1971. Un interesante estudio en inglés, cf. Richard D. Baker *Judicial Review in Mexico* (a study of The Amparo Suit) Univ. of Texas Press, 1971.

46. Cf. Phanor Eder *Habeas Corpus disembodied: the latin american experience,* en Mélanges Yntema, 1960, pp. 463 y ss.; Pontes de Miranda, *História e prática...* tomo I, p. 119 y ss.; Pontes de Miranda, *Comentários á Constituição de 1967,* Editora Revista dos Tribunais, São Paulo 1968, tomo V, p. 284 y ss. Brasil como veremos más adelante tiene otro recurso para las libertades no corporales, el *mandado de segurança,* cf. Temístocles B. Cavalcanti, *Do mandado de segurança,* Rio de Janeiro 1957, José Castro Nunes *Do mandado de segurança,* Rio de Janeiro 1956, J. M. Othon Sidou *Do mandado de segurança,* Rio de Janeiro 1959, Pontes de Miranda, *Comentários...* Tomo V, p. 315 y ss. etc.

habían estado protegidos por este Instituto. Este vacío fue llenado por la Constitución de 1934 (artículo 113, § 33) que estableció para la defensa de estos derechos un medio procesal de defensa denominado mandato de seguridad (mandado de segurança) que ha permanecido vigente hasta nuestros días (Constitución de 1967, artículo 150 § 21). Volvió así el Habeas Corpus al cauce originario de su modelo inglés (C. de 1967, artículo 150 § 20).

En otros países, el Habeas Corpus fue adoptado más o menos por la misma época o en tiempos más recientes. El Habeas Corpus aparece ipso nomine en las constituciones de Costa Rica (1847) El Salvador (1872) Guatemala (1879) Puerto Rico (1899) Honduras (1894) Panamá (1904) Uruguay (1918) Chile 1925) Ecuador (1929) Bolivia (1938) Nicaragua (1939) República Dominicana, Cuba y Paraguay (1940) Venezuela (1947), etc. En algunos países, como la Argentina, el Habeas Corpus está contemplado en sus Códigos (1889) y en sus constituciones provinciales mas no en la Constitución nacional de 1853 (47).

El Perú lo adopta por vez primera mediante la ley de 21 de octubre de 1897 (48) como resultado de un anteproyecto de ley de 1892, que fue presentado en la Cámara de Diputados el 11 de octubre de 1892 por Mariano Nicolás Valcárcel, Teodomiro A. Gadea y Mariano H. Cornejo (49). El proyecto de 20 cláusulas, tenía por objeto reglamentar el artículo 18 de la Constitución entonces vigente (1860) que decía:

> "Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito, debiendo en todo caso ser puesto el arrestado dentro de 24 horas a disposición del Juzgado que corresponda. Los autores de dicho mandamiento, están obligados a dar copia de él siempre que se les pidiera".

Al informar el proyecto, la Comisión Principal de Legislación señalaba "que la experiencia (atestiguaba) ... los abusos que se cometen" de esta "preciosa garantía". Al ser debatido en el Senado en sesión de 1 de setiembre de 1893 (50) se hicieron numerosas referencias a Inglaterra y fue aprobado sin mayores debates. No obstante, al ser remitido al Poder Ejecutivo para su promulgación fue observado.

Las razones de orden técnico que el Ejecutivo de entonces esgrimió para no promulgar el proyecto de ley, ocultaba un manifiesto propósito del Gobierno de no contar con instrumentos legales eficaces que pusieran límites a sus posibilidades de acción. Esto se comprueba cuando observamos que cinco años después, al promulgarse la primera ley de Habeas Corpus el 21 de octubre de 1897, ésta no fue firmada por el Presidente demócrata don Nicolás de Piérola, sino por el Presidente del Congreso, Manuel Candamo, en vista de la negativa del Ejecutivo (51).

Con posterioridad a esta ley de 1897, el ordenamiento peruano fue enriquecido por las leyes 2223 y 2253 de 1916, para tener consagración constitucional recién con el gobierno de Leguía, que la incluyó en el artículo 24 de la Carta promulgada en enero de 1920 (52).

47. La Argentina cuenta con el Recurso de Amparo creado en la vía jurisprudencial en 1957 por la Corte Suprema y destinado a cautelar en forma expeditiva las libertades constitucionales no tuteladas por el Habeas Corpus. Cf. Genaro R. Carrió *Recurso de Amparo y Técnica Judicial*, Bs. Aires 1959, G. R. Carrió *Algunos aspectos del Recurso de amparo*, Bs. Aires 1959; Germán Bidart Campos *Derecho de Amparo* Ediar Bs. Aires, 1961; Segundo V. Linares Quintana *Acción de Amparo*, Edit. Bibliográfica Argentina, Bs. Aires 1960, C. Sánchez Viamonte *Juicio de Amparo* en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, Rafael Bielsa *El recurso de Amparo*, Buenos Aires 1965, etc. En cuanto a Puerto Rico, por la misma naturaleza de su régimen político, el Habeas Corpus se halla por primera vez en la Ley Jones, norma de carácter general para la isla dictada por el Gobierno Militar Norteamericano y que data de 1899. Para un tratamiento más extenso, cf. Santiago Amado *El Habeas Corpus en Puerto Rico* en Rev. Jurídica de Puerto Rico, 1948, pp. 1-120.

48. La mejor exposición histórica sobre su desarrollo en el Perú es la de H. H. A. Cooper *Habeas Corpus in the peruvian legal system* en Revista de Derecho y Ciencias Políticas (San Marcos), n. II, 1967, pp. 297-335.

49. Cf. *Diario de los Debates de la H. Cámara de Diputados* (Congreso Ordinario) Lima 1892, p. 628 y ss.

50. Cf. *Diario de los Debates de la H. Cámara de Senadores* (Congreso Ordinario) Lima 1893, p. 217 ss.

51. No existe un estudio satisfactorio que explique las razones del Ejecutivo para negarse a firmar la ley.

52. La Constitución vigente de 1933 contempla el Habeas Corpus para la protección de todas las garantías individuales y sociales (artículo 69) y no solamente de la libertad corporal. Véase D. García Belaunde *El Habeas Corpus Interpretado*, Lima 1971.

José Hurtado Pozo

LA CONDENA CONDICIONAL

1. Introducción. 2. Antecedentes legislativos nacionales. 3. Naturaleza jurídica de la condena condicional. 4. Denominación dada a la institución. 5. Fines de la condena condicional. 6. Fuente legal. 7. Condiciones para su concesión: a) condena a pena de prisión no mayor de seis meses. 8. Fijación de la pena y concesión de la condena condicional. 9. Pena de prisión compurgada total o parcialmente y condena condicional. 10. b) pena de multa. 11. Condena condicional en caso de penas conjuntas de prisión y de multa. 12. Pena de prisión sustitutiva de multa y condena condicional. 13. Penas accesorias. 14. Criterio admitido en la ley 9014. 15. c) primera condena nacional o extranjera. 16. Amnistía e indulto. 17. Delincuentes primarios y ocasionales. 18. d) pronóstico favorable sobre el futuro comportamiento del condenado. 19. Arbitrio judicial en la concesión de la condena condicional. 20. e) período de prueba: reglas de buena conducta. 21. Duración del período de prueba. 22. Revocación en caso de violación de las reglas de buena conducta. 23. Condena condicional y "Probation". 24. Reparación civil. 25. Revocación en caso de comisión de un nuevo delito. 26. Efectos de la revocación. 27. Concurso real retrospectivo. 28. Buen comportamiento durante el período de prueba. 29. Conclusión.

1. Introducción

En la doctrina y legislación extranjeras ha existido desde hace muchos años, una constante preocupación en torno a los problemas que presenta la frecuente aplicación de penas privativas de libertad de corta duración. Esto ha dado lugar a la creación de nuevas técnicas en el modo de ejecutarlas, a la admisión de nuevos medios para reemplazarlas o al perfeccionamiento de aquellos medios tradicionalmente utilizados. Entre estos últimos, se encuentra la condena condicional. Por esto, nos ha parecido interesante presentar la manera en que fue concebida por nuestro legislador,cómo fue modificada posteriormente y cómo ha sido comprendida y aplicada por nuestros jueces.

La escasa bibliografía nacional sobre esta institución nos ha llevado a consultar las fuentes doctrinarias extranjeras. La referencia constante a la legislación extranjera, la consideramos indispensable por estimar que el método comparativo permite preparar y favorecer toda reforma, mostrándonos las posibilidades de realizarla y la experiencia adquirida en otras latitudes.

La falta casi total de estadísticas nos ha imposibilitado comprobar el exacto funcionamiento de la condena condicional en nuestro medio. Las pocas y parciales referencias que sobre este aspecto hacemos en las páginas que siguen son el resultado de una labor de investigación en las mesas de partes de los tribunales y juzgados.

Debemos señalar, finalmente, que no pretendemos ni un tratamiento exhaustivo a todas las cuestiones relacionadas con la condena condicional, ni haber dado solución a todos los problemas de interpretación y aplicación. Lo único que buscamos es destacar esta institución, sobre todo en estos momentos en que se proyecta reformar nuestro Código Penal.

2. Antecedentes legislativos nacionales

En ninguno de los proyectos elaborados para modificar o reemplazar el Código Penal de 1863, se consideró a la condena condicional. Cuando se elabora el proyecto de 1900-1902, ya se habían aprobado las leyes belga (1888) y francesa (1891), sin embargo, debido a la fuerte influencia española, no se intentó incorporar esta nueva institución, tan en boga en aquella época. Sólo en el proyecto Maúrtua de 1916 se establecen normas para regular la condena condicional. El

autor las elabora inspirándose en los trabajos del legislador suizo, que tendían a la unificación de su legislación penal. Dichas disposiciones, con algunas modificaciones, devienen en 1924, en los artículos 53 y siguientes del Código penal.

El 23 de noviembre de 1939, por iniciativa de la Corte Suprema, se modifican las disposiciones del Código penal que regulan la condena condicional; pero en la misma fecha se promulga el nuevo Código de procedimientos penales, cuyo artículo 286 trata, también, de la condena condicional. Este código entró en vigor el 18 de marzo de 1940. Esta sucesión de disposiciones legales ha creado cierta confusión en torno a la institución que estudiamos.

3. Naturaleza jurídica de la condena condicional

Antes de iniciar el estudio de la manera como la condena condicional ha sido regulada en nuestra legislación, nos parece conveniente analizar el problema de la naturaleza jurídica de esta institución. La doctrina nacional no se ha ocupado con la debida amplitud de este tema y la jurisprudencia no es lo suficientemente clara.

En la doctrina extranjera, especialmente de habla alemana, no hay un criterio unánime al respecto. Algunos juristas consideran que la condena condicional es una especial clase de pena (1); otros estiman que es un modo de ejecutar determinadas penas privativas de libertad (2); algunos otros opinan que se trata de una medida de corrección (3); una minoría defiende el criterio de que se trata de un medio de reacción penal independiente de las penas y de las medidas de seguridad (4). Además, es de señalar que hay autores que la consideran sea como un medio de individualización de la pena (5) o como un sucedáneo de las penas privativas de libertad (6).

Del estudio de las diversas opiniones vertidas en torno de este problema, podemos afirmar que todo enfoque unilateral fracasará, por cuanto la condena condicional, como ya lo señalara Molinario en 1915, "no es una institución unilateral por su objeto". Lejos de ahí, ella realiza a un mismo tiempo funciones de índole diversa, debiendo, pues, considerársela en el sistema general del Derecho penal, como un organismo de compleja trama y multiplicada eficacia (7). Es decir, que no se podrá comprender la condena condicional si se parte sólo desde un punto de vista represivo o sólo desde un punto de vista preventivo; ya que sus fines son múltiples.

Es de tener en cuenta, también, que los juristas no mantienen, en su mayoría, puntos de vista unilaterales; sino que, expresa o tácitamente, destacan un aspecto de esta institución considerándolo como el más importante. Por esto, podríamos decir con Maurach que la solución debe ser un compromiso entre las opiniones extremas. Según este autor, la condena condicional es, materialmente, una medida correctiva que comporta la cooperación del autor, y, formalmente, una particular pena privativa de libertad (aunque no ejecutable condicionalmente) (8). Recurriendo a un

1. Hans Welzel dice: "La suspensión a prueba de la pena contiene una auténtica sanción", Derecho penal alemán, Parte general, 11ª edición, Santiago de Chile 1970, p. 345; Ricardo Núñez, siguiendo a Herrera, afirma: "Es una verdadera pena de advertencia o de intimidación, fruto del principio de la individualización de la pena", Derecho penal argentino, 2ª edición, Buenos Aires 1965, T. II, p. 523; Fontán Ballestra expresa: "Es una clase de pena destinada a ejercer una acción preventiva y moral sobre el condenado", Tratado de Derecho penal, Buenos Aires 1966, T. III, p. 396.
2. Lackner-Massen, Strafgesetzbuch, 7ª edición, 1972, p. 51; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 15ª edición, München der Vollstreckung einer Sanktion", Der bedingte Strafvollzug nach dem Bundes gesetz von 18. März 1971, in Revue Pénale Suisse, Berna 1973, p. 56.
3. E. Schmidt, Reform des Strafvollzugs, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1952, p. 1; Thormann– von Overbeck expresan: "Massregel strafrechtlicher Art", Das schweizerische Strafgesetzbuch, Zürich 1940, T. I, p. 168; y Reinhart Maurach afirma: "Massregel im Gewande einer Freiheitsstrafe", Deutsches Strafrecht, 4ª edición, Karlsruhe 1971, p. 866.
4. Jürgen Baumann manifiesta: "Sie (die Strafaussetzung) ist eine Rechtsfolge besonderer Art, wenn man will eine "dritte Spur im Strafrecht", Strafrecht, 5ª edición, Tübingen 1968; cf. H. H. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, parte general, Berlín 1969, p. 547.
5. R. Saleilles, L'individualisation de la peine, Paris 1898, p. 190 y s.
6. E. Zürcher, Exposé de motifs de l'avant-projet d' avril 1908, Berna 1914, p. 148; P. Logoz, Commentaires du Code pénal suisse, parte general, Neuchâtel-Paris 1939, p. 178; José Peco, Proyecto de Código penal argentino – Exposición de motivos, La Plata 1942, p. 185.
7. La condena de ejecución condicional, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires 1925, p. 72.
8. Deutsches Strafrec ht, parte general, p. 866.

método parecido, Lackner y Massen al comentar el Código penal alemán, estiman que la condena condicional, de acuerdo a las disposiciones legales, no es una pena ni una medida de seguridad, sino tan sólo una modalidad de ejecución de la pena, pero que si se tiene en cuenta sus fines, debe ser concebida como un medio efectivo para lograr la resocialización del condenado (9).

Existe unanimidad en la doctrina, por el contrario, en el rechazo a la opinión que concibe la condena condicional como una gracia, como una medida de indulgencia o de clemencia (10).

En sus decisiones,la Corte Suprema concibe a la condena condicional, en primer lugar, como un beneficio (11) que debe ser concedido al delincuente primario, no peligroso, y cuando la pena a imponerse sea exigua (12). Este criterio está determinado por el hecho de que el Supremo tribunal subraya, de manera particular, el aspecto represivo (punitivo) de nuestro sistema penal. De ahí que califique a una pena de prisión de seis meses, impuesta condicionalmente, de "castigo insignificante", "hasta cierto punto irrisorio" (13). Por eso, igualmente, considera que si bien "el artículo 148 del Código penal (referente a menores de 21 años y mayores de 18) favorezca al encausado, no quiere decir que se vaya hasta la impunidad. Puede rebajarse la pena prudencialmente, pero no al extremo de conceder el beneficio de la Condena condicional" (14). Esta manera de comprender la condena condicional es expresada por la misma Corte Suprema en los considerandos de su proyecto de ley modificatorio del Código penal, en la parte relativa a la condena y liberación condicional. Dice textualmente: "la condena condicional deja impune el delito y sólo es aceptable en circunstancias muy excepcionales" (15).

Sin embargo, es de destacar la Ejecutoria del 21 de julio de 1951, en la que —contradiciendo al Fiscal que afirmaba "que la condicionalidad importa la impunidad"— la Corte Suprema afirma: "que no pueden considerarse impunes los hechos delictuosos que son objeto de una condena condicional, impuesta, en cada caso, ... que el carácter punitivo de esta sanción aplicada por los códigos modernos para sustituir las prisiones cortas, es incuestionable..." (16). Después de esta aclaración resulta incongruente que la misma Corte Suprema continúe refiriéndose a la condena condicional como si se tratara de un mero beneficio. Posteriormente veremos como esta concepción influye negativamente en la comprensión y aplicación de las disposiciones legales referentes a la condena condicional.

4. Denominación dada a la institución

En doctrina se ha discutido mucho sobre el nombre dado a esta institución. Se critica, por ejemplo, que la denominación generalmente usada de "condena condicional" no es correcta, pues, no es la condena la afectada por la condición, sino la ejecución de la pena. La justeza de esta observación sólo será determinada teniendo en cuenta la manera como el legislador ha regulado esta institución. Así, tal crítica es acertada si se considera la manera como está configurada en los primeros proyectos suizos, en la ley belga de 1888, en el código penal italiano de 1930 o

9. Strafgesetzbuch, p. 50 y 51.
10. Esta concepción ha sido sostenida, en Francia, por Donnedieu de Vabre, quien afirma: "la suspensión de la ejecución de la pena es una medida de indulgencia que el juez tiene la facultad de ordenar cuando condena a un delincuente primario", Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3ª edición, Paris 1947, p. 518. Entre nosotros, Gómez de la Torre sostuvo que la condena condicional es, en realidad, el perdón de la primera falta cometida por una persona en circunstancias tales, y cuyos antecedentes hacen presumir que se trata de un delincuente ocasional que entrará fácilmente en el camino del arrepentimiento, de la enmienda y la readaptación. Llegando a afirmar que "la condena condicional es, pues, el olvido del primer delito...", La condena condicional, in Revista Universitaria, Lima 1902, p. 41.
11. El texto original del artículo 53, in fine, se refería al "beneficio de (la) suspensión condicional". La exposición de motivos del anteproyecto del código de procedimientos penales se refiere, igualmente, a la condena condicional como un "beneficio", ver: Revista del Foro, Lima 1939, p. 301.
12. Ver ejecutorias del 21 de mayo de 1932, del 7 de octubre de 1933 y del 23 de abril de 1953 y el oficio de la Segunda Sala de la Corte Suprema dirigido a la Corte Superior de Arequipa, in Revista de los tribunales 1932, p. 109, Anales Judiciales 1933, p. 265, Revista de Jurisprudencia Peruana 1953, p. 989 y Anales Judiciales 1935, p. 419, respectivamente.
13. Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, in Anales Judiciales 1942, p. 327.
14. Ejecutoria del 25 de julio de 1951, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1951, p. 1328.
15. Anales Judiciales 1939, p. 343.
16. Ejecutoria del 21 de julio de 1951, in Revista del Foro 1951, p. 794.

en el texto original del Código penal suizo de 1940. Por el contrario, creemos que, según nuestra legislación, la denominación "condena condicional", no es del todo errónea; por cuanto, en el artículo 55 nuestro legislador ha sometido a una "condición resolutoria" a la condena que se impone al delincuente. Sabemos que esta opinión ha sido frecuentemente criticada por destacados juristas. Nos basta señalar a Soler y Núñez en la Argentina, autores que comentan disposiciones muy parecidas a las de nuestra legislación sobre la condena condicional (17).

En defensa del criterio sostenido por nosotros está el hecho de que autores como Logoz y Graven, al estudiar el Código penal helvético, consideran que el legislador de su país escoge, en definitiva, la noción de "remisión a la ejecución de la pena", sólo al aprobar el texto definitivo del Código. Por el contrario, la segunda comisión de expertos admitió, al elaborar el proyecto de 1918, que fue la base para las discusiones parlamentarias, la condena condicional (18). En este proyecto, los expertos suizos reprodujeron, en buena cuenta, las disposiciones de los anteproyectos de 1915 y de 1916. Y es el caso de que el modelo seguido por nuestro legislador al redactar las normas del Código penal sobre condena condicional fueron, precisamente, estos antecedentes legislativos helvéticos. A su vez, el legislador suizo se inspiró en el modelo francés. La fuente de la disposición aprobada por las Cámaras legislativas suizas fue la legislación belga (19).

5. Fines de la condena condicional

El legislador ha considerado, casi siempre, como fin primordial de la condena condicional, la lucha contra las consecuencias dañinas producidas por la aplicación efectiva de las penas privativas de libertad de corta duración (20). Por esto es de suponer que al admitir, también, su aplicación a la pena de multa, nuestro legislador lo hizo considerando que esta pena puede siempre convertirse en prisión.

Por el contrario, parece no haber sido esta la preocupación principal que tuvo el legislador al dictar la ley 9014, en base al proyecto elaborado por la Corte Suprema. De los considerandos y del articulado de esta ley puede deducirse que la preocupación fundamental fue la de restringir la aplicación de la condena condicional a un número limitado de casos, para evitar el debilitamiento de la represión penal. En la exposición de motivos de dicha ley se afirmaba, por ejemplo, que "Por excepción, puede admitirse esa medida (la condena condicional), si la condena versa sobre delitos cometidos por negligencia, porque no entrañan intención delictuosa, pero de ninguna manera como una regla general", y en los considerandos, en velada referencia a las penas privativas de libertad de corta duración, se decía que bastan "las leyes sobre el indulto para conciliar las exigencias de la justicia con los efectos de la condena" (21).

La Corte Suprema, sin embargo, no ha dejado de señalar, en algunos de sus fallos, que la condena condicional es una especie de aviso dado al delincuente primario. Aviso que estima suficiente para impedir la reincidencia. Así, en su ejecutoria del 19 de diciembre de 1941, reproduce los fundamentos del dictamen del Fiscal, quien expresaba que las circunstancias del acto delictuoso "justifican la pena impuesta... y ... que su suspensión es legal y justa, ya que con la simple condena debe presumirse que el sentenciado no volverá a delinquir" (22). En la ejecutoria del 21 de julio de 1951 va más lejos al afirmar que "sólo se suspende su aplicación con el objeto de lograr la reforma del delincuente susceptible de enmienda fuera del penal..." (23).

17. Es de recordar que la doctrina argentina no es unánime al respecto, discrepan Allende y Gatti; ver: Posibilidad de aplicar más de una vez la condena condicional, in La Ley, T. 55, Buenos Aires, p. 237.
18. P. Logoz, Commentaires, parte general, p. 177-178; Jean Graven, Le sens du sursis conditionnel et son developpement, in Revue Pénal suisse 1954, p. 261.
19. J. Graven, Revue Pénale Suisse 1954, p. 274.
20. En la exposición de motivos, el legislador expresaba: "Entre los sistemas creados con tanta felicidad para sustituir las penas de prisión de corta duración, el proyecto ha adoptado el sistema franco-belga, que consiste en suspender la ejecución de la condena, en lugar del sistema americano que suspende la pronunciación de ésta", Código penal, edición oficial, Lima 1939, p. 169.
21. Anales Judiciales 1939, p. 344.
Ejecutoria del 19 de diciembre de 1941, in Revista de los Tribunales 1942, p. 25.
22. Ejecutoria del 21 de julio de 1951, in Revista del Foro 1951, p. 794.
23. Refiriéndose la institución de la condena condicional, como lo hemos visto al estudiar su naturaleza, al contenido material de la relación punitiva, se desprende que pertenece fundamentalmente al Derecho penal

6. **Fuente legal.**

Según el texto original del artículo 53, párrafo 1º, del Código penal, la condena condicional consiste en la suspensión de la ejecución de la pena bajo la condición de que el condenado se porte bien durante un período de prueba. Este mismo criterio es mantenido por el legislador en la ley 9014 del 23 de noviembre de 1939 y en el artículo 286 del Código de procedimientos penales. No se trata, pues, del sistema de la "Probation" (angloamericana), sino del sistema adoptado en el continente europeo a partir de las leyes belga de 1888 y francesa de 1891.

Como ya lo hemos dicho anteriormente, la fuente legal de las disposiciones de nuestro Código sobre la condena condicional son los proyectos suizos. Al redactar el proyecto de 1916, el legislador tuvo como modelo las disposiciones del anteproyecto suizo de agosto de 1915; las modificaciones hechas a dichas disposiciones en el texto definitivo de nuestro Código han sido inspiradas por el proyecto helvético de 1918.

El artículo 13 de la ley 9014 que modificó, temporalmente, el artículo 53 de nuestro Código, no tiene precedente, en cuanto a nuestro conocimiento, en la legislación extranjera.

El artículo 286 del Código de procedimientos penales, que derogó la disposición antes indicada, puede considerarse de origen francés. Esta nueva reforma constituye, en buena cuenta, un retorno al texto original del artículo 53.

7. **Condiciones para su concesión: a) condena a pena de prisión no mayor de seis meses**

De acuerdo al artículo 286 del Código de procedimientos penales, el juez puede suspender la ejecución de la pena de prisión que no exceda de seis meses y de la pena de multa, sin importar su monto.

El legislador justifica su decisión de fijar en seis meses la extensión de la pena susceptible de ser suspendida, manifestando que "el tiempo **mínimo** adoptado para la pena de prisión se explica fácilmente por tratarse de un resorte (la condena condicional) enteramente nuevo cuya aplicación demanda suma prudencia" (24).

Este límite puede ser considerado muy bajo. Nuestro legislador debió, por lo menos, seguir de cerca el modelo helvético que fijaba un máximo de un año (25). Tres años antes de aparecer nuestro Código, el legislador argentino había establecido que la condena condicional podía ser concedida hasta cuando la pena privativa de libertad fuere de dos años. El límite de seis meses, escogido por nuestro legislador, se revela insuficiente si se piensa que él mismo ha considerado, en el Código de procedimientos penales, que la liberación provisional (cuya finalidad es, igualmente, evitar el ingreso del delincuente en prisión) se concederá a los inculpados de delito sancionado con no más de dos años como extremo máximo de la pena. Podría suceder, por ejemplo, que el autor de un delito de seducción (art. 201, pena no mayor de dos años de prisión) sea puesto en libertad provisional por el juez instructor, a fin de evitarle los efectos nocivos del encarcelamiento; pero al dictar sentencia, le imponga un año de prisión efectiva, pena que considera adecuada a la culpabilidad del agente. Los fines de la libertad provisional se verían frustrados. Para evitar esto, nuestros jueces imponen penas de seis meses, aún cuando no correspondan a la gravedad del acto y de la culpabilidad del agente, y poder, de esta manera, conceder la condena condicional.

La tendencia legislativa en los últimos años, se orienta hacia la concesión de la condena condicional a penas de mayor duración. En Alemania, se prevé para penas no mayores de un año y, en condiciones especiales, para penas de hasta dos años (26); en Suecia, se concede para toda pena de reclusión, cuyo máximo puede ser hasta de diez años (27); en Bélgica, es posible otorgarla hasta por penas no mayores de tres años (28); en Suiza, la ley de reforma del 18 de

sustantivo y no al procesal; cf. Vicenzo Manzini, Tratatto di Diritto Penale italiano – Secondo il Codice di 1930, Torino 1934. T. III. T. V, p., 539. En contra: D. García Rada, ver su voto singular en ocasión de la ejecutoria del 13 de mayo de 1959, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1959, p. 1026.

24. Código penal, edición oficial, p. 169.
25. Cf. Manuel G. Abastos, El delincuente en el Código Maúrtua, in Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima, 1938, p. 311.
26. Artículo 23, párrafos 1 y 2, texto de setiembre de 1969, in Bundesgesetzblatt, Bonn 1969.
27. Capítulo XXVII, artículo 2, del Código penal sueco, texto de 1965, in Información Jurídica, Nº 294-295, Madrid 1967.
28. Artículo 9 de la ley del 29 de junio de 1964, in Pasinomie, Bruselas 1964, p. 858.

marzo de 1971 aumenta de un año a dieciocho meses la duración de las penas cuya ejecución puede ser suspendida condicionalmente (29); en Italia, el proyecto Gonella mantiene el límite de un año establecido en el Código, pero lo aumenta en caso de multa a dieciocho meses (30); en el Brasil y la Argentina se mantienen los límites de dos años (31); en nuestro país, el artículo 53 del proyecto de 1972 fija, igualmente, dicho límite en dos años.

8. Fijación de la pena y concesión de la condena condicional

El agente puede haberse hecho merecedor de esta pena por la ejecución de cualquier delito o falta que sea reprimido con pena no mayor de seis meses de prisión o cuando siendo superior a este límite, la existencia de determinadas circunstancias, por ejemplo, un error de hecho o de derecho no culpable (art. 87), una eximente incompleta de pena (art. 90), permite al juez imponer una sanción de tal magnitud.

Se trata, pues, de la pena fijada en la sentencia de acuerdo a la culpabilidad y peligrosidad del agente (art. 51). De manera que la naturaleza de la acción, el tiempo y lugar de la perpetración, los medios usados, el modo de ejecución, en buena cuenta, el tipo y la gravedad de la infracción no son determinantes para la concesión de la condena condicional. Estos factores serán considerados, por el juez, al momento de individualizar la pena. Con razón afirmaba Angel Gustavo Cornejo: "la importancia o naturaleza del delito no entra en consideración para otorgar la condena condicional" (32).

29. Artículo 41, Nº 1, párrafo 1º; ver: José Hurtado, La reforma parcial del Código penal suizo (Ley penal del 18 de marzo de 1971), in Derecho, Lima 1972, p. 103 y s.
30. Artículo 42. El límite se duplica en caso de delincuentes que han cumplido 70 años y es de 3 años en caso de menores de 18 años; ver: Senato della Repubblica, V Legislatura, Nº 351, Roma 1968.
31. Artículo 71 del Código penal brasileño de 1969, in Revista de informaçao legislativa, Senado Federal, año VI, Nº 24, y artículo 26 del Código penal argentino, modificado por ley Nº 17567 del 19 de julio de 1968.
32. Comentarios al nuevo Código penal, Lima 1926, p. 187; cf. Bruns quien dice: "Erst nach Fixierung der schuldangemessenen Strafe ist die Frage der Strafaussetzung zu prüfen, beider es sich nach h. L. lediglich um eine Modifikation der Vollstreckung handelt...", Strafzumessungsrecht, Parte general, 1967, p. 31.

Nuestra jurisprudencia no distingue, correctamente, estas dos fases. La primera, en la que se determina la pena (art. 51), y, la segunda, en la que se tiene en cuenta la gravedad de la infracción. En muchos casos, como en los delitos culposos, las circunstancias fácticas no revelan, necesariamente, que el autor sea indigno de la condena condicional, y, por el contrario, un caso objetivamente leve ya puede constituir un indicio de que el agente tiende a cometer nuevos actos delictuosos.

En reiteradas oportunidades la Corte Suprema, ya sea para conceder o denegar la condena condicional, recurre a la "naturaleza del delito" o a la necesidad de "sancionar hechos de tal naturaleza". Ver, por ejemplo, ejecutorias del 29 de abril de 1941, del 19 de diciembre de 1941, del 5 de mayo de 1944 y del 23 de octubre de 1952 (33). En las dos últimas se dice, expresamente, "que la forma y circunstancias en que se ha cometido el delito excluye el beneficio de la suspensión de la pena" y que es "necesario sancionar hechos de esta naturaleza (accidente de tránsito que provoca tres muertos y dos heridos) que **se repiten con frecuencia**". Aquí predomina una razón de prevención general, directamente vinculada al tipo de infracción. Lo mismo sucede en la ejecutoria del 26 de octubre de 1952, en la que la Corte Suprema declara haber nulidad en la sentencia recurrida que imponía al acusado la pena de seis meses de prisión condicional, y reformándola le impuso un año de prisión, considerando, de acuerdo con el dictamen del Fiscal, que "el abigeato es un delito que se está repitiendo con frecuencia; (y) debe ser reprimido en forma seria (sic)..." (34). En nuestra opinión, estos fallos revelan de parte de sus autores una equivocada concepción de la naturaleza y fines de la condena condicional (35).

9. Pena de prisión compurgada total o parcialmente y condena condicional

No procede otorgar la condena condicional por el resto de la pena (no mayor de seis meses) que debe

33. Dichas ejecutorias han sido publicadas en Anales Judiciales 1935, p. 419, Revista del Foro 1941, p. 383, Revista de los Tribunales 1942, p. 25, Anales Judiciales 1944, p. 95, Revista de Jurisprudencia Peruana 1952, p. 2983.
34. Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, en Anales Judiciales 1942, P. 327.
35. Ver Supra Nº 3 y 5.

aún cumplir el condenado, después de ser descontada la carcelería sufrida durante el proceso. Se ha discutido, con cierta frecuencia, si es posible conceder la condena condicional por una pena de prisión no mayor de seis meses y al mismo tiempo dar por compurgada una parte de esta sanción. En una de sus resoluciones, la Corte Suprema ha respondido, desestimando la opinión favorable del Fiscal. Considera que "es inadmisible la aplicación conjunta de una condena condicional y una pena de prisión (efectiva) aunque sea compurgada ya que por su naturaleza y consecuencias se excluyen..." (36). Se trataba de una mujer sancionada por el Tribunal Correccional a tres meses de prisión compurgada en un mes y veinte días y suspendida condicionalmente en el resto. La Corte Suprema declara haber nulidad en la sentencia, por las razones ya indicadas, y reformándola le impone un mes de prisión, compurgada con la carcelería sufrida. Con este mismo criterio, es evidente, que no es posible admitir la condena condicional en caso de que la pena impuesta se dé por compurgada totalmente.

Esta concepción de nuestra jurisprudencia es demasiado formalista y no tiene en cuenta los fines de la institución. En la doctrina y jurisprudencia extranjera, las soluciones adoptadas en torno a este problema no son concordes. Así, por ejemplo, la Corte de Casación italiana considera que el "beneficio es aplicable aún cuando la pena ha sido completamente cumplida en detención preventiva" (37). El Tribunal federal suizo, en reiteradas decisiones, adopta la misma solución, por considerar que aún en tal caso la condena condicional es ventajosa para el delincuente y para la sociedad (38); el Tribunal alemán considera inadmisible que se conceda por tan sólo una parte de la pena (39), pero considera que no es excluida por la imputación de la detención preventiva o de otro tipo de privación de la libertad. Por el contrario, la jurisprudencia francesa sostiene el criterio opuesto (40).

10. b) **pena de multa**

La pena de multa consiste en la imposición al delincuente, por parte del juez, de la obligación de pagar una cierta cantidad de dinero, en concepto de retribución del delito cometido. En la legislación penal moderna, esta pena ha desempeñado un rol importante en la lucha contra las penas privativas de libertad de corta duración (41).

En el artículo 20 de nuestro Código penal, la multa ha sido regulada conforme al sistema sueco del profesor Thyrén. Según este sistema, el monto de la multa resulta de multiplicar el número de días-multa (unidad de medida artificial) por el monto de cada día-multa (fijado por el juez de acuerdo a la capacidad económica del delincuente) (42). El objetivo principal es que el condenado cumpla con hacer efectiva la multa. Para esto, el juez fijará un plazo prudencial para el pago y podrá, también, autorizar a realizarlo por cuotas, "haciéndolo compatible con las necesidades del condenado y de su familia" (43).

Sólo en el caso de que el condenado no pague la multa en el plazo fijado o sea insolvente, la multa se convertirá en prisión a razón de un día por cada sol. La duración de la prisión no podrá exceder de tres meses (art. 21). Esta conversión representa, especialmente, en caso de insolvencia del condenado, "uno de los mayores peligros de injusticia de esta pena" (44).

36. Ejecutoria del 13 de octubre de 1947, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1948, p. 565.
37. Cass. Sez. I, 22 gennaio 1962, Bulla, Cass. pen. Mass, ann. 1962, 640, m. 1158, citada por Guissepe Lattenzi, I Codici Penali, Milano 1964, p. 226.
38. Bundesgerichtsentscheid 1955 81 IV 210; 1943 69 IV 151.
39. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen 6, 163. El artículo 23, párrafo 4, ab initio, del Código penal alemán reformado dice: "Die Strafaussetzung kann nicht auf eien Teil der Strafe beschränkt werden". Pero, esta misma disposición estatuye que la condena condicional no es excluida por la imputación de la detención preventiva o de otro tipo de privación de libertad. Expresamente dispone: "Sie wird durch eine Anrechnung von Untersuchungshaft oder einer anderen Freiheitenziehung nicht ausgeschlossen", in Bundesgesetsblatt 1969.
40. Lyon, 20 février 1893, Gaz. Pal. 1893, II 547, citada por Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et criminologie, 2ª edición, Droit pénal géneral, Paris 1970, p. 636.
41. Schmelck et Picca, Pénologie et droit pénitentiaire, Paris 1967, p. 109.
42. Ancel — Strahal, Le droit pénal des pays scandinaves, Paris 1969, p. 118 y s. Nuestro Código en su artículo 20, in fine, estatuye que si el condenado no tiene bienes, empleo o industria, no ganare salario, se considerará como renta el salario normal.
43. Artículo 23 del Código penal; ver exposición de motivos en Código penal edición oficial, 1939, p. 166-167.
44. Sebastián Soler, Derecho Penal argentino, Buenos Aires 1963, T. II, p. 391.

Pero aún cuando la conversión ha sido ordenada, es posible evitar la prisión. De un lado, el condenado puede, en cualquier momento, hacer cesar su encarcelamiento pagando la multa, deducida la parte correspondiente de la prisión sufrida (art. 22); y, de otro lado, el condenado puede pedir que se reemplace la prisión sustitutiva de la multa por la prestación de un trabajo determinado en una obra del Estado o de instituciones de utilidad pública, en razón de un día de trabajo por cada día de prisión (art. 24) (45).

Teniendo en consideración las medidas previstas por nuestro legislador para el cumplimiento de la pena de multa, podemos afirmar que su conversión en una pena de prisión tendrá lugar, sólo, en caso de insolvencia o de incumplimiento de pago por mala voluntad del condenado. En el segundo caso de los nombrados, el encarcelamiento del condenado que no quiere pagar la multa sería justa, si bien podría discutirse sobre su oportunidad. En el primer caso, por el contrario, el encarcelamiento del condenado insolvente parece como un castigo a su falta de capacidad económica. Esto ha dado pie a numerosas críticas contra la pena de multa. Esta posibilidad parece que fue tomada en cuenta por nuestro legislador para admitir la condena condicional en caso de que se imponga la pena de multa. Al respecto, el texto original del artículo 53, in fine, estatuía: "La pena de multa podrá ser también objeto del beneficio de suspensión condicional" (46). El artículo 286 del Código de procedimientos penales la enumera en primer lugar. Esta solución ya había sido adoptada por la ley belga de 1888, la ley francesa de 1891, el Código penal argentino de 1921, el Código penal italiano de 1940 (47). Doctrinariamente, muchos no aprueban este criterio por estimar que la ejecución de una pena de multa no expone al condenado a los peligros propios de las penas privativas de libertad de corta duración. Este es el criterio que primó, por ejemplo, en la segunda gran comisión redactora del Código penal suizo, que no aceptó una propuesta de Delaquis y Studer para extender, siguiendo el ejemplo francés, la condena condicional a la pena de multa (48). Este rechazo se comprende por cuanto la condena condicional surge como medio de lucha ideal para combatir los efectos nocivos de las penas privativas de libertad de corta duración. Hacia este fin, a nuestro entender, se orientaron tanto el legislador francés como el nuestro, al extender la aplicación de la condena condicional a la multa. Esta amplitud del campo de aplicación favorece el aspecto preventivo, autoreeducador, de la condena condicional.

Algunas legislaciones extranjeras contienen una solución intermedia, admiten que la condena condicional procede sólo cuando la pena de multa se sustituya por una pena privativa de libertad. Es el caso del Código penal español, artículo 93 (49); entre los proyectos cabe indicar el venezolano de 1967, artículo

45. A nuestro conocimiento, no se ha aplicado este substituto de la prisión que reemplaza a la multa impaga. Este sistema, admitido últimamente en el contraproyecto alemán de 1966, ha sido criticado, sobre todo, en relación a las posibilidades prácticas de ejecución. Sus defensores han respondido que, ciertamente, el Estado deberá crear los nuevos organismos que permitirán la aplicación de tal disposición y que modificaciones institucionales de esta envergadura están vinculadas a toda reforma en profundidad. Ver al respecto: Peter Noll, Le contre-projet d'un code pénal allemand, in Revue de Droit pénal et de Criminologie 1969, p. 757, nota 11 y la bibliografía citada.

46. Reproduce el último párrafo del artículo 40 del Proyecto peruano de 1916, que parece inspirado en la legislación francesa.

47. El proyecto Gonella mantiene el mismo criterio, pero señala que convertida (mentalmente) la multa a prisión (sola o conjunta a pena privativa de libertad) no sea mayor de 18 meses, en lugar de un año como lo hace el artículo 163 del Código vigente. Ver artículo 45, Nº 1, del proyecto de Código penal austriaco de 1969, in 706 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI G. P., Viena 1968.

48. Proces-Verbaux de la 2eme commission d'experts, Lucerne 1913, T. I, p. 421. En el Código penal brasileño de 1969, artículo 71, último párrafo, se excluye la suspensión condicional de la multa. El Código penal alemán, artículo 29, Nº6, disponía la remisión de la pena de multa, cuando el condenado, sin culpa, no la cancelaba. Esta disposición ha sido conservada en el texto reformado. El legislador argentino ha modificado, mediante Ley Nº 17567, el artículo 26 del Código penal, en el sentido de excluir para las penas de multa la aplicación de la condena condicional.

49. Artículo 93, Nº 3: "Que la pena consiste en privación de libertad, cuya duración no exceda de un año y esté impuesta como principal del delito o falta o como *subsidiaria por insolvencia en caso de multa*". Casi en idénticos términos estaba redactado el artículo 2, Nº 3, de la ley española Nº 233 del 17 de marzo de 1908, que introdujo la condena condicional. Ver: Quintano Ripollés, Comentarios al Código Penal, Madrid 1966.

98; y al peruano de 1972, que en el último párrafo del artículo 53, establece: "La pena de multa, en caso de insolvencia, podrá ser suspendida".

Nuestro legislador no hace depender del monto de la multa la concesión de la condena condicional.

La pena de multa, según nuestro Código penal, puede ser impuesta como pena principal o como accesoria (art. 29). Como principal será impuesta cuando haya sido prevista, en la parte especial, como la única pena para el delito en particular (50), como pena alternativa junto a una pena de prisión (51) o como pena conjunta a una pena de prisión (52) o de inhabilitación (53). En su calidad de accesoria, la pena de multa será impuesta cuando el delito es cometido con fines de lucro o por codicia (art. 25) (54).

A pesar de la amplitud con que nuestro legislador recurre a la pena de multa, nuestros tribunales imponen en raras ocasiones esta sanción (55). De la misma manera proceden los jueces instructores en los casos que dictan sentencia.

En los raros casos en que imponen la pena de multa, nuestros jueces casi no hacen uso de la condena condicional (56).

En todos los casos en que la pena de multa es impuesta como principal (sola o conjuntamente con una pena privativa de libertad), el juez puede conceder la condena condicional en virtud del artículo 286 del Código de procedimientos penales. Si fuere impuesta como accesoria, deberá invocarse el artículo 54 del Código penal que permite extender los efectos de la condena condicional, concedida para la pena principal, a las penas accesorias.

11. Condena condicional en caso de penas conjuntas de prisión y multa

Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la concesión de la condena condicional a un delincuente sancionado por una pena privativa de libertad y por una pena pecuniaria. De acuerdo a las disposiciones legales vigentes, es posible que el juez la otorgue en relación a las dos penas. Pero, ¿podría otorgarla en relación a una y negarla en la otra? Sobre el particular, consideramos que estando cumplidas las condiciones exigidas por la ley y estimando el juez necesaria la concesión, sería poco lógico el negarla, supongamos sólo en relación a la pena privativa de libertad. Este criterio es admitido por la doctrina y jurisprudencia de Francia e Italia, países cuyas legislaciones admiten la condena condicional para la multa (57).

50. No son más de diez y se trata de infracciones dolosas leves o culposas: artículos 183, 210, 234, 242, 243, 276, 306, 325, 327, 346.
51. Existen veinticuatro casos; ejemplos: artículos 185, 209, 232, 268, 287, 292, 301.
52. Hay treintitrés casos, ejemplos: artículos 243, 248, 276, 298, 365, 367.
53. Se dan veintiún casos, ejemplos: artículos: 305, 338, 347, 360.
54. Sobre penas accesorias y condena condicional, ver infra Nº 13. El artículo 29 de nuestro Código penal parece no tener antecedentes legislativos nacionales o extranjeros. Sin embargo, es de considerar que la idea proviene de los anteproyectos suizos de 1915 y 1916, fuentes legales del proyecto peruano de 1916. En dichos anteproyectos se consideró a la multa, impuesta cuando el delincuente ha actuado por codicia, entre las penas accesorias. Así el anteproyecto de 1915, bajo el rubro marginal de "5. Peines accesoires" consideró en el artículo 49 la "amende accessoire a une peine privative de liberté". En el proyecto de 1918, ya no figura bajo dicho rubro, sino en el correspondiente al de la multa; pero no se modifica el texto de la disposición: "Si le délinquant a agi par cupidité, le juge *accessoirement à la peine privative de liberté,* pourra le condamner à une amende" (art. 47).
Por esta misma razón, creemos, que José Peco consideró en su proyecto entre las penas accesorias la multa cuando el delito se comete por móvil de lucro (art. 49 de su proyecto). Ver su Proyecto de Código penal argentino, p. 153.
55. De una simple revisión de los cuadernos copiadores de sentencias de los Tribunales Correccionales, aparece que del total de sentencias pronunciadas entre 1967 y 1971 (15,287), en no más del uno por ciento se imponen multas.
56. Como referencia diremos que uno de nuestros colegas que ejerció el cargo de juez instructor suplente, en forma continuada durante tres años, no dictó más de diez sentencias imponiendo multas, de las cuales una sola condicionalmente.
57. Ver Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et criminologie, p. 636. La Corte de Casación italiana ha resuelto que "en el caso de condena por un delito sancionable con pena privativa de libertad y con pena pecuniaria, es ilegítima la concesión del beneficio limitado sólo a la primera", Cass. 24 giguno 1948, Remo altri, Giustizia Penale 1948, II, p. 598. Merece señalarse el caso del Código penal sueco que establece: "junto a la condena condicional puede imponerse multa no mayor de 120 dias-multa, aún cuando la ley no lo establezca,

12. Pena de prisión sustitutiva de multa y condena condicional

De la manera como se ha regulado la multa y la condena condicional en nuestro ordenamiento legal, surge el problema de saber si sería posible suspender condicionalmente la pena de prisión que sustituye una pena de multa no pagada por insolvencia. De "lege lata", no procede, ya que el artículo 286 del Código de procedimientos penales dice: "En los casos en que **se dicte** condena de multa o de prisión que no exceda de seis meses...". De "lege ferenda", cabría preguntarse si la concesión de la condena condicional no compensaría la injusticia debida a la desigualdad económica, de la cual el condenado no es culpable. Sin embargo, podría evitarse esta situación, al menos parcialmente, no imponiendo la pena de multa cuando se conoce o se tiene razones fundadas para creer insolvente al delincuente (58).

13. Penas accesorias

Según el artículo 14 de la ley 9014, cuyo texto reproduce casi literalmente el del artículo 54 del Código penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal puede ser extendida por el juez a la de las penas accesorias y a la de las incapacidades establecidas en la sentencia. De esta manera, el legislador resuelve, expresamente, un problema muy discutido en doctrina.

En doctrina se considera penas accesorias a aquéllas que siguen a una pena principal (sanción esencial) de la infracción. Cuando el juzgador impone una pena principal, a la cual el legislador ha vinculado una pena accesoria, ésta se aplica automáticamente, de pleno derecho, por ley, sin que haya necesidd de que el juez la pronuncie especialmente. El juez no puede, de otra parte, ordenar su no aplicación (59).

Sin embargo, es de destacar que esta clasificación precisa de la doctrina no es, rigurosamente, admitida por el legislador. Este parece ser el caso en nuestra legislación. El artículo 29 de nuestro Código penal estatuye que las penas de multa e inhabilitación pueden ser impuestas como penas principales o como accesorias. La multa podrá ser considerada accesoria, sólo cuando el delito hubiera sido cometido con fines de lucro o por codicia. El artículo 25 establece que en esos casos, "el juez agregará una multa"; es decir que es necesario que la imponga expresamente el juez y éste no la podrá imponer en todos los casos que condene, por ejemplo, a pena privativa de la libertad. Respecto a la inhabilitación, el artículo 30, infine, declara expresamente: "Cuando **fuere impuesta como accesoria** de las penas privativas de la libertad, su tiempo comenzará a correr desde el día de la liberación definitiva del condenado" (60). Es decir, que nuestro legislador no ha considerado su aplicación automática, de pleno derecho. Si el juzgador omite declarar la inhabilitación posterior y su sentencia queda consentida, no podrá considerarse al condenado como inhabilitado. Nuestra jurisprudencia exige que en las condenas por infracciones cometidas con abuso del ejercicio de un mandato, cargo, empleo, profesión, negociación o arte, se imponga, taxativamente, la inhabilitación relativa, a pesar de que el artículo 36 establece que ésta **"irá siempre anexa"** a tales condenas (61).

Admitir que la noción de pena accesoria aceptada por nuestro legislador debe ser la sostenida por la doctrina, nos conduciría a confusión en la interpretación de otras disposiciones del Código penal. Esto implicaría que la pena de prisión no admite pena accesoria alguna y que, por lo tanto, está demás el artículo 54 (Art. 14 de la ley 9014) que prevé la extensión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal a la de las penas accesorias. Los miembros de la Comisión revisora del Código penal, que ha elaborado el proyecto de 1972, admiten que la prisión tiene accesorias, al disponer que "la suspensión condicional de la ejecución de la pena principal no se extenderá a las penas accesorias...". De esta manera, se seguiría la orientación del Código de procedimientos penales francés que en su artículo 736

pero si es que es necesaria para la reeducación del delincuente o para la prevención general" (art. 2, Capítulo XXVII).

58. En realidad, los delincuentes se reclutan en su gran mayoría entre los menos favorecidos económicamente; esto explicaría, también el porqué esta pena ha logrado poco éxito en nuestro medio.

59. Bouzat et Pinatel, Traité de droit pénal et criminologie, p. 324. El Código penal italiano define ambos tipos de penas de la siguiente manera: artículo 20 "Le pene principali sono inflitte dal giudice con sentenza di condanna; quelle accessorie conseguono di diritto alla condanna, come effetti penali di essa".

60. Ver artículos 31, 34 y 35 del Código penal.

61. Ejecutoria del 3 de mayo de 1945, in Anales Judiciales 1945, p. 146.

establece igual prohibición; en la América latina, el Código penal brasileño de 1969 contiene igual solución, por lo demás ya prevista en el Código de 1940.

No existiendo actas de las sesiones de la Comisión elaboradora del proyecto peruano, ni exposición de motivos, no sabemos qué razones pueden haber tenido sus miembros para proponer dicha modificatoria. Creemos, sin embargo, que es más conveniente para que la condena condicional cumpla con sus fines, que ella se extienda a las penas accesorias. Hacer efectiva estas penas podría significar poner obstáculos al proceso de autoeducación que debe propiciar la condena condicional. Además, es de recordar que el artículo 14 de la ley 9014 (art. 54 del Código penal) deja en poder del juez la decisión de extender o no su aplicación a las penas accesorias.

Se consideran penas accesorias de la pena de prisión, según nuestro Código penal, la multa (en caso de infracciones cometidas con fines de lucro o por codicia, art. 25), la privación de la patria potestad (siempre que el delito se haya cometido sobre los hijos del condenado o en perjuicio de los mismos, art. 33), la inhabilitación especial (declarada en la sentencia, art. 35), la inhabilitación relativa (anexa a condena por infracciones cometidas con abuso del ejercicio de un mandato, cargo, etc., art. 36) y la confiscación (art. 46).

Si se tiene en cuenta, primordialmente, el fin de prevención individual de la condena condicional, hay que estimular y no entorpecer el proceso de autoeducación que ella comporta. Por esta razón, José Peco estima con justeza que: "Conceder condicionalmente la remisión y aplicar sanciones accesorias implicaría cohibir al delincuente y conspirar contra su rehabilitación. Lo lógico, lo natural, es conceder condicionalmente la remisión del cumplimiento de las sanciones accesorias con la principal. También es lógico y natural dejar subsistente la responsabilidad civil y las costas" (62).

Podemos pensar, sin embargo, que en la práctica cuando el juez prouncie una pena accesoria, lo hará estimando que es indigno de la condena condicional (63).

62. Proyecto de Código penal argentino, p. 187.
63. P. Logoz, Commentaires du Code pénal suisse, p. 180.

14. **Criterio admitido en la ley 9014**

El presupuesto de la condena condicional, referente a la pena, es de carácter formal; y es, generalmente, aceptado en la legislación extranjera. Esto es debido, justamente, al hecho de que la condena condicional fue, inicialmente, admitida como un eficaz medio de lucha contra los efectos nocivos de las penas privativas de corta duración.

Nuestro legislador al dictar la ley 9014 estableció otro criterio, dependiente más bien de la naturaleza de la infracción. Mediante el artículo 13 se modificó el artículo 53 del Código penal, en los siguientes términos: "El juez podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena a los responsables de los delitos previstos en los artículos 82 y 83 del Código penal...". Ya no era, pues, la pena el primer criterio para discriminar los casos en que procede la condena condicional. De conformidad al artículo 83, el agente de la infracción no intencional ni culposa (no culpable), será también reprimible, en los casos de peligro social, cuando la ley lo prescriba expresamente, sustituyendo a la pena la medida de seguridad o educativa más adecuada determinada por la ley. Esto quiere decir, que ya no se trata de imponer una pena ("no hay pena sin culpabilidad"), sino de imponer al autor peligroso una medida de seguridad o educativa. Es, por tanto, inconcebible hablar en estos casos de condena condicional (64). Cómo pretender suspender, sin desnaturalizar completamente estas medidas, la ejecución del internamiento en un hospital o en un hospicio de delincuentes inimputables o semi responsables peligrosos (arts. 89 y 91), o de la colocación en una sección especial de una escuela de artes y oficios, o en una casa destinada exclusivamente a la educación por el trabajo, de delincuentes cuyos actos fueron consecuencia del desarreglo o de la ociosidad en que hubieran vivido. Además, no vemos cómo se cumpliría, precisamente a causa de la personalidad especial de tales agentes, la segunda condición establecida por la misma ley en el artículo 13: "si los antecedentes y el carácter del condenado...". Puede pensarse que me-

64. Es por esto que el Código penal italiano dispone que la suspensión condicional de la pena no puede ser concedida "allorche alla pena inflitta deve essere aggiunta una misura di sicurezza personale, perche il reo o persona che la legge presumesocialmente pericolosa" (art. 164, inc. 2, pf. 1º). Esta disposición es mantenida en el proyecto Gonella.

diante la referencia al artículo 83, el legislador no quiso referirse a las medidas de seguridad sino a las penas que con ellas se substituyen. Pero, en caso de inimputables no se aplica pena alguna; en relación con la medida para los delincuentes ebrios habituales, el artículo 41 dispone que se ejecutará después de cumplida la pena (no hay, pues, suspensión alguna); en referencia a la medida destinada a los delincuentes semisalvajes (art. 45) no se suspende la pena sino se la reemplaza con tal medida. Quedarían los casos previstos en los artículos 42 y 91 del Código penal. Se trata de los delincuentes de imputabilidad relativa y de los que viven en el desarreglo o la ociosidad. En el artículo 91, se establece que el juez "suspenderá la ejecución de la pena y ordenará" el internamiento; y en el artículo 42, se establece que el juez puede "suspender condicionalmente la ejecución de la pena y colocarle...". Si es a estos casos a los que quería referirse el legislador, no sólo se equivocó sino que reveló desconocimiento de lo que es la condena condicional.

El artículo 82, al cual también se refiere el artículo 13 de la ley 9014, trata de la negligencia o culpa. De esta manera, trató el legislador de restringir la aplicación de la condena condicional; pero al mismo tiempo ampliaba su concesión a casos en que la pena era superior a seis meses (65). En las decisiones publicadas por la Corte Suprema, no hemos podido encontrar casos en que esta disposición haya sido aplicada durante el tiempo en que estuvo en vigencia. Estimamos que dicha disposición ha sido tácitamente derogada por el artículo 286 del Código de procedimientos penales. Este artículo retorna, como lo hemos indicado antes, a la orientación del texto original del Código penal.

15. c) **Primera condena nacional o extranjera**

El texto original del artículo 53 del Código penal establecía, como requisito de naturaleza objetiva, que el delincuente "no hubiere sido objeto, por razón de delito intencional de ninguna condena anterior nacional o extranjera". La referencia al "delito intencional" parece provenir del proyecto suizo de 1918. Por el contrario, nuestro legislador se aleja del modelo helvético, el cual exigía que "el condenado no haya sufrido, en Suiza o en el extranjero, ninguna pena privativa de libertad...". Nuestro legislador prefirió, quizás siguiendo al Código penal argentino, otorgar la condena condicional sólo en los casos de "primera condena". El artículo 286 del Código de procedimientos penales modifica este requisito en el sentido de que toda condena anterior nacional o extranjera dictada contra el delincuente impide que se le conceda la condena condicional (66).

La referencia que se hace a la condena extranjera es tan general que comprende hasta las impuestas por un acto que no sea considerado delito en nuestro país. La razón radica, quizás, en el hecho de que dichos antecedentes va impediría realizar un pronóstico favorable sobre la futura conducta del delincuente, puesto que revelaría en él una tendencia a realizar conductas prohibidas. En este punto, existe también una diferencia con las normas que regulan la reincidencia. El artículo 111, párrafo 3, establece "cuando se trate de condena extranjera, sólo se tomará ésta en cuenta para los efectos de la reincidencia, si el hecho que la hubiere motivado fuere también punible como delito en la República". Estimamos que restringir, mediante una exigencia parecida, la fórmula tan general de nuestra ley sería favorable para destacar aún más el aspecto preventivo de la condena condicional. En la legislación extranjera reciente, podemos señalar que la ley suiza de reforma penal del 18 de marzo de 1971, incluye en el artículo 41 del Código penal la siguiente disposición: "Las sentencias extranjeras son tomadas en cuenta si no contradicen el orden público". Fórmula semejante es empleada en la misma ley en relación con la reincidencia (art. 67, Nº 2).

Quien sea merecedor de una pena mayor de seis meses de prisión y que haya sido, anteriormente, condenado en razón de un delito o falta a una pena de multa o de inhabilitación temporal, etc. (no es necesario que la haya cumplido en todo o en parte), no podrá ser sometido a la condena condicional. Dicha condena anterior puede haber sido dictada en cualquier época. En esto también, el legislador nacional abandona

65. Generalmente, nuestro legislador ha previsto que la comisión culposa de ciertos delitos es sancionada con pena de prisión no mayor de dos años o con pena de multa. Por ejemplo: artículos 156, párrafo 1º; 168; 262, párrafo 1º; 263, párrafo 3º; 267, párrafo 3º; 274, párrafo 2º.

66. En el proyecto de 1972, se vuelve a exigir que la condena anterior debe ser dictada a la ocasión de la comisión de un delito doloso (art. 53, pf. 1º).

el modelo suizo que fijaba un plazo de diez años. Este plazo fue disminuido, posteriormente, a cinco años, que es el mismo fijado en la norma que regula la reincidencia. Asimismo, la legislación suiza exige en ambas instituciones que el delincuente haya sufrido pena privativa de libertad.

En nuestro Código penal, por el contrario, no existe tal concordancia. Así el artículo 111 requiere para la reincidencia que el condenado haya cumplido, anteriormente, en todo o en parte una pena privativa de libertad; el artículo 286 del Código de procedimientos penales, como lo hacía el artículo 53 del Código penal, considera suficiente para no otorgar la condena condicional que al delincuente ya se le haya impuesto una condena. El caso peruano es, para nuestro conocimiento, excepcional. Los legisladores siempre han regulado uniformemente ambas instituciones, ya sea exigiendo la ejecución parcial o total de la condena anterior (Suiza, Alemania, Italia, Bélgica) o estimando suficiente la imposición de una condena (Francia, Argentina).

En doctrina se ha discutido, con frecuencia, si la condena impuesta al delincuente por un acto cometido posteriormente al acto que actualmente se juzga, puede ya enervar la posibilidad de conceder la condena condicional (67). En 1930 un Tribunal Correccional de la República se pronunció negativamente. Consideró que no es aplicable el artículo 53, inciso 1º, del Código penal "porque el encausado no ha infringido la ley, después de haber sufrido la condena condicional... y de haberse tenido constancia en autos de la existencia de estos actuados, se hubieran acumulado ambos procesos, pronunciándose un solo fallo, y la situación procesal que se presenta no puede apreciarse desfavorablemente para el encausado, negándosele el beneficio de la condena condicional, no procediendo por lo mismo, hacer efectiva la pena, que fue suspendida en la anterior condena...". La Corte Suprema declaró haber nulidad en esta sentencia recurrida, apoyándose en el Dictamen del Fiscal. Este afirmó que "si consta de autos que ya el agente ha sufrido una condena anterior, en el momento en que es sentenciado por nuevo delito, poco importa que su segunda delincuencia se hubiese realizado antes de ser condenado, ya que para los efectos de la ley basta que esa condena haya existido en el momento en que se impone la nueva" (68).

Del texto de la ley se desprende, a diferencia de lo que sucede en la reincidencia, que la concesión de la condena condicional no se funda en el fracaso de una medida judicial (pena). Todo gira en torno al hecho de que el candidato a la condena condicional no haya sido objeto de una condena anterior.

Cabría aún preguntarse, si es posible conceder la condena condicional cuando la condena anterior fue impuesta condicionalmente. La respuesta supone la determinación de los efectos de la condena condicional (69). Aquí, nos basta decir que si la nueva infracción se comete dentro del plazo de prueba será de aplicación el artículo 56, inciso 1º, in fine. Por el contrario, si esta infracción es cometida una vez transcurrido dicho plazo, sería posible conceder nuevamente la condena condicional, por cuanto el artículo 55 establece que el "juzgamiento se considerará como no producido", es decir que la condena desaparece (70).

16. **Amnistía e indulto**

Procede conceder, igualmente, la condena condicional al delincuente amnistiado o indultado, por cuanto la amnistía "suprime legalmente el hecho punible a que se refiere e implica el perpetuo silencio respecto de él. El indulto suprime la represión del hecho punible (art. 126). En la misma condición se encontrará el rehabilitado, ya que el artículo 131 establece que "el juez ordenará la supresión (de la condena del Registro judicial), quedando así la historia del condenado libre de todo antecedente penal".

En fin, lo que interesa es que el candidato a la condena condicionel no tenga en su haber, en el momento de ser juzgado, una condena anterior cuya inscripción en el Registro judicial no haya sido borrada.

La condena extranjera debe ser conocida por la vía legal (71).

No se trata, pues, del primer delito o falta. Ya hemos visto que es posible conceder la condena condi-

67. Ver Ricardo Núñez, Derecho penal argentino, T. II, p. 526-527.

68. Ejecutoria del 21 de mayo de 1932, in Revista de los Tribunales 1932, p. 109.
69. Ver infra Nº 28.
70. Ver infra Nos. 25 y 28.
71. Manuel G. Abastos, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Lima 1938, p. 313.

cional cuando la pena (no mayor de seis meses de prisión o multa) es impuesta en consideración a un concurso real de delitos (72).

17. **Delincuentes primarios y ocasionales**

Si se considera delincuente primario al que no ha sufrido en el Perú ni en el extranjero ninguna condena y al que condenado condicionalmente no dio lugar a la revocación, al rehabilitado, al amnistiado, bien podemos decir que la condena condicional está destinada a los delincuentes primarios (73).

Por el contrario, si tenemos en cuenta la tercera condición establecida para conceder la condena condicional (pronóstico de que el condenado no cometerá nuevo delito), se puede estimar que no es suficiente el carácter primario del delincuente, sino que éste debe ser además un ocasional, entendiéndose por tal "el sujeto sin antecedentes penales, dotado de sensibilidad moral, que habiendo delinquido una vez, no ofrece la probabilidad de cometer nuevo delito" (74). En las ejecutorias de la Corte Suprema se habla, generalmente, de delincuente primario (75).

18. d) **Pronóstico favorable sobre el futuro comportamiento del condenado**

El artículo 286 del Código de procedimientos penales establece, siguiendo en parte el artículo 53 del Código penal, como última condición "que los antecedentes y el carácter del condenado hagan prever que no cometerá nuevo delito" (76).

De esta manera, se exige al juez el análisis detenido del caso individual. Para poder conceder la condena condicional, él debe, después de observar los antecedentes y el carácter del delincuente, concluir formulando un pronóstico favorable sobre su futuro comportamiento. La sola esperanza de que no volverá a reincidir no es suficiente. En caso de duda no puede admitirse la aplicación del principio "indubio pro reo" (77).

No se puede admitir, por la necesidad que hay de examinar al delincuente, la concesión de la condena condicional en procesos contra ausentes. La Corte Suprema lo declara, expresamente, en una de sus ejecutorias (78).

Este pronóstico exige una apreciación individual de todas las circunstancias que permitan prever la futura conducta del autor. Los índices objetivos y subjetivos de peligrosidad enumerados por nuestro legislador en el artículo 51 del Código penal, pueden servir de guía al juez en esta tarea. Indicios que conducen, justamente, al conocimiento de la personalidad del delincuente.

Esto supone, de la parte del juez, un esfuerzo mayor que el de la simple constatación, mediante el boletín de condenas, de que el inculpado tiene o no antecedentes judiciales o penales. Esta insuficiente manera de formular el pronóstico de no reincidencia prima en nuestro medio. La causa principal de esta situación es la defectuosa organización de la administración judicial. La acumulación de procesos en los tribunales y juzgados impide el estudio serio de la personalidad de cada inculpado.

Esta exigencia basada en los antecedentes y el carácter del condenado, fundamento para considerar esta institución como medio de individualización de la represión penal, excluye la posibilidad de que el juez niegue la condena condicional en razón de criterios formales generales; por ejemplo, la necesidad de reprimir severamente a los autores de ciertos delitos, como aquéllos contra el honor sexual o contra los deberes de función.

La Corte Suprema en varias de sus decisiones se aleja, sin embargo, de este criterio. En 1935, por ejemplo, la Segunda Sala de la Corte Suprema, al conocer que la Corte Superior de Arequipa otorgaba con cierta frecuencia la condena condicional (casos de delitos contra el honor y el patrimonio), acordó recomendar a dicha Corte "proceda a la debida aplicación del Título VI del Código penal sujetándose en todo lo que

72. Ver supra Nos. 7 a 11.
73. Ver Luis Bramont Arias, Código penal anotado, Lima 1966, p. 125.
74. Manuel G. Abastos, Revista de Derecho y Ciencias Políticas. p. 306. Respecto a que se trata del primer delito, ver supra Nº
75. Ver: Ejecutoria del 19 de diciembre de 1941, in Revista de los Tribunales 1942, p. 25, y del 23 de abril de 1953, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1953, p. 989.
76. Artículo 53, inciso 2º: "Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida le impedirá cometer nuevo delito".
77. Lackner y Massen, Strafgesetzbuch, p. 52.
78. Ver: Boletín de la Corte Suprema, año 1, Nº 1, p. 45.

a dicha condena se refiere a las prescripciones en él establecidas, todo lo cual contribuirá seguramente a hacer más respetables y efectivas, las sanciones autorizadas por la ley penal, **en relación con la comisión de los diversos delitos cuya frecuencia transforma la vida jurídica y normal de la sociedad"**. Esta última frase supone erigir en obstáculo el efecto de intimidación general atribuído a la pena, descuidando el factor individual a que se refiere el legislador. Esa misma opinión, defendida por el Fiscal en su dictamen, sirve de base a la Corte Suprema para negar la condena condicional al autor del delito de abigeato. Sostenía el Fiscal que "el abigeato es un delito que se está repitiendo con mucha frecuencia; debe ser reprimido en forma seria..." y "que una prisión suspendida resulta hasta cierto punto irrisoria" (79). Lo mismo sucede con los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud cometidos culposamente (80).

Este criterio se refleja, igualmente, en la política legislativa del Estado, quien descarta, expresamente, la concesión de la condena condicional en ciertas clases de delitos. En el caso, por ejemplo, de la ley 10202 del 22 de julio de 1945 que reprime el delito de abigeato (art. 10); del Decreto Ley Nº 17716 del 24 de junio de 1969 (Ley de Reforma Agraria), en cuanto reprime ciertas formas de los delitos de usurpación y contra la tranquilidad pública (Tercera disposición especial); del Decreto Ley Nº 17816 del 16 de setiembre de 1969 que prohíbe la caza de la vicuña (art. 10); del Decreto Ley Nº 19049 del 30 de noviembre de 1971, que reprime ciertas formas de terrorismo.

No creemos que la exclusión total de la condena condicional en relación con determinados delitos sea la solución adecuada para luchar eficazmente contra tal tipo de delincuencia. La restricción del campo de aplicación de la condena condicional, significa en esos casos la manifestación de una política puramente represiva, la cual olvida la naturaleza y fines de la institución que estudiamos. Por tratarse, justamente, de una medida cuya aplicación depende, sobre todo, de la personalidad del agente, consideramos que es más oportuno dejar en manos del juez (estableciéndolo en forma expresa) la facultad de no otorgar la condena condicional, si por razones de prevención general se considera necesaria la ejecución de la pena, a pesar de que se den todos los requisitos de la condena condicional. Este es el criterio admitido, por ejemplo, por los legisladores germano y sueco. El artículo 23, Nº 3, del Código penal alemán estatuye que la condena condicional no se concederá, en caso de penas privativas de libertad cuya duración no sea inferior a seis meses, si la defensa del orden público lo exige (81). El Código penal sueco contiene una disposición más general, por cuanto no establece límite respecto a la duración de la pena (82).

79. Ejecutoria del 26 de octubre de 1942, in Anales Judiciales 1942, p. 327.
80. Ejecutoria del 23 de octubre de 1952, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1952, p. 2983.

19. Arbitrio judicial en la concesión de la condena condicional

Dadas las tres condiciones exigidas, el juez debe, por regla general, conceder la condena condicional. Pero, él no está obligado a hacerlo. Sin embargo, la ley al establecer que el juez "podrá suspender la ejecución de la pena" no le está concediendo un poder discrecional de decisión. Con esta expresión, el legislador ha admitido la posibilidad de que el juez niegue la condena condicional en razón de una circunstancia que no esté indicada expresamente en la ley. Esto no significa que se deje al juez plena libertad para decidir. No puede, sin violar el sentido de la ley, considerar otras condiciones generales como las que hemos señalado al final del acápite precedente. Sólo circunstancias propias al caso que se juzga, más exactamente, a la personalidad del delincuente, justifican tal negativa a pesar de que se den las tres condiciones nombradas por la ley (83). En buena cuenta, el criterio determinante que ha de tener en cuenta el juez es la finalidad de la condena condicional: evitar que un delincuente no peligroso reincida, alejándolo de la prisión y dándole ocasión para que se autoeduque.

20. e) Período de prueba: reglas de buena conducta

El artículo 53 del Código penal, en su penúltimo párrafo (ab initio), establecía que "la sentencia mencio-

81. Dice textualmente esta disposición: "Bei der Verurteilung zu Freiheitsstrade von mindestens sechs Monaten wird die Vollstreckung nicht ausgesetzt, wenn die Verteidigung der Rechtsordnung sie gebietet", Bundesgesetzblatt, Nº 88, 1969.
82. Capítulo XXVII, artículo 1º.
83. Paúl Logoz, Commentaires du Code pénal suisse, p. 183; Vital Schwander, Das schwizerische Strafgesetzbuch unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis, 2ª edición, Zürich 1966, p. 184.

nará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional..." (84). El Código de procedimientos penales y la ley 9014 no dicen nada al respecto y tampoco contienen normas que lo contradigan. Estimamos, pues, que el juez debe establecer en la sentencia el por qué se otorga la condena condicional. Debiendo indicar de manera concreta las circunstancias que le han permitido elaborar el pronóstico favorable sobre la futura conducta del condenado. Esta disposición tiene como fin, exigir de la parte del juez, un cuidado especial para conceder la condena condicional. Además, sirve de garantía para el propio condenado (85). Por estas mismas razones, el mismo párrafo 53 obligaba al juez a fijar, en la sentencia, las reglas de conducta que debía respetar el condenado condicionalmente. A título de ejemplo, dicha disposición mencionaba la obligación de aprender un oficio, de residir en un lugar determinado, de abstenerse de bebidas alcohólicas, o de reparar el daño en un término dado.

El artículo 15 de la ley 9014 modificó esta disposición en los términos siguientes: "El Tribunal Correccional al conceder la suspensión de la pena, fijará las reglas de conducta a que quedará sometido el sentenciado y la forma de hacer efectiva la responsabilidad civil". Los ejemplos dados originalmente por el legislador son útiles para interpretar esta norma.

En la práctica, los jueces se limitan a establecer reglas de carácter general que debe observar el condenado condicionalmente. Por ejemplo, en caso de delitos de seducción: "observar buena conducta", "no tener trato sexual con menores", "no frecuentar cantinas ni lugares inmorales", "evitar malas compañías"; en caso de lesiones culposas: "manejar (vehículos) con prudencia", "observar fielmente las disposiciones del Reglamento de tránsito". En nuestra opinión, el juez debería abandonar estas tradicionales y estereotipadas frases, y tratar de establecer exigencias concretas que impulsen al condenado a bien comportarse y que por su misma naturaleza sean fáciles de controlar.

84. El Anteproyecto de Código penal suizo, texto agosto de 1915, estatuía en su artículo 41, párrafo 2: "*Le jugement mentionnera les raisons qui justifient l'octroi du sursis,* les motifs qui ont engagé le juge a dispenser exceptionnellement le condamné du patronnage et les regleas de conduites imposées par le juge".
85. E. Zürcher, Exposé de motifs, p. 109.

21. **Duración del período de prueba**

Al tratar de la naturaleza jurídica de esta institución (86), ya tuvimos oportunidad de señalar que la condena condicional no es una gracia, un beneficio otorgado sin más al inculpado. Además de ser necesario que, al momento de ser juzgado, el delincuente merezca ser sometido a la condena condicional, es indispensable que con su comportamiento posterior al juzgamiento no la desmerezca. El artículo 55 estatuye que el período de prueba durará cinco años. Durante los cuales el condenado no debe ser "objeto de ninguna condenación" y no haber "infringido las reglas de conducta impuestas por el juez". Este período de prueba es de sólo un año cuando la condena condicional ha sido impuesta con ocasión de sancionar al autor de una falta (art. 383, inc. 4º).

La misma rigidez en la determinación de la duración del plazo de prueba subsiste en el artículo 16 de la ley 9014.

En las disposiciones respectivas de los proyectos suizos se fijó, por el contrario, un mínimo y un máximum (anteproyecto 1915 y proyecto 1918, dos a cinco años), dentro de los cuales el juez escogerá el lapso propio a cada caso particular. Nuestro legislador parece haber seguido el Código penal argentino, cuyo texto original establecía un período igual al de la prescripción de la pena (art. 26). El artículo 123, inciso 6º, de nuestro Código penal señala, justamente, que el derecho a ejecutar la pena de prisión no mayor de un año y las otras penas (multa, inhabilitación, etc.) se extinguen a los cinco años. Esta misma relación se presenta entre el plazo de prueba de la condena condicional en caso de falta y el lapso que debe transcurrir para que prescriba la pena en relación al mismo tipo de infracciones (art. 383, inc. 7º).

La duración del período de prueba había sido, igualmente, establecida en armonía con el lapso que debía transcurrir para que el condenado a pena de prisión solicite su rehabilitación, después de cumplida o prescrita la pena (art. 131 del Código penal, pf. 2º). Este período ha sido reducido a tres años mediante el artículo 339 del Código de procedimientos penales, sin tenerse en cuenta la situación de los condenados condicionalmente.

86. Ver supra Nº 3.

En la legislación extranjera predomina el criterio de dejar cierta libertad al juez para la fijación del plazo de prueba en cada caso particular (87).

22. Revocación en caso de violación de las reglas de buena conducta

Durante el período de prueba el condenado debe comportarse bien; pero no es necesario que tenga una conducta intachable. La ley exige únicamente que cumpla con las reglas de conducta que le ha impuesto el juez y no cometa un nuevo delito intencional (art. 56 del Código penal y art. 16 de la ley 9014). Si el condenado no satisface estas exigencias se le revoca la condena condicional.

El simple incumplimiento de las reglas de conducta no basta para la revocación. Lo contrario parece deducirse del artículo 55 del Código penal que estatuye sobre los efectos de la condena condicional y que se refiere tan sólo a "sin haber infringido las reglas de conducta". Es necesario que el condenado las infrinja y que, a pesar de la advertencia de la autoridad, persista en hacerlo. Esto se deduce del segundo párrafo del artículo 56 del Código penal y está, expresamente, fijado por el artículo 16 de la ley 9014 (88).

La autoridad a que se hace referencia es la policía, que, como muy bien dice el profesor Abastos, es la menos indicada para tales menesteres (89). Nuestro legislador no ha previsto, expresamente, una organización ad-hoc para controlar a los condenados condicionalmente. Sin embargo, cabría preguntarse si hubiera sido posible recurrir a los Consejos locales de patronato, los cuales, según el artículo 406, inciso 2º, cumplirán la función de vigilar "por medio de los empleados de la Inspección general de prisiones, de los inspectores que designare con ese fin y de los delegados de las sociedades particulares de patronato, a los liberados provisionales o definitivos"; a quienes protegerá procurándoles trabajo y velando de todos modos por su readaptación a la vida social". Creemos que esta disposición hubiera podido ser utilizada, por jueces y autoridades administrativas advertidos, para implementar el control que requiere la condena condicional para su eficaz funcionamiento.

23. Condena condicional y "Probation"

La sumisión del liberado condicionalmente a un control calificado, eficaz y discreto es el complemento necesario de la condena condicional. Este es el elemento que asegura el notable éxito del sistema inglés. Si se tiene en cuenta que casi siempre la debilidad o la falta de protección, moral y material, son las causas por la que el condenado haya incursionado en la delincuencia; la asistencia, el consejo y el control son, también, por eso, casi siempre indispensables. No basta, pues, conceder al delincuente primario una oportunidad para autoeducarse; es imperioso, por el contrario, prestarle la ayuda necesaria para que logre éxito en la prueba.

Se ha comprobado en Derecho comparado que en los países donde prima el simple régimen de la condena condicional (sin sumisión al patronato), tal era el caso especialmente en Francia, no fueron alcanzados los resultados tan esperados. A pesar de la ausencia casi total de estadísticas en nuestro medio, podemos afirmar, teniendo en consideración como la condena condicional es aplicada, que la situación es la misma. Esta realidad ha impulsado a la mayoría de países a incorporar determinadas medidas de control y asistencia como complemento de la institución que estudiamos; tendencia que se ha acentuado con la adopción en las legislaciones de la institución de la "probation".

Ejemplo de esta evolución es la legislación belga, la primera en introducir la remisión de la ejecución de la pena en el continente europeo. En 1888, se admite esta institución para los delincuentes primarios (sin establecer medidas de control) condenados a pe-

87. Señalan un plazo mínimo de un año y máximo de cinco años, la ley belga de 1964 y el proyecto austriaco (art. 3, pf. 4º y art. 45, pf. 1, respectivamente), aumentan a ese a dos años, conservando el mismo máximo, el Código penal alemán y el Código penal suizo (art. 24 y 41, respectivamente); el Código penal sueco se limita a fijar un plazo de dos años (Capítulo XXVII, art. 3, pf. 1). El Código de procedimientos penales francés, como nuestra legislación, señala un plazo de cinco años (art. 735).

88. El mismo legislador decía, muy ligeramente, en su exposición de motivos que "El juzgamiento se considera como no producido, si transcurren cinco años sin que el condenado haya sido objeto de *ninguna otra condenación* por delito intencional y *sin haber infringido* las reglas de conducta", Código penal, edición oficial, p. 169. La comisión revisora del Código no ha corregido este defecto de técnica legislativa en su proyecto de 1972.

89. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, 1938, p. 315.

na no mayor de seis meses; en 1947, se extiende su aplicación a todos los casos en que la pena impuesta no es mayor de dos años, y se establece que su revocación procederá sólo en caso de reincidencia y cuando la pena impuesta sea al menos de un mes de duración; en 1964, se amplía su aplicación a toda pena no mayor de tres años; se estatuye que la revocación sólo procederá en caso de pena mayor de dos meses; se incorpora la suspensión del pronunciamiento de la condenación y establece la aplicación de la "probation" en caso imponerse la remisión de la ejecución de la pena y de la suspensión de la condenación. Casi idéntico sistema ha adoptado el legislador francés en los artículos 737 y 738 del Código de procedimientos penales. En Holanda y Noruega se iniciaron, hace ya algún tiempo, reformas legislativas parecidas (90). En Suiza, siempre se ha previsto la sumisión del liberado al control del patronato (91). En Alemania, el nuevo Código penal estatuye en su artículo 24c que el juez someterá al condenado a la vigilancia y dirección de un "Bewährungshelfer", si es lo indicado para evitar que vuelva a delinquir. El contra proyecto alemán de 1966, elaborado por un grupo de profesores, establecía también la colocación del condenado bajo el control de un tutor (art. 40); pero iba más lejos al estatuir que "el Tribunal puede recomendar a las autoridades, particularmente, a aquéllas que son competentes en materia de trabajo, de vivienda, de asistencia social y de salud pública, de tomar las medidas necesarias que exija la reinserción del condenado en la comunidad jurídica". De esta manera se pretendía incorporar en la ley positiva el principio moral de la corresponsabilidad de la sociedad y trataba, al mismo tiempo, de eliminar las causas de la criminalidad, en relación al caso particular, que provienen del medio ambiente (92).

24. Reparación civil

Debido, pues, a la falta de un sistema de control sobre el comportamiento del condenado condicionalmente durante el período de prueba, es que sólo con ocasión de un incidente se establecerá; en la práctica, la inobservancia, por parte del condenado, de una regla de conducta; y, en definitiva, sólo es controlable el cumplimiento del pago de la reparación civil (93).

Nuestros jueces y tribunales no llevan la cuenta de las revocatorias de las condenas condicionales por ellos impuestas. De las investigaciones que hemos realizado, hemos podido constatar que, generalmente, sólo el cumplimiento en el pago de la reparación civil puede ser controlado. Muy raro es el caso en que se revoque por incumplimiento de cualquier otra regla de conducta.

En diversas oportunidades la Corte Suprema se ha visto obligada a declarar que el no cumplir con hacer efectiva la reparación civil (en casos de delitos contra libertad y el honor sexual, también, la dote), es causa de revocatoria de la condena condicional (94). Estos pronunciamientos de la Suprema se han debido a que los tribunales o jueces no habían fijado el "término" a que hace referencia el artículo 53 ó a "la forma" de hacerla efectiva, indicada por el artículo 15 de la ley 9014. El juez debe, en la sentencia, fijar como regla de conducta el pago de la reparación civil en un plazo determinado, el cual no puede ser mayor de cinco años (duración del período de prueba).

25. Revocación en caso de comisión de un nuevo delito

La revocatoria de la condena condicional procede, igualmente, cuando el condenado comete nuevo delito intencional. Esto lo establece, claramente, el artículo 16 de la ley 9014. Por el contrario, el artículo 55 del Código penal, se refería a que el condenado no haya "sido objeto de ninguna otra condenación". De acuerdo con esta norma, no interesaba que tipo de infracción daba lugar a la nueva condenación; era suficiente, por ejemplo, un delito culposo o una falta. La doctrina interpretaba restrictivamente esta disposición, relacionándola con el artículo 56, primer

90. Ver Ancel-Strahal, Le droit pénal des pays scandinaves, p. 137 y s.
91. Ver proyecto de 1918, art. 39, anteproyecto de agosto 1915, art. 41.
92. Peter Noll, Revue de Droit pénal et de Criminologie 1969, p. 759.
93. Artículo 66: "La reparación civil comprende: 1º La restitución de la cosa; 2º La reparación del daño causado; 3º La indemnización del perjuicio material o moral irrogado a la víctima del delito, a su familia, o a un tercero".
94. Ejecutoria del 11 de diciembre de 1957, in Anales Judiciales 1957, p. 96.

párrafo (95). El legislador sostuvo en su exposición de motivos (96) el mismo criterio, sin percatarse quizás de que el texto de los artículos 55 y 56 podían ser diferentemente interpretados.

De acuerdo al texto del artículo 16 de la ley 9014 este problema de interpretación desaparece: la revocatoria procede sólo cuando se somete, durante el período de prueba, un delito intencional. Las infracciones culposas y las faltas sólo darían lugar a la revocatoria cuando constituyen una infracción reiterada de las reglas de conducta fijadas por el juez.

En la legislación extranjera se tiende a atenuar la severidad de las reglas que fijan los casos en que procede la revocación de la condena condicional. La ley belga de 1964 ordena que se producirá de pleno derecho sólo cuando el autor por el delito cometido durante el período de prueba, merece pena efectiva mayor de seis meses; en caso de pena mayor de un mes pero menor de seis meses, establece que la revocación será facultativa. De no ordenar la revocación, el juez puede —siempre de acuerdo a la ley belga— reemplazar la "remisión condicional simple" de la pena por la "remisión condicional con probation" o establecer nuevas condiciones (97).

26. **Efectos de la revocación**

El condenado condicionalmente que cometiera, dentro del período de prueba, un nuevo delito intencional, sufrirá la pena impuesta en la primera condenación y la que le corresponde por el segundo delito conforme a lo dispuesto en las leyes de la reincidencia (art. 56).

La exigencia de que el nuevo delito sea intencional está en armonía con el párrafo cuarto del artículo 111, que dice: "No se computarán (para la reincidencia) las condenas por faltas, ni por delitos **culposos,** ni por los exclusivamente militares, ni por los político-sociales no cometidos con homicidio, incendio o saqueo". Cuando se trate de faltas, se considerará que sus autores son castigados por el solo hecho de cometerlas (consumación), sin tener en cuenta si hubo intención o negligencia (art. 383, inc. 1º).

95. Luis Bramont Arias, Código penal anotado, p. 128.
96. Código penal, edición oficial, p. 168.
97. Artículo 13; ver: Revue de Droit pénal et criminologie 1967, p. 759.

Mediante el artículo 56 del Código penal, el legislador no buscó, originalmente, señalar las condiciones de revocación, sino solucionar de manera directa el problema de saber si el condenado condicionalmente que volviera a delinquir debía ser considerado como reincidente. Esto era necesario debido a que, según el criterio admitido en el artículo 111, sólo es reincidente el que después de haber sufrido en todo o en parte una condena a pena privativa de libertad, impuesta en sentencia nacional o extranjera, incurre, antes de pasar cinco años, en otro delito reprimido también con pena privativa de libertad.

En la legislación extranjera se admite, como agravante de la pena, a veces la reincidencia "ficticia" (impropia) y otras veces la "verdadera" (propia). Esta última es considerada en Alemania, Suiza, Perú, Panamá, Paraguay, etc. La reincidencia ficta es prevista en Francia, España, Argentina, Brasil, Uruguay, etc. (98).

En Italia, donde Carrara sostuvo el criterio de la reincidencia "verdadera", se ha admitido en el Código penal tanto la reincidencia ficta como la verdadera. En el primer párrafo del artículo 99, se estatuye: "Chi dopo essere stato condannato per un reato, ne commette un altro, soggiace a un aumento fino a un sesto della pena da infliggere per il nuovo reato"; en el párrafo segundo, dispone que "La pena è aumentata fino alla meta: 3º—se il nuovo reato è stato commesso durante o dopo l'esecuzione della pena, ovvero durante il tempo in cui il condannato si osttrae volontariamente all'esecuzione della pena". Al respecto, Rocco manifestaba en la exposición de motivos de su proyecto, que "In tal guisa, le distinzioni scolastiche tra recidiva propia e finta, generica e specifica, sono state vivificate, dando loro un contenuto reale, inspirato al criterio direttivo di tutto el Progetto, cioè di considerare in particolar modo la personalita del delinquente" (99).

Nuestro legislador establece, en relación con el condenado condicionalmente que comete nuevo delito intencional durante el período de prueba, la reincidencia "impropia" (ficticia), porque para él, pre-

98. Respecto a América Latina, ver: Jiménez de Asúa, Códigos Penales Iberoamericanos — Estudio de legislación comparada, Caracas 1946, p. 360 y s.
99. Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di procedura penale, volume V, parte 1º, Roma 1929, p. 149.

cisamente, la condena condicional no es sólo la suspensión de la ejecución de la pena. Este criterio no ha sido, por el contrario, admitido en el Código de Justicia Militar de 1963, que en su artículo 68, párrafo segundo, estatuye: "Si cometiere nuevo delito intencional (dentro del período de prueba), sufrirá la pena impuesta en la primera condena y la que le corresponda por el segundo delito".

El que la reincidencia sea ficta (impropia) no significa que dejará de agravarse la pena de acuerdo al artículo 112 del Código penal, si es que además se cumplen las otras condiciones legales. Se puede, de "lege ferenda", ser contrario a la severidad conque en nuestro Código se admite la reincidencia ficta para los condenados condicionalmente. Sin embargo, de "lege lata", es correcto el cambio de criterio habido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, quien declara ahora reprimible, de acuerdo a las reglas de la reincidencia, al liberado condicionalmente que vuelve a delinquir dentro del período de prueba (100).

100. Hasta hace poco tiempo nuestro máximo Tribunal sostuvo que "exigiendo el artículo 111 del Código penal, que la pena se haya sufrido en todo o en parte, no es reincidente, quien, condenado a prisión condicional comete nuevo delito intencional antes de vencerse cinco años de la condena anterior. Conforme a lo dispuesto en el artículo 56 del acotado, el reo debe cumplir la pena impuesta en la primera sentencia, además de la que le corresponde por el nuevo delito" (Ejecutoria del 4 de diciembre de 1947, in Anales Judiciales 1947, p. 327; cf. ejecutorias del 22 de marzo de 1960, in Anales Judiciales 1960, p. 129; del 29 de abril de 1952, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1952, p. 2325; del 31 de mayo de 1961, in Anales Judiciales 1961, p. 114). Actualmente, la Corte Suprema admite que "esta norma (art. 56) no es implicante con la contenida en el artículo 111 del mismo código que exige como requisito para la reincidencia que se haya cumplido en todo o en parte una condena privativa de libertad, porque la condena condicional, por las razones en que se sustenta y por su propia naturaleza, fija el período de prueba, durante el cual, cuando menos, el beneficiado se verá impedido de cometer nuevo delito; que fracasada la previsión del juzgador, de otro lado, hace obligatoria la ejecución de la pena, y, por tanto, el que vuelve a delinquir asume la categoría de reincidente, pues el beneficio indicado no ampara el rigor de la ley —art. 111— sino que suspende la ejecución de la pena en aras de una política criminal..." (Ejecutoria del 5 de noviembre de 1971, in Anales Judiciales 1971, p. cf. ejecutoria del 27 de junio de 1970, in Revista de Jurisprudencia Peruana 1970, p. 1488; del 20 de febrero de 1973, inédita, recaída en el expediente Nº 2193-72, procedente del Callao. En este último caso, el Señor Vocal Barrós Conti sostuvo en un interesante voto singular que "no quiere esta circunstancia (art. 56, in fine) significar que resultan de aplicación los artículos 111 y 112 del Código penal, pues, de haber sido así, la redacción hubiera sido distinta y al referirse aquel artículo 56 ..."a lo dispuesto por las leyes de la reincidencia" no hace otra cosa que aludir a la reincidencia "ficticia", desde que el mismo artículo señala expresamente, a más de la pena impuesta en la primera condenación, se le impondrá "la que le corresponde por el segundo delito", mas no la pena tasada que se impone en el caso de la reincidencia "verdadera", todo lo que viene claramente a significar que esa disposición del Código está amparada en el concepto doctrinario de la reincidencia "ficticia".

27. Concurso real retrospectivo

El artículo 56, ab initio, trata del denominado "concurso real retrospectivo". Establece que si después de condenar condicionalmente a un infractor, se descubre que cometió, antes de dicha condena y dentro del plazo de prueba, otro acto delictuoso, se revocará la condena condicional y se hará efectiva la pena impuesta. Esta disposición nada dice respecto a la nueva pena que debe imponerse por la infracción descubierta. Consideramos que es de aplicación el artículo 110 que, en relación a sentencias definitivas, estatuye: "se le someterá (al mismo condenado) a un nuevo juicio y se le aumentará la pena o se le aplicará la nueva pena correspondiente". No se le podrá considerar, por lo tanto, como reincidente.

Si sólo se llegan a conocer los antecedentes delictivos una vez transcurridos los cinco años del plazo de prueba, la pena impuesta condicionalmente no se hará efectiva.

La pena fijada de manera condicional no puede prescribir ya que es inejecutable. La prescripción sólo puede transcurrir a partir de que la condicionalidad es revocada (101).

28. Buen comportamiento durante el período de prueba

Si ninguna de las causas de revocación se presentan durante el período de prueba, "el juzgamiento

101. Paul Logoz, Commentaires du Code pénal suisse, p. 187.

se considerará como no producido". Es decir, no sólo la pena dejará de ser ejecutada, sino que se considera, mediante una ficción, que el juzgamiento no ha tenido lugar. No se trata de una simple condición suspensiva, de la cual se hace depender la ejecución de la pena impuesta. Se trata más bien de una condición resolutoria que cumplida hace desaparecer, pura y simplemente, todo antecedente penal. Es de admitir por esto, que el buen comportamiento del condenado condicionalmente, durante todo el período de prueba, comporta su rehabilitación automática (El interesado podrá obtener un certificado en que figure sin antecedentes penales) (102).

Nuestro legislador emplea, siguiendo el texto del inciso 4º del artículo 39 del proyecto suizo de 1918, el poco castizo término de "juzgamiento", en lugar de "condenación" que es el equivalente de la palabra francesa "condenation" utilizada por el legislador helvético. A la condenación se refiere, por ejemplo, el legislador argentino.

Lo que se debe comprender por "juzgamiento" debe ser la condenación, y no su significado procesal de juicio oral, segunda etapa del proceso penal (103). En este sentido, lo ha empleado también el legislador en los artículos 118, inciso 3º, párrafo 2º y 121 del Código penal.

29. Conclusión

La condena condicional es uno de los medios más eficaces substitutos de las penas privativas de libertad de corta duración. Sin embargo, el máximo aprovechamiento de esta institución, de múltiples fines, no se logra mediante la simple suspensión de la ejecución de la pena. Es necesario, por el contrario, comprender que la condena condicional exige un control sobre el liberado condicionalmente durante el período de prueba. Para esto se requiere organizar el Patronato, institución que no ha podido ser puesta en marcha en nuestro medio a pesar de haber sido prevista legislativa desde 1924.

Teniendo en cuenta que la aplicación de la condena condicional depende, fundamentalmente, de la personalidad del inculpado; que no tenemos establecimientos penales adecuados para la eficaz ejecución de las penas privativas de libertad; que nuestro mismo Código de procedimientos penales da la posibilidad de conceder la libertad provisional hasta en caso de penas de dos años de prisión; que en Derecho comparado existe la marcada tendencia a extender el campo de aplicación de la condena condicional, consideramos que una futura reforma penal deberá fijar en dos años el límite para la concesión de la condena condicional.

En consideración a que la condena condicional se impone en relación a la situación penal del agente, debe dejarse al juez la posibilidad de determinar la duración del período de prueba, para lo cual es necesario que el legislador establezca sólo un mínimum y un máximum.

Tanto el legislador como el juzgador deben reforzar el aspecto preventivo de la condena condicional. El primero, atenuando el carácter represivo de las causas de revocación y flexibilizando los requisitos para su concesión; en especial, el referente a que el inculpado no haya sufrido condena anterior nacional o extranjera. El juzgador, teniendo en cuenta los fines reeducativos de la institución en el momento de aplicar las normas legales que la regulan.

Es evidente, que las modificaciones a realizar deben formar parte de una reforma profunda de nuestro sistema penal; reforma que no debe consistir "sólo en corregir el Derecho penal, sino en crear un mejor Derecho penal".

102. Sobre las relaciones con la rehabilitación de condenados a penas efectivas, ver supra Nº 21.
103. Artículo 1º del Código de procedimientos penales. El artículo 9 del mismo Código expresa: "Corresponde a la Justicia penal ordinaria la instrucción y el juzgamiento de los delitos y las faltas comunes".

Joaquín Leguía

LOS TRABAJADORES EVENTUALES EN EL PERU

El Decreto Ley 18138 se refiere a las personas contratadas para la realización de una labor, que por su naturaleza, es accidental o temporal. Por su parte el artículo 1º del Decreto Supremo 001-72-TR otorga el beneficio de la estabilidad en el empleo a los trabajadores contratados para la realización de trabajos temporales o por tiempo determinado. Por último, los artículos 4º y 5º del Reglamento de la Ley 4916, y otras disposiciones de carácter legal, hacen referencia a aquellas personas que mantienen una relación de trabajo eventual.

Resulta en consecuencia de interés, analizar cuál es el régimen jurídico a que están sujetos estos trabajadores, a fin de determinar si la ley peruana contempla debidamente su situación.

Primeramente es preciso destacar que de la revisión de los textos legales referidos a los trabajadores eventuales resulta, que salvo en determinados casos, se confunde a los trabajadores eventuales propiamente dichos, con los trabajadores accidentales y los de temporada, no obstante existir una clara diferenciación entre ellos.

En efecto, se entiende por trabajador eventual propiamente dicho, a aquél que no se encuentra vinculado, por razón de su trabajo, a la actividad permanente de la Empresa.

Para Guillermo Cabanillas trabajador eventual es aquél "que realiza un trabajo cuya duración está sujeta a cualquier exceso imprevisto o contingencia, esto es, aquel trabajo que se presta sin fijeza, excepcionalmente".

Por su parte Alfredo J. Ruprech define al servidor eventual como aquél cuya tarea se efectúa por un tiempo más o menos breve, pero sin posibilidades de perdurar, aun cuando haga las labores ordinarias o normales del establecimiento (Ej. los trabajadores de los pueblos por los que se tiende una línea de energía eléctrica).

Por último Mario de la Cueva define el trabajo eventual como el que no supone una función necesaria y permanente en la Empresa. Vale decir, que está referido a una función que no se sabe cuándo volverá a ser necesaria, dentro de las operaciones ordinarias de la Empresa.

De lo expuesto es posible concluir que estaremos frente a un trabajador eventual cuando la labor que se le encomiende reúna las siguientes características:

(a) que esta labor sea ordinaria dentro de las operaciones de la Empresa;

(b) que no obstante ser ordinaria, no sea necesaria en forma permanente, ni tampoco en forma periódica;

(c) que la labor encomendada sea susceptible de repetirse pero sin saberse cuándo.

Los otros trabajadores que realizan labores no permanentes y que no tienen la calidad de eventuales propiamente dichos, son los siguientes:

(a) **Los Trabajadores de Temporada:**

El trabajador de temporada es el que realiza, en forma permanente, una labor ordinaria pero que no es continua sino sujeta a interrupciones más o menos prolongadas. Este tipo de trabajador aparece normalmente en aquellas empresas de operaciones continuas o discontinuas pero en las cuales la realización de una labor ordinaria dentro de sus operaciones, sólo se efectúa en una época espcífica.

En consecuencia el trabajador de temporada ocupa un empleo fijo, y labora en determinado período del año, pudiendo considerársele como un trabajador permanente, con derecho de beneficios sociales, para cu-

yo cálculo deberán descontarse las épocas en que no realizó ninguna labor. En este caso se encuentran, por ejemplo, los servidores de las fábricas de harina de pescado a los cuales se refiere la Resolución Suprema de 28 de mayo de 1968.

En este orden de ideas el trabajador de temporada se distingue del trabajador eventual propiamente dicho, en que mientras éste presta sus servicios al patrono debido a un motivo ocasional y extraordinario, el servidor de temporada trabaja a consecuencia de una razón fija y permanente.

(b) **Trabajador accidental:**

Se entiende por trabajador accidental al que presta servicios por una sola vez, sin que, normalmente, exista la posibilidad de que dicho servicio se repita, por no tener relación, ni siquiera ocasional, con las operaciones ordinarias de la empresa. Usualmente se trata de labores relacionadas con reparaciones de maquinaria, o de instalaciones específicas en el local de la empresa. En este sentido cabe distinguir entre el trabajador eventual y el trabajador accidental, porque aquél presta servicios relacionados con necesidades ordinarias de la empresa, que si bien son accidentales, están de tal manera relacionadas con éstas, que es posible presumir su repetición en algún momento.

En cambio el trabajador accidental efectúa trabajos que no tienen relación, ni siquiera ocasional, con el patrono, no siendo presumible que el servicio pueda ser necesitado en una nueva oportunidad.

(c) **Trabajador Suplente:**

Se entiende por trabajador suplente al que interviene en la realización de labores ordinarias de la empresa por un plazo determinado, y con el objeto de suplir la ausencia del trabajador encargado en forma permanente, de realizar esas funciones.

La calidad del trabajador suplente no corresponde exclusivamente a la de trabajador eventual, porque puede tratarse de un trabajador permanente a quien se encomienda cierta labor, en reemplazo de un compañero ausente.

Por lo tanto la característica fundamental del trabajador suplente está en que realiza labores ordinarias en forma eventual, pudiendo su relación de trabajo con el patrono ser permanente o eventual.

Determinadas en esta forma las características de los trabajadores a quienes no obstante su posible diferenciación, se les conoce con el nombre genérico de eventuales dentro de la legislación peruana, señalaremos a continuación los beneficios sociales a que tienen derecho:

1º **Estabilidad en el Empleo:**

Los trabajadores eventuales en general, gozan del beneficio de estabilidad en el empleo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Supremo 001-71-TR reglamentario del Decreto Ley 18471, según el cual, tienen derecho a permanecer en el servicio hasta la conclusión de la labor que les fuera encomendada.

Cabe destacar sin embargo que la disposición legal citada discrimina entre los trabajadores eventuales al señalar que sus beneficios se conceden a aquéllos que trabajan a cambio de una remuneración periódica, sea para la realización de trabajos temporales o por tiempo determinado. Consideramos que la referencia a la remuneración periódica, tiende a diferenciar innecesariamente entre los servicios eventuales prestados a suma alzada, de aquéllos que darán lugar a un pago semanal, quincenal o mensual, lo cual además de ser jurídicamente inaceptable, porque lo que prevalece es la naturaleza de la relación jurídica entre las partes y no la forma de retribuir los servicios; permite que se cometan abusos con perjuicio del trabajador.

Por lo tanto, hubiera sido preferible que el legislador se hubiera limitado a determinar que los trabajadores eventuales disfrutarán de estabilidad en el empleo mientras dure la labor encomendada, sin hacer referencia alguna a la forma en que se pague la retribución correspondiente. De otro lado, si la intención del legislador fue distinguir entre el contrato de trabajo eventual y el contrato de locación de obra, también era innecesaria e inconveniente la referencia a la forma de pago ya que en el vínculo de trabajo está presente el elemento de subordinación del trabajador al patrono, a diferencia del contrato de locación de obra, en el cual no existe subordinación entre los contratantes.

Hecha esta observación, debemos pronunciarnos en el sentido que la regla contenida en el artículo 1º del Decreto Supremo 001-71-TR es conforme con el régimen de estabilidad existente en el Perú, ya que el servidor eventual, al igual que el servidor perma-

nente, debe verse protegido contra cualquier acto arbitrario del patrono que tienda a privarlo de la principal fuente de sus ingresos.

2º **Otros beneficios sociales de los trabajadores eventuales:**

Con referencia a la compensación por tiempo de servicios cabe destacar en primer lugar una sensible diferencia en la situación legal de los trabajadores eventuales, pues según veremos, por lo general los empleados eventuales carecen de beneficios sociales, mientras que los obreros eventuales gozan de estos beneficios. En efecto, el artículo 4º del Reglamento de la Ley 4916 excluye de sus alcances a las personas que prestan servicios en empresas que, por la naturaleza de sus fines, son de duración limitada o eventual, como son las personas contratadas para prestar servicios en una construcción o en un espectáculo público de carácter transitorio.

Por su parte, el artículo 5º del mismo Reglamento señala que tampoco estarán comprendidos en los beneficios de la Ley 4916, sus modificatorias y ampliatorías, las personas que hubieran sido contratadas para realizar un servicio extraordinario, salvo que éste dure más de un año.

De acuerdo a lo expuesto, los empleados contratados para la realización de una labor eventual, ya sea porque la misma debe realizarse en una empresa cuyas actividades no son permanentes, o porque el objeto de dichas labores es especial o extraordinario en relación con las operaciones ordinarias permanentes del patrono, carecen del derecho al goce de beneficios sociales.

Por la amplitud de los términos utilizados en la redacción de los dispositivos legales citados ha sido necesario establecer mediante disposiciones específicas los casos en que no obstante la temporalidad de sus servicios, gozarán de beneficios sociales ciertos empleados. Este es el caso de los empleados que prestan servicios por temporada, ya que sus labores tienen la característica de ordinarias y permanentes dentro de las operaciones de la empresa, aun cuando sufran interrupciones en forma periódica.

Igualmente, somos de opinión que gozan de beneficios sociales los empleados contratados para prestar servicios en una obra de duración eventual, si posteriormente fueran contratados nuevamente por la empresa para realizar labores semejantes, aun cuanto éstas estuviesen referidas a una obra diferente y ésta fuera de duración eventual. Al respecto consideramos que la eventualidad de la obra en que presta servicios el empleado deja de calificar la situación de éste, porque en este supuesto el factor preponderante no será la naturaleza de la obra encomendada al servidor, sino la circunstancia de estar dedicado al empleador, en forma permanente, a una actividad que supone la realización de labores eventuales. Vale decir que el elemento que prevalece para la calificación de realización de trabajos es el carácter de permanente en las actividades del empleador.

En la actualidad, sin embargo, por el vacío que existe al respecto en la legislación, la determinación de los derechos que en definitiva correspondan a estos servidores, queda librada a la decisión que los tribunales adopten en cada caso sin que solucione el problema la Ley 11772, pues este dispositivo se refiere a trabajadores que hubieran prestado servicios a una empresa adquiriendo el goce de beneficios sociales, cosa que no ocurre con los empleados eventuales a que hemos hecho referencia.

Debemos dejar claramente señalado que es diferente la situación de estos empleados contratados para la realización de una labor en una obra de duración eventual, de la de aquéllos que realizan labores permanentes dentro de la organización del patrono que está dedicado a la realización de obras eventuales. Estos últimos gozan de los beneficios de la Ley 4916 sus modificatorias y ampliatorias, porque sus labores no están referidas a la realización de una obra eventual, sino a la atención de la actividad permanente del principal. Tal es el caso, por ejemplo, de los empleados administrativos de una empresa constructora, los cuales son trabajadores permanentes, a diferencia del almacenero contratado para prestar servicios en una obra de construcción civil específica, a cargo de la mencionada Compañía constructora, y el cual carecerá de beneficios, no obstante trabajar para el mismo empleador. Esto es así porque la labor del almacenero no está vinculada a las operaciones permanentes de la empresa, sino a la construcción encomendada a ésta.

A diferencia de los empleados eventuales a que nos hemos referido, existe un grupo de empleados que no obstante ser eventuales por las características de su labor, gozan de beneficios sociales. Nos estamos re-

firiendo concretamente a los trabajadores marítimos a quienes la Ley 9861, sus ampliatorias y modificatorias reconocen el derecho de indemnizaciones por tiempo de servicios, vacaciones, seguro de vida, jubilación, etc.

Por último, cabe señalar que por efecto de la Ley 14218 los empleados que hubieran sido contratados como permanentes pero que son despedidos antes del período de prueba tienen derecho a una indemnización igual a un doceavo de su sueldo por cada mes completo de labores.

En conclusión es posible afirmar que la situación de los empleados eventuales en nuestra legislación laboral actual, es anacrónica y exige una revisión a la brevedad posible, a fin de garantizar a estos trabajadores el goce de beneficios semejantes a los establecidos en la Ley 14218 si es que no es posible crear un sistema equivalente al que gozan los obreros de distintos regímenes especiales, y los cuales haremos referencia a continuación.

Aun cuando parezca paradójico, los obreros que prestan servicios en forma eventual, gozan de mayor protección que los empleados. En efecto, tanto los obreros del régimen ordinario como los dedicados a actividades regidas por regímenes especiales gozan con mayor o menor amplitud de los beneficios de compensación de tiempo de servicios, vacaciones, etc.

En primer lugar y tratándose de obreros sujetos al régimen ordinario, el Tribunal de Trabajo tiene establecido que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º del Reglamento de la Ley 13842, los trabajadores obreros que fueran despedidos antes de cumplir un año, deberán recibir como compensación por tiempo de servicios, tantos dozavos de 30 jornales, como meses hubieran trabajado. Estos mismos trabajadores cuando fueran despedidos dentro de los primeros tres meses de labor, deberán recibir un dozavo de 30 jornales por cada mes de servicios, por disponerlo así la Ley 14218.

En cuanto a vacaciones cabe señalar lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 13683 y el artículo 10º de su Reglamento, los cuales reconocen a los obreros que trabajen en labores discontinuas o de temporada el derecho a recibir tantos dozavos de 30 jornales como meses hubiese trabajado siempre y cuando dichas labores hubieran excedido de un mes por año.

Siempre respecto de vacaciones es preciso destacar que es diferente la situación de aquellos obreros que no trabajan en labores discontinuas o de temporada, porque para ellos resulta de aplicación el artículo 14 del Reglamento del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1933, reglamentario de la Ley 7505 y 7735, según el cual los servidores que trabajen en forma eventual en centros de trabajo o en obras de carácter transitorio durante un período menor de 260 días, no tendrán derecho al goce vacacional.

En cuanto al resto de trabajadores eventuales que están amparados por regímenes especiales, los de agricultura que están amparados por la Resolución Suprema 117 de 24 de abril de 1964 que les da derecho a percibir un dozavo de 30 jornales y otros dozavos de la misma suma por compensación vacacional por cada 21 días efectivos de labor, continua o discontinua.

Por su parte los obreros de construcción civil, trabajo marítimo, etc. se encuentran amparados por diversas disposiciones legales y contractuales que les garantizan el disfrute de compensación por tiempo de servicios, vacaciones, etc. de acuerdo a lo que en cada caso se establece, y a las cuales no vamos a referirnos.

3º **Sindicalización:**

Para terminar y en cuanto al derecho de sindicalización estimamos que todos los trabajadores eventuales, tanto obreros como empleados, están en aptitud de afiliarse a la asociación profesional que agrupe a los trabajadores del centro de labores, de la industria o de la actividad respectiva. En todo caso será necesario sin embargo, que la duración de las labores sea superior a los tres meses.

4º **Seguridad Social:**

En lo que a seguridad social se refiere son asegurados obligatoriamente los trabajadores eventuales cuya labor exceda de 3 días tratándose de empleados y de 6 días los obreros.

Después de este breve análisis de la situación legal de los trabajadores eventuales en la legislación peruana, puede llegarse a las siguientes conclusiones:

CONCLUSIONES

PRIMERA.—Los trabajadores eventuales en el Perú no están sujetos a un estatuto que los distinga de los trabajadores permanentes y de los servidores ac-

cidentales Es preciso subsanar esta omisión dictando las disposiciones legales pertinentes.

SEGUNDA.—Se advierte que los obreros eventuales se encuentran, en el Perú, en mejor situación que los empleados eventuales, pudiendo atribuirse esta diferencia a la actividad gremial de los primeros y a la pasividad estatal respecto de los segundos.

TERCERA.—Debería generalizarse el pago de compensación por tiempo de servicios y vacaciones a los empleados y obreros eventuales del régimen ordinario, a razón de tantos dozavos de un sueldo o 30 jornales, como meses se hubiesen trabajado en el año, en forma continua o discontinua a partir de los primeros 30 días de labor continua.

CUARTA.—Debería modificarse el artículo 4º del reglamento de la Ley 4916 en el sentido de limitar sus efectos a las contrataciones que no excedan de dos sucesivas o alternadas, en un determinado plazo.

Roberto Mac Lean

CONSIDERACIONES PRELIMINARES A UN ESTUDIO DEL REGIMEN LEGAL DE LAS INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL PERU

1. Introducción. 2. Clases de Inversiones: directas, indirectas y en cartera. 3. Composición de las inversiones. 4. Carácter "extranjero" de las inversiones. 5. Ventajas y desventajas reconocidas a las inversiones extranjeras. 6. Conclusión.

1. Introducción

Los países en vías de desarrollo, ante la permanente insuficiencia de capitales locales para financiar su crecimiento, se ven precisados a recurrir a fuentes externas de inversión. Estas van a permitirles alcanzar un nivel de vida aceptable para sus habitantes y cambiar los términos de su relación de dependencia hacia los países altamente industrializados. Se considera por eso a las inversiones extranjeras, con el comercio internacional, como dos de los puntos de apoyo fundamentales para el despegue económico. En el Perú, todavía no hay cifras disponibles que permitan conocer con exactitud la proporción que en la actualidad corresponde al capital extranjero en el total de inversiones del país (1), ni el papel que está desempeñando dentro del panorama general de la economía, pero se ha estimado que las necesidades de inversión externa para el período 1971-1975, alcanzan la suma de un mil cien millones de dólares (2).

Por otra parte, para los inversionistas de las naciones económicamente más desarrolladas, que no siempre obtienen rendimientos muy altos en sus propios países, debido a la exorbitante alza de los costos de producción, también resulta ampliamente rentable invertir en países donde éstos son comparativamente más bajos (3); además de la consideración ulterior de que las inversiones a largo plazo en el extranjero son convenientes, desde un punto de vista de seguridad, y necesarias para mantener un alto nivel de exportación de bienes y servicios. Es un hecho que uno de los mayores renglones de ingresos de muchas compañías inversionistas está constituido por el producto de los suministros de insumos a su filiales de ultramar. En el informe presentado al Presidente de los Estados Unidos de América por la Comisión Williams, acerca de la política oficial sobre inversiones y comercio internacional, se afirma que las actividades en el extranjero de empresas norteamericanas producen exportaciones considerables de ese país en bienes de capital, repuestos y productos relacionados; y que en 1965 el 25% del total de las exportaciones no agrícolas de los Estados Unidos de América se produjeron debido a esta causa (3a).

2. Clases de Inversiones: directas, indirectas y en cartera

Una manera en que se canaliza esta corriente internacional de capitales que representan las inversiones es mediante la contratación de créditos, que pueden revestir la forma de préstamos de entidades internacionales, gobiernos extranjeros, o banca privada ex-

1. Las cifras que da el Banco Central de Reserva del Perú, en la Reseña Económica y Financiera Nº 18, de Mayo-Junio de 1967, no son utilizables para este propósito porque son parciales y porque el criterio que se sigue para determinar las inversiones extranjeras no es igual al de las leyes peruanas sobre la materia, que son posteriores sino al clasificador de Balanza de Pagos del Fondo Monetario Internacional.

2. Diario "El Comercio" de 6 de Marzo de 1971, p. 1, Declaraciones del Ministro de Economía y Finanzas, General Francisco Morales Bermúdez.

3. Diario "La Prensa" de 20 de Junio de 1971. Declaraciones del Presidente de la Asociación de la Industria Química Alemana a la Agencia de Noticias Ansa.

3a. STANLEY D. MERTZGER. Developments in the Law and Institutions of International Economic Relations. American Journal of International Law. Vol. 66. 1972 p. 542.

tranjera, a organismos públicos; o de crédito privado otorgado a individuos o empresas particulares en forma de préstamos o suscripciones de bonos. Con esta modalidad quienes suministran el capital no corren otro riesgo que el inherente a cualquier operación de crédito, a cambio de beneficios que varían de acuerdo a las tasa de interés pero que en ningún caso llevan consigo poder de decisión o control sobre las actividades de los receptores de la inversión. Esta forma es una de las dos que puede revestir la inversión extranjera, y es la denominada inversión indirecta o en cartera (4).

Quien realiza una inversión indirecta, lo hace concediendo un préstamo o comprando un bono que van a obtener un rendimiento fijo, y generalmente moderado, independientemente de la buena o mala marcha del negocio. En un mundo en convulsionada transformación, en que las naciones pobres toman conciencia, cada vez con mayor celo, de sus derechos y prerrogativas, esta forma de inversión, que evita muchas de las fricciones que causan las inversiones extranjeras, encuentran un número de partidarios que va en aumento. Como se hizo notar en un informe de las Naciones Unidas, de hace ya algunos años (5), "las inversiones de cartera, que habían ido disminuyendo gradualmente después de 1930 cuando constituían la forma predominante de inversión han recobrado impulso últimamente". Con posteridad al informe la tendencia ha ido en aumento. Pero aun así, las inversiones indirectas o en cartera no representan, en el total de inversiones, un porcentaje lo suficientemente alto como para satisfacer la creciente demanda de capital de los países en desarrollo y por otro lado, las utilidades que rinden tampoco parecen ser suficientes, para los inversionistas, quienes están dispuestos a correr riesgos mayores a cambio de una ganancia más sustancial.

Para cumplir con tal propósito los grandes inversionistas, —generalmente compañías— optan por la modalida de constituir sucursales o subsidiarias locales (6) para ejercer actividades en forma permanente; y los medianos y pequeños accionistas, sean sociedades de fondos mutuos o individuos particulares, se convierten en accionistas de empresas locales, asumiendo los riesgos anexos al resultado incierto del negocio, pero interviniendo en la marcha de la empresa, y, en el caso de los accionistas mayoritarios, ejerciendo control absoluto sobre ésta. Tal forma de inversión, que representa la mayor parte del capital privado externo en el Perú, es la llamada inversión extranjera directa (7), cuyo régimen legal es materia del presente trabajo. Su importancia dentro del porcentaje total de inversiones ha oscilado, entre 1956 y 1964, del 4.6% como mínimo en 1963 hasta el 21.1% como máximo en 1958 (8), habiendo aumentado el monto de la inversión proveniente de los Estados Unidos —que en el Perú es la mayor por países— de 446 millones de dólares en 1960 a 545 millones en 1966

4. El criterio del "riesgo" como factor determinante para decidir si una inversión es directa o indirecta —es decir si el rendimiento de la inversión depende o no del éxito del negocio— es adoptado een textos legales como las decisiones 24 y 37, sobre Régimen Común de Tratamiento de los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, aprobado dentro del marco del Grurú en 1970; —y por Venezuela en 1973 por el artículo po Andino, por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Pe-1º de la Ley sobre Inversión del Capital Extranjero de Indonesia, de 10 de Enero de 1967; y por autores como CARLOS POSADA URIBE. Estatuto legal para las inversiones Extranjeras en Colombia, Bogotá, 1966. p. 11. El criterio del "Control", según el cual las colocaciones en valores que no entrañan el control de las instituciones, como en el caso de los accionistas minoritarios —aunque lleven consigo riesgo— constituyen inversiones indirectas, es favorecido por organismos como el Fondo Monetario Internacional y por algunos autores: Ver INTERNATIONAL MONETARY FUND. Balance of Payments Manual. Washington, 1970. Third Edition. p. 175; NACIONES UNIDAS. El Financiamiento Externo de América Latina. México, 1969. p. 129; RICARDO MENDEZ SILVA. El Régimen Jurídico de las Inversiones Extranjeras en México. México 1969, p. 13; E. I. NWOGUGU. Foreign Investment in Developing Countries. Manchester, 1965. p. 4. Sin embargo la determinación del control sobre una compañía puede llegar a revestir procedimientos bastante sofisticados para concluir en algunos casos, que es suficiente para al fin el 25% y aún menos de las acciones.

5. NACIONES UNIDAS. La Corriente Internacional de Capitales Privados 1956-58 Nueva York, 1959, p. 2.
6. Señaladas éstas, incidentalmente, como uno de los medios para eludir las barreras tarifarias de las comunidades económicas; ver, Clive Schmitthoff. The Export Trade. London, 5th edition.
7. Ver ibid, nota (4).
8. Instituto Nacional de Planificación, la Evolución de la Economía en el Período 1950-1964. Vol. III. Cap. V. 7C-Lima, 1966.

(9). Al mes de marzo de 1973, la inversión extranjera directa registrada en el Ministerio de Economía y Finanzas, alcanzó la suma de treintaitrés mil, ochocientos noventaisiete millones, quinientos cuarentaitres mil, cuatrocientos noventaiocho soles. Sin embargo, esta cifra es inferior al monto real debido, principalmente, a que muchos inversionistas no han cumplido aún con el requisito del registro debido a dificultades de diverso carácter.

3. Composición de las Inversiones

El aporte de la inversión extranjera directa, puede estar conformada por diversos elementos. En primer lugar puede estar constituido por moneda extranjera (10), que no forme parte de los recursos de moneda extranjera del país (11) y que, como requiere el artículo 1º del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sea en moneda libremente convertible. El término de moneda convertible tiene aquí el significado de moneda comúnmente aceptada en transacciones internacionales; pero como en las actuales circunstancias el artículo VIII del Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional no es suficiente para determinar la convertibilidad de una moneda, es recomendable consultar, llegado el caso, al Banco Central de Reserva. La inversión de capital en divisas sin embargo, no parece ser proporcionalmente tan grande como podría esperar, según se indica más adelante.

La inversión puede realizarse asimismo en moneda nacional, pero, siempre que provenga de recursos con derecho a ser remitidos al exterior, es decir, que dentro del actual régimen de control de cambios la moneda nacional que se invierte esté comprendida dentro de los casos susceptibles de conversión a moneda extranjera. Aunque esta segunda modalidad, de evidente conveniencia por el ahorro que representa en el trámite administrativo, no fue reconocida en el Perú sino indirectamente en los Reglamentos de la Ley General de Industrias de 1970, y de la Ley General de Pesquería de 1971, ha sido posteriormente incorporada de manera explícita en la legislación peruana, mediante el Decreto-Ley Nº 18900, que puso en vigencia el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena (12).

El término "moneda nacional con derecho a ser remitida al exterior" se ha prestado a varias interpretaciones. Por un lado dentro de una interpretación parcial, pero difundida y considerando aisladamente el artículo 37 del Régimen Común, se ha intentado entender como tal sólo las utilidades hasta un catorce por ciento de la inversión, o por porcentajes mayores si estuvieran comprendidas entre las excepciones que prevé la ley a este tope. Pero, dentro del contexto general del Régimen, del Decreto-Ley Nº 18275 y su reglamento y de la legislación peruana, un extranjero que se retira del país tiene derecho a llevarse con él todo el producto de sus rentas por diversos conceptos y en consecuencia todo capital de un extranjero constituye en sentido completo del término, "recursos con derecho a ser remitidos al exterior" (13). El Comité de Inversiones y Tecnologías Extranjeras del Ministerio de Economía y Finanzas ha adoptado esta última interpretación al registrar las inversiones extranjeras.

La inversión extranjera en moneda nacional constituye por lo general, lo que comúnmente se conoce como reinversión (14), y la capitalización de los créditos, tal como se consigna en forma expresa, en el artículo 2 de la Ley Argentina Nº 19151. Con rela-

9. Banco Central de Reserva. Reseña Económica y Financiera Nº 18. Mayo-Junio 1967. Cuadro XXI.
10. Conforme se reconoce, en el Perú, desde el Decreto-Ley Nº 18350, Parte Cuarta C, y luego en el Decreto-Ley Nº 18810, Parte Sexta D; así como en otros países, la Ley Nº 4131 modificada por la Ley Nº 4390, de Brasil, Artículo 1; Ley sobre Incentivos y Garantías para la Inversión Nº 5186, de Filipinas, Sección 3, e); Foreign Investments (Protection) Act, 1964, de Uganda, Sección 5.1); Foreign Investments Protection Act, 1964, de Kenya, Sección 2.1); Decreto-Ley Nº 2-63 de 14 de febrero de 1963, de Viet-Nam, Artículo 5, 2a). Ley Nº 19151, artículo 2. a), de Argentina.
11. De acuerdo a lo que expresa la Ley de Inversión de Capital Extranjero, de Indonesia, promulgada el 10 de enero de 1967, artículo 2, a.
12. También contiene dispositivos semejantes, Indonesia, Lex. cit. artículo 2, c.
13. Artículo 72 del Decreto Supremo 004-71-EF. Artículos 8 y 9 del Régimen Común.
14. Aunque criterios más estrictos, como el Régimen Común del Acuerdo de Cartagena en su artículo 1º consideran como "reinversión" únicamente la realizada en la misma empresa que haya generado las utilidades. El resto del aporte en moneda nacional sería simplemente "inversión".

ción a la primera, según se ha observado, refiriéndose a la inversión proveniente de Estados Unidos (15), "de una salida de capital de 8,200 millones de dólares para inversiones directas, sólo cerca de 1,900 millones parecen corresponder a "nuevo" capital, mientras que unos 2,600 millones corresponden a utilidades reinvertidas por sucursales de empresas de Estados Unidos y 3,700 millones a reinversiones análogas de las filiales extranjeras de tales empresas". En el Perú, según datos recopilados por el Departamento de Comercio de los Estados Unidos (16), los porcentajes parecen haber sido inversos. Las entradas netas del capital norteamericano sumaron en el período 1960-1963, 48 millones de dólares, y la reinversión de utilidades no distribuidas sólo 12 millones de dólares. Sin embargo, estas cifras podrían variar, hacia un aumento de las reinversiones, a partir de la promulgación de las leyes de Reforma Agraria en 1969, y Ley General de Industrias en 1970, normas que contienen dispositivos diseñados para incrementar las reinversiones de las utilidades y del capital.

Las reinversiones en una misma empresa podrán ser admitidas por el gobierno sin necesidad de autorización, hasta por un monto que no exceda, anualmente, del cinco por ciento del capital de la empresa, según el artículo 13 del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros. Para el caso de reinversiones por encima de ese porcentaje deberá contarse con autorización expresa como si se tratara de una inversión nueva.

Puede también estar constituido el aporte del capital por bienes adquiridos mediante el gasto de moneda extranjera que no forme parte de los recursos del país (17), es decir, bienes importados sin la correspondiente salida de divisas (18). Estos bienes pueden ser plantas industriales, maquinaria, equipos, instrumentos o repuestos (19). En el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros los términos "equipos" y "repuestos" tienen connotaciones bastante amplias, pues, a juzgar por el Anexo Nº 1 de dicho ordenamiento, se incluye como aportes de inversión las materias primas y productos intermedios, necesarios para la producción.

Algunas legislaciones consideran como inversión bienes cuya aceptación puede resultar discutible. Las Leyes de Kenya y Uganda, así como el Tratado para el estímulo a las inversiones entre la República Federal Alemana y la República Malgache de 21 de setiembre de 1962, comprenden como inversiones extranjeras acciones derechos o créditos (20). Sin embargo, no debe perderse de vista que la realización de los mismos puede ofrecer pocas posibilidades y tener un valor aparente e ilusorio, y sin embargo dar lugar a salida de utilidades.

Un bien cuya naturaleza elusiva hace difícil precisar si debe o no ser considerado como aporte de capital, y en consecuencia merece trato aparte, es la tecnología. En una encuesta realizada por la International Law Association entre sus miembros, que incluyen algunos juristas de países en vías de desarrollo, la mayoría de los entrevistados se manifestó a favor de incluir como capital el aporte técnico (21). En los Estados Unidos de América el U. S. Act 1961, sobre seguros a las inversiones, incluye como tales a las patentes, procesos y técnicas. Pero, como ha sido observado por Philippe Kahn, es evidente que estas clasificaciones han sido elaboradas teniendo en mente un propósito definido y tomando como base trabajos efectuados en países exportadores de capitales (22). Las legislaciones de algunos países en desarrollo, como Viet-Nam y Arabia Saudita consideran también a los bienes intangibles como una forma de apor-

15. NACIONES UNIDAS. La Corriente Internacional de Capitales Privados, 1946-52, Nueva York, 1954, p. 13. Apreciaciones semejantes se encuentran para períodos posteriores en: NACIONES UNIDAS. La Corriente Internacional de Capitales privados 1956-58. Nueva York, 1959, p. 23.
16. Ciado por Miguel Wionczek. Problemas involucrados en el Establecimiento de un Trato Común para la Inversión Extranjera en el Mercado Común Andino (Mimeo) 1970. p. 22.
17. En el Perú, tanto el Decreto-Ley Nº 18350, Parte Cuarta C, como el Decreto-Ley Nº 18810, Parte Sexta D, utilizan la descripción de "activos tangibles rentables". Para otros países ver: Kenya, Lex cit. Sección 2. (1); Uganda, Lex cit. Sección 5. (1).
18. Brasil, Lex. cit. Artículo 1; Indonesia, Lex cit. Artículo 2, b; Viet-Nam, Lex cit. Artículo 5, 2. c).
19. Régimen Común, cit. Artículo 1º; Viet-Nam, Lex cit. Artículo 5, 2. c); Indonesia, Lex cit. Artículo 2, b); Argentina, Lex cit. Artículo 2.b).
20. Kenya, Lex cit. Sección 2. (1); Uganda, Lex cit. Sección 5. (1).
21. PHILIPPE KAHN. Rapport Preliminaire, en Report of the Fifty-Second Conference. Helsinki. International Law Association. London, 1966. p. 841.
22. Ibid. p. 842.

te de capital (23). Pero, como ha hecho notar el economista Miguel Wionczek (24), "hay razones para creer que en vista del subdesarrollo tecnológico hay numerosas situaciones en que se proporciona a los países receptores de la inversión extranjera privada —contra pagos directos e indirectos de cuantía impresionante— la tecnología anticuada, el "know-how" que podría comprarse mucho más barato en condiciones competitivas en otras del mundo". Y, añade el mismo autor, que en el caso de empresas extranjeras con participación nacional, "el control real se consigue mediante el control tecnológico que toma forma de acuerdos que suelen prever la exclusividad del aporte de la Tecnología y la división de los mercados" (25).

Aceptar la tecnología como aporte de capital implica, pues, dejar abierta una brecha para acentuar la dependencia hacia los países exportadores de capital. El Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena estatuye, por eso, en su artículo 21, que las contribuciones tecnológicas intangibles darán derecho al pago de regalías —es decir podrán comercializarse— pero no podrán computarse como aporte de capital. Mediante el control de la comercialización se trata de evitar algunos de los excesos que serían más difíciles de detectar bajo la forma de inversiones.

4. Carácter "extranjero" de las inversiones

El carácter "extranjero" de una inversión se puede determinar por varios criterios.

Por un lado, dentro del criterio tradicional (26), que sostiene que la condición del capital, en cuanto a su "nacionalidad", no deriva de él mismo, sino de la condición de su dueño, puede recurrirse para fijar el carácter de una inversión a la nacionalidad del propietario. Esta es la solución adoptada en el Código de Inversiones de Túnez, en su artículo 20º, así como en las leyes sobre inversiones de Arabia Saudita artículo 1º, y Uganda Sección 1, 1). Esta era la solución seguida en el Perú hasta la promulgación del Decreto-Ley Nº 18350. Pero si bien es cierto que determinar la nacionalidad del propietario cuando éste es una persona natural no ofrece mayores dificultades, la situación es distinta y da origen a dilatadas argumentaciones, cuando el propietario es una persona jurídica, llegándose en muchos casos a negar tal nacionalidad por completo (27).

En el Perú el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil parece indicar que las Personas Jurídicas tienen la nacionalidad del país de constitución; criterio que ha sido el sostenido por la Corte Internacional de Justicia de La Haya en el caso de la Barcelona Traction. Por otra parte las Leyes Nos. 11780 del Petróleo, 13836 sobre Construcciones Navales, 14012 de Empresas de Aviación, 15720 sobre Aeronaútica Civil y el Decreto Supremo Nº 071-68-HA sobre crédito, consideraban "nacionales" a las compañías cuyo capital social perteneciera en un 60% a peruanos; al mismo tiempo la Ley Nº 6207 sobre cabotaje y los Decretos Leyes Nos. 17330 sobre Bancos, en su artículo 2; y 17420 sobre Agentes Marítimos, y el Decreto Supremo 017-69-TC, acerca de Empresas Navieras; consideraban como "nacionales" a compañías cuyo capital social fuese de peruanos en un 75%; y por último —pero en forma simultánea— el artículo 1º del Decreto Ley Nº 17330 sobre Bancos, consideraba como "nacionales", a aquellas compañías cuyo capital perteneciera en su totalidad a personas naturales peruanas y/o personas jurídicas que estuviesen constituidas en igual forma. El criterio para fijar el carácter del capital era eminentemente político. El Decreto Ley 18900 que ha derogado, a este respecto, los

23. Viet-Nam, Lex cit. Artículo 5, 2, b; Arabia Saudia, Lex cit. Artículo 1º. Asimismo RICARDO MENDEZ SILVA. Op. cit. p. 13.
24. MIGUEL S. WIONCZEK. Problemas involucrados en el Establecimiento de un Trato Común para la Inversión Extranjera en el Mercado Común Andino (Mimeo) 1970. p. 40. Ver también un amplio tratamiento sobre el tema del mismo autor, Inversión y Tecnología extranjera en América Latina, México, Cuadernos de Joaquín Mortiz, 1971.
25. Ibid. p. 39.
26. RICARDO MENDEZ SILVA. Op. cit. p. 12.

27. Opiniones de los doctores Alfredo Solf y Muro, Pedro Oliveira, Manuel Augusto Olaechea y Juan José Calle, en las Actas de la Comisión Reformadora del Código Civil Peruano. Lima, 1923. Fascículo I, Sesión 39a. pág. 190. Opiniones de los doctores Carlos García Gastañeta, José Luis Bustamante y Rivero y Alberto Ulloa Sotomayor, en Diario de Sesiones de la Octava Conferencia Internacional Americana. Lima, 1938. p. 344. Ver, también, JOSE LEON BARANDIARAN. Comentarios al Código Peruano. Lima, 1952, p. 91. ROBERTO MAC LEAN. Las Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado. Lima, 1963. p. 97 y sgts.

dispositivos citados define como empresa nacional, la constituida en el Perú y cuyo capital pertenezca en más de ochenta por ciento a inversionistas nacionales y siempre que esta proporción se refleje en la dirección técnica, administrativa y comercial, pero entendiendo como "nacionales" digo diferente al concepto tradicional, conforme se explica más adelante.

Se puede recurrir para fijar el carácter "extranjero" de la inversión, en segundo lugar, no a la nacionalidad del propietario sino a su domicilio o residencia, lo cual es un criterio que se ajusta más a la realidad y es la solución seguida por la Ley Nº 4131, modificada por la Ley Nº 4390, de Brasil, en su artículo 1º y por la Ley de inversiones de Portugal, en su artículo 1º. Pero hay un nuevo criterio, que introducido por primera vez por la legislación peruana, en el Decreto-Ley Nº 18350, Ley General de Industrias, fue posteriomente incorporado en otras normas peruanas, y ha terminado por ser adoptado por los países que integran el Acuerdo de Cartagena. Este criterio es de carácter económico y en muchos casos independiente de la nacionalidad, aunque vinculado a la residencia del propietario.

En la Parte Cuarta, E, del Decreto-Ley Nº 18350, Ley General de Industrias, promulgado el 27 de julio de 1970, se definió por primera vez como capital social nacional el perteneciente a peruanos con un mínimo de seis meses al año de residencia en el país, o a extranjeros, aunque no sean residentes. que renuncien a remitir capitales y utilidades fuera del país. Este último aspecto se convirtió en el elemento esencial de la doctrina peruana. El mismo texto fue incorporado al Decreto-Ley Nº 18810, Ley General de Pesquería, promulgado el 25 de marzo de 1971, en su Parte Sexta, C; pero sufrió algunas transformaciones antes de ser aprobado como texto común para Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú.

El artículo 1º del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, con la modificación introducida en el Perú por el artículo 1º del Decreto-Ley Nº 18999, considera como inversionista nacional —además del Estado, de las personas naturales nacionales, de las personas jurídicas nacionales que no persigan fines de lucro, de las comunidades laborales, y de las empresas constituidas en el país cuyo capital pertenezca en más del ochenta por ciento a inversionistas nacionales y que esta proporción se refleje en la dirección técnica, financiera, administrativa y comercial de la empresa— a las personas naturales extranjeras que hayan residido ininterrumpidamente en el país por no menos de un año y, además, renuncien al derecho de reexportar el capital y a transferir utilidades al exterior. No basta, pues, con ser residente como en la doctrina tradicional, ni con renunciar a la exportación del capital y utilidades como en la tesis peruana. Pero es evidente que la característica más importante de la nueva doctrina es la renuncia a la repatriación del capital y de las utilidades, pues de esta forma la inversión se vincula de una manera indisoluble a la economía nacional. Durante el primer año de operaciones del Comité de Inversiones y Tecnologías Extranjeras del Ministerio de Economía y Finanzas, han solicitado su conversión a inversionistas nacionales cuatrocientos sesenta extranjeros, con un capital registrado de mil dieciséis millones, ochocientos cuarenticinco mil, ochocientos cincuentiocho soles, suma que representa el tres por ciento del total de inversiones extranjeras directas en el Perú registradas al 31 de marzo de 1973.

En cuanto a la conversión de inversionistas extranjeros en nacionales se ha debatido en torno a si es posible renunciar a la reexportación de solamente una parte del capital y de las utilidades que este capital produzca, para acogerse a la calificación de inversionista nacional. Sobre tal cuestión el Comité de Inversiones y Tecnologías Extranjeras del Ministerio de Economía y Finanzas, se ha pronunciado sosteniendo que, si bien el Decreto-Ley Nº 18350 se refería al capital social nacional, que por naturaleza es divisible, y permitía por eso la renuncia parcial, no ocurre lo mismo con el Régimen Común, que se refiere a la calidad de inversionista nacional, que es un estado de la persona y que como tal es indivisible. Además de esta razón, existe la de no permitir que haya una inversión que reciba el trato de nacional, y que pueda ser administrada en consideración a los intereses de la otra parte del capital que sí goza del trato de inversión extranjera, y cuyo destino final no está vinculado al desarrollo del país sino al beneficio de una economía que opera en función de sus propios intereses. Al redactar los formularios de renuncia a la repatriación del capital y utilidades, el Comité ha incorporado al texto la renuncia a la repatriación de todo el capital presente y futuro del inversionista.

Correlativamente, la ley entiende como inversionista extranjero al propietario de una inversión extranjera

directa, tal como se definió más arriba. Queda por aclarar la situación del extranjero que no siendo propietario de una inversión extranjera no es inversionista extranjero y que, por definición, tampoco es inversionista nacional. Algunos bancos locales han exigido, en estos casos, para otorgar crédito por encima de los límites que el Decreto-Ley Nº 18900 establece para las empresas extranjeras, que se conviertan en inversionistas nacionales, y el Comité de Inversiones y Tecnología Extranjeras del Ministerio de Economía y Finanzas ha aceptado este criterio y en varios casos ha resuelto que procede la conversión a inversionista nacional de extranjeros que no son propietarios de inversión, pero que podrán serlo en el futuro.

5. Ventajas y desventajas reconocidas a las inversiones extranjeras

Las inversiones, bajo las formas en que se han producido en los países en vías de industrialización, y en particular dentro de la perspectiva de la historia económica y política del Perú, han traído consigo una carga casi siempre desbalanceada de ventajas y desventajas. Entre las primeras se encuentra el aporte mismo del capital que permite el acometimiento de empresas, la realización de proyectos y el emprendimiento de obras productivas impostegables para el desarrollo. Al estudiar el período de bonanza a mediados del siglo pasado, un autor se ha referido a "la fuerte inyección de capitales extranjeros que recibiera el país a partir de 1869" (28); y aun un escritor tan poco propenso a simpatizar con la penetración del capital extranjero, como lo era Mariátegui, la hacer un análisis de la economía peruana después de la guerrra del Pacífico, concedió que las inversiones extranjeras brindaron "alguna ayuda para su convalecencia" (29).

También se admite como ventaja del capital extranjero el conocimiento, tecnología, habilidad gerencial, organización y capacidad administrativa que trae consigo y que para una sociedad en proceso de iniciar su desarrollo significa un aporte tan valioso como el capital mismo. Reconociendo esta aseveración Haya de la Torre escribió, en 1928, que "en estos países la primera forma del capitalismo moderno es la del capital extranjero imperialista" (30). Una tercera ventaja reconocida a la inversión extranjera, y en especial a la vinculada ocn la industria primaria o extractiva, es la de brindar acceso, a través de empresas subsidiarias y asociadas; a un mercado más amplio que al que podría llegar por sí solo el productor nacional, que frecuentemente en los países no industrializados, tiene alcance a un mercado interno aún demasiado pequeño. Por último, hay también beneficios de carácter marginal que trae el capital extranjero, como pueden ser el aumento de las exportaciones o la disminución de las importaciones, con repercusiones en la balanza de pagos, y el aumento de ocupación para la mano de obra excedente, en la mayoría de los casos con una retribución mejor que la que obtiene el resto de los trabajadores, o que la que obtenía antes el mismo trabajador.

Argumentos más entusiastas de las virtudes del capital extranjero han llegado a presentar a éste bajo la imagen del caballo regalado, como observara un destacado economista. En el otro platillo de la balanza, mientras tanto, los detractores sostienen que no es un caballo, en absoluto, sino más bien un lobo con piel de cordero (31).

Entre las desventajas que con más frecuencia se atribuyen al capital extranjero se encuentra la influencia política que ejerce y que ha llevado a que se denuncie la situación de dependencia, expuesta desde hace varios años en planteamientos aislados, y recientemente como doctrina de interpretación de la realidad socio-económica peruana. Escritores conservadores, como Víctor Andrés Belaúnde, han coincidido con políticos de izquierda en afirmar que "el síntoma más alarmante de la economía peruana ha sido nuestra dependencia del capital extranjero ... en una proporción tal que amenaza nuestra independencia política" (32), y que se refleja en hechos como los producidos en París, cuando en 1971, se reunieron acreedores del Estado peruano para considerar la refinanciación de

28. CARLOS CAMPRUBI ALCAZAR. Historia de los Bancos en el Perú. T. I. Lima, 1957. p. 130.
29. JOSE CARLOS MARIATEGUI, Siete Ensayos de Interpretación de la Realidad Peruana. Tercera Edición, Lima, 1952. p. 24.
30. VICTOR RAUL HAYA DE LA TORRE. El Antiimperialismo y el Apra. Tercera Edición. Lima, 1970, p. 1.
31. MIGUEL S. WIONCZEK. United States Investment and the Development of Middle America. Studies in Comparative International Development. Vol. V, 1969-1970. Number 1. p. 3.
32. VICTOR ANDRES BELAUNDE. La Realidad Nacional. Segunda Edición. Lima, 1945. pp. 264-265.

la deuda externa a corto plazo, la que se negaron a otorgar, según comentarios autorizados, en un esfuerzo para obligar al gobierno peruano a abrir las puertas de par en par a los inversionistas extranjeros (33). Comentaristas más radicales, por otro lado, consideran que en el transcurso de los años la situación de dependencia no ha sido disminuido sino que simplemente ha cambiado de apariencia (34).

A consecuencia de la influencia política ejercida a través del capital extranjero se producen fricciones políticas, diplomáticas y sociales, como en los casos del guano, del petróleo y del cobre, hasta crear un clima adverso, que llega muchas veces a reflejarse en novelas como "Redoble por Rancas" o "Garabombo el Invisible" de Manuel Scorza. Por último, se afirma que la inversión extranjera en lugar de aportar capitales al país, sirve en realidad de drenaje al capital que sale en forma de utilidades, dividendos, intereses y regalías sin ningún control y que, en algunos años, ha superado el monto de inversiones ingresadas.

6. Conclusión

El objeto de un trabajo sobre el régimen legal de las inversiones extranjeras en el Perú debe ser comprobar cómo se ha regulado las inversiones, aprovechando las ventajas y neutralizando las desventajas dentro del contexto social y económico del país, y finalmente examinar hasta qué punto se puede lograr un control efectivo de las mismas a través de las instituciones jurídicas tradicionales, y cuando se hace necesario crear órdenes legales que correspondan a los planteamientos de nuestra realidad concreta y actual. En algunos casos, el aporte de capital ha sido ficticio. Ha habido empresas que aportaban al país divisas en reducida cantidad y luego obtenían del mercado de capitales interno crédito por diez veces al valor de su aporte. Esta operación daba como resultado que, después del primer año de operaciones, el inversionista extranjero podía sacar del país el capital inicial y continuar trabajando, en adelante, con el ahorro del país. En otros casos, la tecnología aportada no ha sido de una calidad que pueda competir en condiciones de igualdad con otras técnicas y métodos de organización. Y en cuanto al acceso de los productores locales a los mercados internacionales, los países en vías de desarrollo han comenzado a asumir la comercialización externa de muchos de sus productos.

Muchas veces la situación de dependencia de los países en vías de desarrollo se acentúa no sólo mediante el más ostensible recurso de legislar otorgando privilegios o ventajas a favor de ciertos grupos (35), sino, bajo una forma menos advertida, al aceptar los términos en que se plantea un problema, o a través de conceptos legales como la "nacionalidad" de las sociedades, la "reciprocidad" en el trato a los inversionistas extranjeros con los nacionales, el arbitraje internacional para resolver las disputas sobre inversiones, y las "garantías" a los países inversionistas. Estos conceptos, que han sido creados para ser entendidos dentro del contexto de un sistema económico, social y político determinado, que es el de las naciones altamente desarrolladas, dentro de condiciones estructuralmente distintas y que exigen por ello trato diferente, como es el caso de los países en proceso de desarrollo, producen efectos distorsionados que no se ajustan a la realidad circundante, son fuente de conflicto y resultan inadecuados para alcanzar las metas propuestas en términos de uns distribución más justa de la riqueza.

33. Diario New York Times de 12 de julio de 1971. p. 39.
34. ANIBAL QUIJANO. Nacionalismo, Neoimperialismo y Militarismo en el Perú. Ediciones Periferia. Buenos Aires. 1971.
35. Como se expone en LUIS PASARA, El Rol del Derecho en la Epoca del Guano, Derecho, Nº 28. 1970. p. 11.

Alfredo Ostoja López-Alfaro

COMPRAVENTAS MARITIMAS INTERNACIONALES: CONTRATOS F. O. B. Y C. I. F. *

1. Introducción
2. La estipulación f. o. b.
   2.1. Obligaciones del vendedor
   2.2. Obligaciones del comprador
3. El término comercial f.o.b. en la práctica norteamericana
4. El término comercial f. o. b. en la práctica soviética
5. La transferencia de la propiedad en la estipulación f. o. b.
6. El término comercial f.o.b. y el transporte mediante containers
7. El término comercial f.o.b. en el comercio aéreo

1. Introducción

Parece estar fuera de discusión que los términos comerciales más profusamente empleados en las compraventas marítimas internacionales son los términos f. o. b. (free on board o franco a bordo) y c.i.f. (cost, insurance, freight o costo, seguro y flete). Desde el advenimiento del comercio marítimo internacional —tal como es hoy entendido— a partir de la segunda mitad del siglo XVIII, las costumbres y los usos mercantiles, más que los legisladores y los jueces, fueron diseñando lo que hoy conocemos como contratos f.o.b. y c.i.f. Resulta significativo mencionar que el término f.o.b. es definido por primera vez ante los tribunales británicos en 1812 en el caso Wackerbarth v. Masson. El término c.i.f. es contemplado también por primera vez ante los mismos tribunales en el caso Tregelles v. Sewell decidido en 1862.

No obstante, es también sabido que son pocas las legislaciones mercantiles nacionales que han definido estos términos de manera precisa y que, por el contrario, ellos —o más precisamente, las obligaciones y derechos que de ellos se derivan para el comprador y el vendedor— son entendidos de diversa manera en los países de mayor preponderancia en la actividad del comercio internacional. Esta divergencia de concepciones no es, evidentemente, exclusiva de los términos f.o.b. y c.i.f., sino que, por el contrario, ella se hace extensiva a otros términos comerciales.

De allí precisamente que a lo largo de muchos años el principal objetivo de personas e instituciones vinculadas al comercio internacional haya sido el uniformizar y regular las estipulaciones originarias y derivadas de las compraventas internacionales. Las técnicas y métodos adoptados para alcanzar el mencionado objetivo han sido múltiples y variados, yendo desde la formulación de contratos-tipo vinculados a un género específico de comercio —algunas veces llamada "estandarización vertical"—, hasta la uniformización de términos que afectan al comercio internacional entendido como un todo, abstracción hecha de la naturaleza de las mercancías materia de la operación comercial. Este tipo de uniformización ha recibido también el nombre de "estandarización horizontal" (1) y está recogida básicamente en textos referenciales autorizados.

Una de aquellas instituciones es la Cámara de Comercio Internacional con sede en París, la misma que desde su fundación en 1919 ha estado abocada a esta importante tarea. Sus textos referenciales **Trade**

* Teniendo en cuenta la extensión de este artículo, se publica en el presente número de la revista "Derecho" la primera parte del mismo relativa al contrato f. o. b., con cargo a publicar la segunda —referida al contrato c. i. f.— en el próximo número. *El Consejo Editorial.*

1. Ver Sasson, David, Trade Terms and the Container Revolution *en* The Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 1, 1969-1970, Washington, p. 73.

Terms 1953 (2) e **Incoterms 1953** (3) —este último recientemente difundido en nuestro medio a través de un folleto publicado por el Ministerio de Industria y Comercio en colaboración con el diario La Nueva Crónica y el Banco Popular del Perú— son quizás los más importantes esfuerzos uniformadores en materia de términos comerciales (4).

Trade Terms 1953 pone de manifiesto, a través de un estudio comparativo realizado en 18 países (5), las diferentes interpretaciones que merecen 10 términos comerciales (6), entre los cuales se encuentran aquéllos que son materia del presente artículo. A diferencia de lo que sucede con Incoterms 1953, no pretende uniformizar criterios interpretativos, aunque conduce, inevitablemente, a la conclusión de que un esfuerzo de esta naturaleza es indispensable si se quiere promover la regularidad del flujo comercial internacional a la par que reducir al mínimo los altos costos provenientes de los litigios derivados de las diferentes concepciones que términos tan frecuentemente usados pueden llegar a tener en las diversas plazas comerciales.

Incoterms 1953, en cambio, a partir de la constatación de las divergencias interpretativas ya aludidas y de las serias consecuencias de éstas para el desarrollo del comercio internacional, se propone facilitar un conjunto de reglas que permitan interpretar de manera uniforme los principales términos comerciales empleados en las compraventas internacionales, para lo que define las obligaciones del vendedor y del comprador en 11 términos comerciales (7), de manera tal que las diversas partes en un contrato de compraventa internacional por el solo hecho de ajustar expresamente sus estipulciones a las reglas de Incoterms 1953, están adoptando una interpretación unívoca de ellas. Así, quienes contraten en términos "c.i.f. Nueva York Incoterms 1953" tendrán definidos de antemano los parámetros dentro de los que se deberán ajustar los derechos y obligaciones propios de esta estipulación, tal y conforme los ha definido el mencionado texto referencial.

Lo que hace en definitiva Incoterms 1953 es identificar clases específicas de compraventas mediante referencias a sus respectivas condiciones de entrega. En otras palabras, el precio de las mercancías materia de la operación mercantil, cotizado conjuntamente con un término de comercio, identifica el punto de entrega de estas mercancías y el momento en el que se transfiere el riesgo y— en algunos casos también la propiedad— del vendedor al comprador, fijando con bastante precisión la alocación de derechos y responsabilidades de las partes contratantes.

Los términos f.o.b. y c.i.f., tal como han sido diseñados por los usos y costumbres mercantiles y posteriormente sistematizados por Incoterms 1953, serán materia de los párrafos siguientes de este trabajo.

La denominación completa de ambos términos y a la cual corresponden las siglas con que son conocidos internacionalmente es "free on board" (franco a bordo) y "cost, insurance, freight" (costo, seguro, flete), respectivamente. La denominación del primero de los términos se complementa con la especificación "indicando puerto de embarque" y la del segundo con la especificación "indicando puerto de destino", de tal manera que la estipulación "f.o.b. Callao" alude a la entrega franca de las mercancías que efectúa el vendedor a bordo de un buque en el puerto del Callao, entendido éste como el puerto de embarque. En cambio, la estipulación "c.i.f. Callao" alude a que el vendedor deberá correr con los gastos de seguro y de transporte de las mercancías materia del contrato has-

2. Cámara de Comercio Internacional, Documento 16.
3. Cámara de Comercio Internacional, Documento 166.
4. Otras publicaciones de la Cámara de Comercio Internacional de gran difusión e importancia son los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios 1962, los Formularios Tipo para la apertura de Créditos Documentarios, las Reglas de Conciliación y Arbitraje 1955, el Problema de los Conocimientos de Embarque Limpios y las Tablas de Equivalencias Prácticas en el Seguro Marítimo.
5. Austria, Australia, Bélgica, Canadá, Suiza, Alemania, Dinamarca, Egipto, Francia, Inglaterra, Italia, Marruecos, Noruega, Holanda, Suecia, Estados Unidos de América, Yugoslavia y Sudáfrica.
6. En fábrica; franco vagón; entrega franca; f. a. s.; f. o. b.; c. & f.; c. i. f.; flete o porte pagado hasta. . .; sobre buque; y, sobre muelle.
7. En fábrica; franco vagón; f. a.s .; f. o. b.; c. & f.; c. i. f.; flete o porte pagado hasta. . .; sobre buque; sobre muelle; entregado en frontera; y, entregado en frontera libre de derechos. Estos dos últimos términos fueron elaborados con posterioridad a la primera versión de Incoterms 1953 y la Cámara de Comercio Internacional los incluye desde hace algún tiempo como suplemento de aquélla, con el propósito de hacer extensivo a ellos el uso generalizado de los Incoterms 1953 por parte de exportadores e importadores del mundo entero.

ta que ellas lleguen al Callao, entendido aquí éste como puerto de destino.

Bajo cualquiera de los dos términos es fácil apreciar, como se verá más adelante, no sólo las obligaciones del vendedor —que se incrementan considerablemente entre una estipulación f.o.b. y una c.i.f.— sino también el hecho de que el riesgo relativo a las mercancías es transferido del vendedor al comprador en el mismo momento, esto es, cuando ellas han sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque. Es por esto que ambos términos comerciales son considerados términos de "embarque" y no términos de "destino", en los que, como en el caso de la estipulación "sobre buque" ("ex ship"), las obligaciones del vendedor y su responsabilidad sobre las mercancías se extienden hasta que ellas son entregadas en el puerto de destino del país de origen del comprador.

2. La estipulación f. o. b.

Bajo esta estipulación el vendedor se compromete a entregar las mercancías materia del contrato de compraventa a bordo de un buque señalado por el comprador que se encuentra acoderado en el puerto de embarque previamente acordado. Todos los gastos en que se incurre hasta que las mercancías son puestas a bordo del buque, o, para ser más precisos, sobre la borda del buque, son sufragados por el vendedor, mientras que el comprador tiene que correr con todos los gastos subsiguientes, tales como la estiba de las mercancías a bordo (8), el flete derivado del transporte de aquéllas hasta su lugar de destino, el seguro marítimo, los gastos de descarga, los impuestos de importación y cualquier otro gasto incidental proveniente de la conducción de las mercancías al puerto de destino.

Con anterioridad al establecimiento de compañías navieras que ofrecieran servicios de transporte regulares y a la concepción de los documentos de embarque (9) como símbolos de las mercancías en viaje y antes de que se desarrollaran adecuadamente los servicios postales, radiales y telegráficos, los patrones de comercio internacional diferían considerablemente de los vigentes hoy en día. El comerciante de la época se veía obligado, en la mayoría de los casos, a fletar un buque con el cual visitaba diferentes puertos con el propósito de adquirir las mercancías de su interés. El mismo o un agente suyo debían supervisar esta aventura, estando presentes a bordo a lo largo de todo el viaje, para que en aquellos casos en que las mercancías requeridas fueran obtenidas, solicitar que ellas les fueran remitidas al buque donde serían objeto de una inspección final y donde se haría la oferta correspondiente. Es muy posible que debido a este usual procedimiento se haya acuñado por primera vez el término "free on board" (franco a bordo), para significar que el vendedor debía colocar las mercancías a bordo del buque del comprador, libres de todo costo y responsabilidad para éste.

Con el establecimiento de compañías navieras regulares, con el progreso tecnológico y su impacto en los transportes y las comunicaciones, así como con el reconocimiento jurídico de la negociabilidad de los documentos representativos de las mercancías, los patrones tradicionales del comercio internacional se vieron sustancialmente alterados. Estos acontecimientos fueron afinando la definición del término f.o.b. hasta presentarla como es entendida hoy en día, teniendo asimismo una particular influencia en el desarrollo del término c.i.f., como se verá más adelante.

Las características esenciales del término f.o.b. son principalmente las relativas a que el vendedor debe

8. Es importante precisar que tanto Incoterms 1953 como otras publicaciones especializadas, además de tratadistas de reconocido prestigio, señalan que la responsabilidad del vendedor termina cuando coloca las mercancías sobre la borda del buque, por lo cual se debe deducir que, salvo estipulación en contrario, la estiba de aquéllas en las bodegas del buque es de cuenta y riesgo del comprador. Este es un principio consagrado por la costumbre internacional que se ve contradicho por la definición de contrato f. o. b. que da la *Guía Práctica para Exportar* publicada por el Ministerio de Industria y Comercio con la colaboración del diario La Nueva Crónica y el Banco Popular en noviembre de 1972. Esta publicación, al definir en la p. 18, parágrafo 4.1. el término f. o. b. sostiene que "En el contrato FOB, la responsabilidad y las obligaciones del vendedor no cesan hasta que las mercancías hayan pasado realmente hasta las bodegas de la nave...". No obstante, en el folleto publicado también por el Ministerio de Industria y Comercio con los mismos colaboradores en el que se reproducen los *Incoterms 1953,* se sostiene la tesis correcta.

9. Específicamente el conocimiento de embarque (bill of lading), al que se hará referencia en forma detallada al tratar la estipulación c. i. f.

correr con los costos y asumir las responsabilidades derivadas del hecho de poner las mercancías a bordo, esto es, hasta que ellas sobrepasan la borda del buque; y, que una vez hecho esto cesan sus responsabilidas y también sus obligaciones.

Es necesario resaltar que en el caso de la estipulación f.o.b. no sólo el riesgo es transferido del vendedor al comprador en el momento del embarque, sino que también la propiedad es transferida en ese mismo acto, salvo estipulación en contrario, como se verá con todo detalle más adelante.

A continuación se presentarán las obligaciones del vendedor y del comprador dentro de una estipulación f.o.b., tal como las consigna Incoterms 1953, analizando o comentando aquellas más importantes.

2.1. **Obligaciones del vendedor**

El vendedor deberá:

1. **Enviar las mercancías de acuerdo al contrato de compraventa, así como todos los documentos exigidos en dicho contrato, en prueba de conformidad.**

No hay que perder de vista que la estipulación f.o.b. presupone un contrato de compraventa de mercancías en el que ella se inserta con el propósito de precisar los términos de la entrega de las mismas —franco a bordo—, los cargos comprendidos en el precio pagado por el comprador y, en definitiva, como ya se ha adelantado, la distribución de derechos y responsabilidades entre las partes contratantes. Esta primera obligaciones del vendedor recuerda que las mercancías colocadas sin gastos para el comprador sobre la borda del buque deben ser aquellas establecidas en el contrato de compraventa y no otras. En esta última eventualidad, el comprador tendrá expedito su derecho para rechazar las mercancías cuando éstas lleguen al puerto de destino, como se verá más adelante.

2. **Entregar las mercancías a bordo del buque designado por el comprador, en el puerto de embarque convenido, según la forma habitual en dicho puerto, en la fecha estipulada o dentro del plazo fijado, y avisar al comprador, sin pérdida de tiempo, de que las mercancías han sido entregadas a bordo del buque.**

Uno de los primeros comentarios que suscita esta obligación es el relativo al hecho de "entregar las mercancías **a bordo** del buque". Esta primera estipulación lleva a pensar en la circunstancia de que el vendedor debe, necesariamente, embarcar las mercancías, colocarlas sobre la borda del buque, aun cuando el buque, que no ha sido elegido por él sino por el comprador, por cuya cuenta y riesgo corre el transporte, no pudiera, eventualmente, entrar a puerto o acoderar en el muelle correspondiente en la fecha o dentro del plazo estipulados para el embarque, por circunstancias ajenas al vendedor, ej. calado del buque, congestión portuaria, etc. ¿Deberá el vendedor dentro de un contrato de compraventa con una estipulación f.o.b., correr con los gastos y soportar las responsabilidades derivadas de un hecho ajeno a su control que imposibilite el poner efectivamente a bordo las mercancías? ¿Debería el vendedor, aun cuando no medie estipulación expresa, sufragar en estos casos el costo del transporte de las mercancías en barcazas hasta el costado del buque y verse obligado, asimismo, a tomar un seguro marítimo que lo proteja de los riesgos a que las mercancías podrían verse expuestas durante su traslado del muelle hasta el costado del buque y durante la operación de carga que, como es evidente, resultará más onerosa y riesgosa si se realiza no desde el muelle sino desde pequeñas embarcaciones? ¿El precio f.o.b., cotizado en principio teniendo en consideración que las obligaciones del vendedor terminarían al embarcar las mercancías en el muelle, y sobre el que hay un acuerdo de voluntades de las partes contratantes, se vería alterado por una situación que se presenta, repetimos, por hechos que escapan al control de vendedor? ¿Debería éste entonces, por el hecho de haberse obligado a "entregar las mercancías a bordo del buque", asumir estos nuevos costos y riesgos sin que ellos se vieran reflejados en el precio a pagar por el comprador?

La interpretación estricta del término f.o.b. hecha por el Institute of Export británico alude a que el vendedor debe asumir todos los cargos provenientes del manipuleo y el transporte de las mercancías hasta que se haya efectuado la entrega franca (libre de costo para el vendedor) de las mismas a bordo del buque. Al respecto, en el caso Joseph (D.) Ltd. v. R. Wood & Co. Ltd. se sostuvo que cuando el buque no estuviera al costado del muelle, el transporte de las mercancías hasta que estuvieran en condiciones de ser cargadas debería incluir el transporte en barcazas (10).

10. Ver Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, Vol. 5, Stevens. Londres, 1968, p. 298.

Trade Terms 1953 (11) sostiene al analizar cómo es conceptuada la estipulación f.a.s. (free alongside ship o franco al costado del buque) en Inglaterra, que el vendedor deberá pagar todos los gastos derivados de poner las mercancías al costado del buque, incluidos los provenientes del transporte en barcazas. Sin embargo, este texto referencial no menciona de manera expresa la existencia de la misma obligación para el caso del término f.o.b. británico, por lo que podría presumirse válidamente una de dos cosas: (a) que donde hay la misma razón hay el mismo derecho, y que si en el contrato f.a.s., en el que normalmente la obligación del vendedor con respecto al transporte de las mercancías termina cuando las pone a disposición del comprador al costado del buque acoderado en el muelle, la costumbre mercantil ha establecido que los gastos provenientes del transporte de las mercancías en barcazas deben ser soportados por el vendedor cuando el buque (que como en el caso de la estipulación f.o.b. es también designado por el comprador) no pueda entrar a puerto o acoderar, debe suponerse que entre las obligaciones del vendedor en términos f.o.b. deberá también estar presente la relativa al transporte de las mercancías en barcazas hasta el costado del buque, desde donde se deberá efectuar la operación que permita que éstas sean entregadas a bordo de aquél, momento en el que terminarán sus obligaciones. Y (b) que, salvo estipulación expresa en contrario, las obligaciones del comprador relativas a entregar "a bordo" del buque deberán entenderse terminadas cuando éste no se encuentre en condiciones de recibir la carga en el lugar y en el plazo pactados contractualmente. El vendedor podría alegar entonces que ha cumplido con sus obligaciones contractuales mediante la entrega de las mercancías en el muelle en los depósitos de la compañía naviera o aun entender rescindido el contrato desde que una de las obligaciones del comprador —la referida a la designación del buque y al hecho de posibilitar el embarque de las mercancías— no ha sido cumplida.

En Bélgica y Alemania, según informa Trade Terms 1953 (12), los gastos provenientes del embarque que sean considerados parte integral del flete de acuerdo a la costumbre del puerto son de cargo del comprador. En Francia, según informa la misma fuente, se sostiene que la entrega f.o.b. puede hacerse al costado del buque, en cuyo caso el comprador deberá sufragar el costo de la operación de carga. En los Estados Unidos de América, también según Trade Terms 1953 (13), el vendedor debe proveer y pagar los gastos derivados de la obtención de un recibo provisional o un conocimiento de embarque "embarcados" y "limpios" (14), lo que hace suponer, sobre todo en lo que se refiere a la obtención del conocimiento de embarque "embarcado" y "limpio" —que sólo es obtenible cuando la carga ha sido física y efectivamente embarcada y no antes— que el vendedor debe, por el solo mérito de la estipulación f.o.b., entregar las mercancías sobre la borda del buque, corriendo con los gastos y riesgos derivados del transporte en barcazas cuando, como se ha visto, el buque no puede entrar a puerto o acoderar en el muelle correspondiente.

Ante esta ambigua situación —no resuelta por Incoterms 1953, que no trae estipulación expresa sobre la alocación del costo y del riesgo proveniente del transporte en barcazas como complementario de la operación de carga en un contrato f.o.b.— sería de gran utilidad para prevenir problemas interpretativos y posibles disputas, el que se introdujera en la estipulación f.o.b. la precisión relativa a la obligatoriedad o no obligatoriedad del vendedor de hacer uso de barcazas para posibilitar el que las mercancías sean entregadas a bordo del buque en los casos antes mencionados; la alocación de los costos y riesgos derivados de este factor; la posibilidad de alterar el precio pactado en un determinado porcentaje proporcional a los gastos en que se pueda incurrir para proporcionar este servicio, etc.

Esta recomendación cobra importancia no sólo por la ambigüedad interpretativa existente y por el silencio de Incoterms 1953 sobre el particular, sino porque las situaciones en las que será necesario el uso de barcazas para poder completar la operación de embarque bajo términos f.o.b. no son siempre previsibles. Estas pueden deberse a circunstancias conocidas de antemano por el comprador —que es quien contrata el transporte—, ej., características del puerto de embarque, tonelaje y calado del buque, casos éstos en

11. Citados *en* Schmitthoff, Clive, The Export Trade, The Law and Practice of International Trade, 5ª edición, Stevens, Londres, 1969, p. 13.
12. Op. cit., p. p. 61 y 67.
13. Op. cit., p. 65.
14. El recibo provisional y el conocimiento de embarque serán analizados en detalle en la parte de este trabajo relativa al término c. i. f.

los que la estipulación relativa al uso de barcazas será más clara; como también a circunstancias imprevisibles, ej., una congestión portuaria. En estas últimas, el vendedor debería estar protegido por la precisión que se recomienda líneas arriba, ya que, entre otras cosas, el flete proveniente del uso de las barcazas, así como el seguro marítimo que se verá obligado a tomar para cubrirse de cualquier riesgo que sobrevenga en este segmento de transporte marítimo, incidirán fuertemente en el costo de la operación de embarque.

La misma obligación del vendedor Nº 2 que ahora comentamos hace referencia a que el buque a bordo del cual se deberán entregar las mercancías, será designado por el comprador. Esto resulta claro si se recuerda que dentro de una estipulación f.o.b. quien contrata el transporte y corre con el flete proveniente del mismo es el comprador. Lo usual en estos casos es que en el contrato se especifique el buque o la línea naviera a los que las mercancías han de ser entregadas. En caso de proceder de esta manera, será deber del comprador el informar al vendedor sobre el nombre del buque que ha fletado o el de la compañía naviera que en uno de sus buques de línea se hará cargo del transporte, ya que, de lo contrario, se estaría impidiendo que el vendedor pudiera cumplir con su obligación contractual de entregar las mercancías a bordo de un buque específico.

La designación del buque o de la línea naviera va acompañada de la respectiva notificación al vendedor, la que incluye, además, referencias específicas al lugar de carga y a las fechas de entrega de las mercancías al buque. Como contrapartida de esta obligación del comprador, el vendedor debe avisar a este último que las mercancías han sido entregadas a bordo del buque.

En caso de incumplimiento del comprador con relación a la designación del buque o en caso de demora de éste, el vendedor tiene derecho a reclamar por los daños que estos hechos le hayan ocasionado, pero es dudoso que pueda reclamar el precio pactado dentro del contrato de compraventa de la misma manera en la que podría hacerlo en el caso en que efectivamente hubiera colocado las mercancías sobre el buque. En un conocido caso judicial británico (15) el barco originalmente designado por el comprador fue retirado del servicio por su propietario y otros cuatro barcos más que fueron designados como sustitutos, cada uno en su momento, estuvieron impedidos de recibir las mercancías materia del contrato de compraventa en términos f.o.b. debido a una serie de problemas ajenos al vendedor. En este caso el vendedor alegó tener derecho a reclamar el íntegro del precio pactado en el contrato y no simplemente daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento de aquél, siendo su pretensión denegada, sosteniéndose que "parece claro que en ausencia de un acuerdo específico la propiedad y el riesgo relativo a las mercancías en el caso de un contrato f.o.b. no son transferidos por el vendedor al comprador hasta que ellas no son realmente puestas a bordo del buque..." En síntesis, la fundamentación del fallo judicial radicaba en que no podía plantearse una acción indemnizatoria cuyo monto equivaliera al precio de las mercancías, aun cuando fuera claro que la propiedad no llegó a ser transferida al comprador por hechos de los cuales sólo este último respondía frente al vendedor.

Schmitthoff (16) recomienda que "en vista de esta incertidumbre, el vendedor haría bien en insistir en la inclusión de una cláusula contractual en la que se estipulara que el precio de compra es exigilbe en una fecha fija, haya o no el comprador designado efectivamente un buque".

En lo que se refiere a la fecha en la que el vendedor debe hacer la entrega de las mercancías a bordo del buque, Incoterms 1953 establece en la misma obligación Nº 2 que comentamos, que ella deberá efectuarse "en la fecha estipulada o dentro del plazo fijado". En el último caso debe entenderse que el período o plazo de entrega corre en beneficio del vendedor. Si se estableciera, ej., que la entrega deberá hacerse en los meses de junio y julio de 1974, debe entenderse que el vendedor tendrá la opción de embarcar las mercancías en cualquier momento entre el 1º de junio y el 31 de julio. Asimismo, en aquellos casos en los que el comprador se vea en la necesidad de sustituir el buque designado por él originariamente, lo hará dentro del más breve plazo y correrá con los gastos que esta sustitución origine, pero en caso de existir un plazo para la entrega de las mercancías, la sustitución del buque sólo podrá producirse dentro del plazo previsto en el contrato, sal-

15. Colley v. Overseas Exporters comentado por David Sassoon *en* C. i. f. & F. o. b. Contracts... p. 304, y por Clive Schmitthoff *en* The Export Trade... p. 20.

16. Op. cit., p. 20.

vo estipulación expresa que permita sustituir el buque una vez vencido este plazo o que, por el contrario, establezca la imposibilidad de la sustitución o un período rígido para efectuarla.

De otro lado, desde el momento que la estipulación f.o.b. establece obligaciones para ambas partes contratantes, ella no debería ser considerada beneficiando a una sola de éstas, por lo que la falta de designación por el comprador de un buque adecuado oportunamente debe ser considerada como un incumplimiento del contrato por parte de aquél. En un caso como éste, el comprador no podría forzar al vendedor a ejecutar el contrato valiéndose de una forma sustitutoria de entrega, ej., en muelle. Este principio fue establecido en 1812 en el caso británico Wackerbarth v. Masson, en el que se sostuvo que "la forma de entrega a la cual se comprometió el vendedor fue a bordo de un buque nominado por el comprador. El primero aceptó esta forma de entrega y estaba preparado para cumplir con ella... (No obstante), el comprador en lugar de nominar el buque, demandó que el azúcar fuera pesada y le fuera remitida a sus propias manos o transferida a su nombre mediante una anotación en este sentido en los libros del almancenero. El vendedor podría haber estado expuesto a algún riesgo, o podría haberse visto perjudicado al aceptar esta proposición, por lo que tuvo derecho a rehusar, ya que éste no era el tipo de entrega que él había estipulado" (17).

De la misma manera, de no mediar una estipulación específica en contrario, el vendedor no podría alegar que ha cumplido con sus obligaciones relativas a la entrega de las mercancías mediante la entrega de las mismas en el muelle. Para que este tipo de entrega sea válido, debería mediar una estipulación expresa autorizándola, lo que de hecho estaría desnaturalizando el término f. o. b. para convertirlo en uno "entrega franca en muelle, puerto de embarque", el mismo que no está reglamentado como tal en ninguno de los textos referenciales aludidos en este trabajo, pero que, desde el momento que la voluntad de las partes es ley entre ellas, podría ser legítimamente suscrito por los contratantes.

No obstante, si en un contrato en términos f.o.b. el **porteador** —y no el comprador— es quien ha aceptado la entrega de las mercancías en el muelle, la responsabilidad de éste sobre aquéllas comienza en el momento en que son depositadas allí. Sin embargo, este hecho no releva al vendedor de su responsabilidad sobre ellas frente al comprador, la que continúa, en base a lo estipulado contractualmente entre ambos, hasta que las mercancías hayan sobrepasado la borda del buque.

Resulta interesante destacar que el punto en el cual se produce la entrega puede ser el único factor que distinga un contrato f.a.s. (free alongside ship o franco al costado del buque) de uno f. o. b. (18).

Como ya se ha adelantado, las partes tendrán siempre la libertad de modificar el contrato f.o.b. y, consecuentemente, podrían establecer que la responsabilidad del vendedor terminara antes de que las mercancías hubieran sobrepasado la borda del buque, ej., en el momento en que fueran entregadas en los depósitos de la compañía naviera. Una opción de este tipo no está, evidentemente, implícita o presunta en un contrato f.o.b. ortodoxo, aunque ellas son tan comunes que están comenzando a aparecer virtualmente en todos los formatos-tipo de contratos f.o.b.

La obligación del vendedor Nº 2 se complementa con el aviso que debe dar al comprador, sin pérdida

17. Ver Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, vol. 5, Stevens, Londres, 1968, p. 302.

18. "En la práctica, tanto en los Estados Unidos de América como en el extranjero, los embarques f. o. b. son entregados en los muelles a las compañías navieras, las que se encargan del traslado de las mercancías a bordo de la nave, por lo que tanto en el caso de contratos f. o. b. como f. a. s., la compañía naviera se encarga de la operación de carga y paga por ella, estando estos gastos comprendidos en el flete que, a su vez, es pagado por el comprador. En algunos países la obligación del vendedor de correr con los *gastos* cesa en todos los casos con la entrega de las mercancías en el muelle, mientras que el *riesgo* de pérdida pasa al comprador después de la carga sobre el buque en el caso de contratos f. o. b. y antes de la misma en los contratos f. a. s. La distinción entre estipulaciones f. o. b. y f. a. s. es especialmente confusa en Francia y Holanda. Algunos antiguos comentarios al Código Comercial Francés establecen expresamente que en los contratos f. o. b. la entrega es hecha *al costado del buque*. Las decisiones judiciales, sin embargo, están divididas y un comentario más reciente sostiene que la expresión "a bordo" (del término franco a bordo) no tiene un significado técnico, sino que depende de los usos del puerto de embarque". *De*, Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shiping Laws, Stevens, Londres, 1968, p. 383.

de tiempo, de que las mercancías han sido entregadas a bordo del buque.

3. **Obtener, por su cuenta y riesgo, las licencias de exportación o cualquier otra autorización administrativa que resulte necesaria para exportar las mercancías.**

El vendedor, en su calidad de exportador, estará obviamente obligado a gestionar y obtener la documentación requerida para exportar en su país de origen.

4. **A reserva de lo dispuesto en los números 3 y 4 del apartado B** (19), **sufragar todos los gastos y asumir todos los riesgos de las mercancías hasta el momento en que, efectivamente, hayan sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque designado, con inclusión de cualesquiera impuestos, tasas o cargas de exportación, así como también los gastos derivados de los trámites que haya que realizar para cargar las mercancías a bordo del buque.**

Como ya se ha mencionado repetidas veces, la estipulación f.o.b. presupone la entrega franca —libre de costos y riesgos— de las mercancías a bordo del buque, a efectuar por el vendedor. Salvo estipulación en contrario, los costos y los riesgos derivados de las mercancías y de su embarque son del vendedor "hasta el momento en que, efectivamente, hayan (las mercancías) sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque". Esta afirmación requiere de un doble análisis, pues sus consecuencias pueden ser de gran importancia. Al referirse Incoterms 1953 a que las mercancías hayan "efectivamente" sobrepasado la borda del buque, parecería consagrar el principio de que en un contrato f.o.b. las obligaciones y los riesgos del vendedor con respecto al embarque de las mercancías no cesan hasta que ellas son físicamente puestas a bordo del buque. Podría interpretarse en base a esta precisión que el vendedor tendría, ej., que hacer necesariamente uso de barcazas para embarcar "efectivamente" las mercancías en aquellos casos en los que, por causas totalmente ajenas a él, el buque designado por el comprador no pudiera entrar a puerto, con el consiguiente aumento de los costos y riesgos, los que deberían ser asumidos, salvo estipulación distinta, por el vendedor, asunto éste analizado en páginas precedentes. También podría sostenerse que no cabe la entrega de las mercancías en muelle o en los depósitos de la compañía naviera, cuando, por el contrario, se ha observado que los usos establecidos en muchos puertos hacen que aquéllas sean entregadas —en la práctica y en la mayoría de los casos— a la compañía naviera que es quien se encargará de la operación de embarque y que, asimismo, el término de entrega "a bordo" no tiene un significado técnico ni rígido sino que depende también de los usos de los puertos.

De otro lado, conviene precisar que los usos y prácticas mercantiles, así como diversas decisiones judiciales, tratadistas especializados e Incoterms 1953 sostienen que los costos y riesgos asumidos por el vendedor terminan cuando las mercancías han "sobrepasado la **borda del buque**" (ship's rail, en inglés). Es necesario observar que no se afirma que ellos terminan cuando las mercancías han sido puestas a bordo sobre la cubierta del buque y menos en las bodegas del mismo, sino cuando ellas han sobrepasado la borda del buque. No obstante el consenso existente en este sentido, resulta muy difícil establecer y, más aún, probar, el momento preciso en el que las mercancías han sobrepasado la borda del buque, a pesar de que el momento es determinante en un contrato f.o.b. para poder precisar la transferencia no sólo del riesgo sino también de la propiedad. Al respecto, Clive Schmitthoff (20) sostiene que "en los contratos f.o.b. la borda del buque es la línea divisoria a la que abogados y comerciantes adjudican una igual importancia. La borda del buque determina no sólo los cargos que deben ser soportados por el vendedor o el comprador, respectivamente, sino que es también la prueba legal del cumplimiento del contrato, esto es, de la transferencia de la propiedad, la entrega de las mercancías y la transferencia del riesgo, excepto los casos en que resulta evidente que la intención de las partes ha sido otra. La borda del buque es pues la frontera legal entre los dominios del vendedor y del comprador. . ."

A propósito de la dificultad de precisar cuándo son transferidos los riesgos y la propiedad de las mercancías del vendedor al comprador, se sostuvo en el caso británico Kwei Tek Chao v. British Traders & Ship-

19. El apartado B es aquél en el que se consignan las obligaciones del comprador en edición oficial de Incoterms 1953.

20. Legal Aspects of Export Sales, Stevens, Londres, 1953, p. 43.

pers Ltd. (21) "sólo el más entusiasta de los abogados puede observar con satisfacción el espectáculo de las responsabilidades trasladándose desasosegadamente mientras la carga se balancea al extremo de una grúa sobre una línea perpendicular imaginaria proyectada por la borda de un buque".

Frente a esta peligrosa dificultad de precisión, parecería más que aconsejable que las partes que ajustaran el contrato de compraventa celebrado entre ellas a términos f.o.b., introdujeran una cláusula que estableciera de manera inequívoca el momento en que para ellas se deberá entender que se han transferido los riesgos, la propiedad y los costos relativos a las mercancías. Esta cláusula debería hacer referencia, necesariamente, a un hecho más concreto y objetivo que el sobrepasar la borda del buque, ej., el colocar la carga sobre cubierta o dentro de las bodegas del buque, lo que si bien es cierto aumentaría el costo de la operación de embarque, reduciría sustancialmente el costo derivado de las disputas que podrían suscitarse de no existir esta estipulación adicional que, en rigor, vendría a modificar la concepción ortodoxa del término f.o.b., introduciendo seguridades que beneficiarían a ambas partes contratantes. No parece necesario insistir en que una estipulación tal debería incluirse de manera expresa en el contrato.

La última parte de la obligación del vendedor Nº 4 hace referencia a que los gastos derivados de los trámites que haya que realizar para la operación de embarque son de cuenta del vendedor. No obstante, se ha mencionado ya cómo en muchos puertos la costumbre mercantil ha trasladado todos los rubros de este costo al comprador, a quien se le presenta como parte integrante del flete que él debe pagar, ya que normalmente es la compañía naviera la que se asume la operación de carga y descarga.

5. **Proporcionar, por su cuenta, el embalaje habitual de las mercancías, salvo que, en ese determinado tráfico mercantil, exista la costumbre de embarcar las mercancías sin embalar.**

El vendedor normalmente es quien asume los gastos provenientes del embalaje, salvo estipulación contraria o que el tipo de embalaje a utilizar sea de naturaleza especial a solicitud del comprador. Es obligación suya el embalar las mercancías materia del contrato de compraventa de manera tal que no solamente quede asegurado el buen estado de aquéllas hasta su llegada al puerto de destino, sino que se facilite al máximo el manipuleo de las mismas. Cualquier negligencia en este sentido puede tener serias consecuencias y originar, entre otras cosas, que las mercancías sean rechazadas por el coprador al recibirlas. Asimismo, el estado del embalaje puede tener consecuencias de gran importancia en la emisión del correspondiente conocimiento de embarque que, en este caso, será emitido por el porteador en favor del comprador. Si el embalaje no está en buenas condiciones, el porteador se verá imposibilitado de emitir un conocimiento de embarque "limpio" (clean bill of lading) (22), factor que puede perjudicar seriamente al comprador, quien por este solo hecho verá obstaculizadas sus expectativas de transferir el conocimiento de embarque o de obtener un crédito bancario (23).

De otro lado, el tipo de embalaje tendrá una consecuencia directa en el flete que deberá pagar el comprador, el cual se ajusta teniendo en cuenta, entre otros factores, el peso y tamaño de cada bulto.

Asimismo, y esto es de particular significación, la responsabilidad del porteador con relación a las mer-

21. Comentado por Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, Stevens, Londres, 1968, p. p. 382 y 419.

22. Un conocimiento de embarque "limpio" es aquél que no tiene ninguna cláusula superpuesta relativa al mal estado de las mercancías o del embalaje que las contiene. Un conocimiento de embarque que sí las tenga será llamado "sucio" o con observaciones, a consecuencia de lo cual su negociabilidad o valor se verán seriamente afectados. Un tercero que no haya sido parte en el contrato de transporte, a quien se desee transferir un conocimiento de embarque de esta naturaleza haría bien en tener ciertas reservas en aceptarlo, pues todo haría pensar que cuando se presente el momento de recabar la entrega de las mercancías contra la presentación del conocimiento, éstas estén deterioradas o parcialmente perdidas.

23. Los Usos y Reglas Uniformes relativos a los Créditos Documentarios 1962 (Cámara de Comercio Internacional, Documento 222) establecen en su artículo 16: "Un documento de expedición limpio es un documento que no lleve ninguna cláusula ni anotación sobreañadida, haciendo constar expresamente algún defecto en el estado de las mercancías y/o del embalaje. Los bancos rechazarán los documentos de embarque que lleven tales cláusulas o anotaciones, a menos que el crédito indique, expresamente, las cláusulas o anotaciones que pueden ser aceptadas".

cancías por él transportadas estará regulada en casi la totalidad de los casos por la Convención para la Unificación de ciertas reglas en materia de Conocimientos de Embarque, firmada en Bruselas el 25 de agosto de 1924, conocida en el ámbito del comercio internacional y del transporte marítimo como las "Reglas de La Haya" (24), ya que sus normas fueron elaboradas en sucesivas reuniones promovidas por la Asociación de Derecho Internacional llevadas a cabo en esa ciudad, siendo posteriormente consagradas por la Convención de Bruselas en 1924. Los conocimientos de embarque utilizados por la gran mayoría de las compañías navieras del mundo se ponen al amparo de las disposiciones de esta convención a través de la llamada "Cláusula Paramount", la misma que, invariablemente, está incluida entre las innumerables condiciones prerredactadas que figuran en el reverso del conocimiento.

Esta convención establece en su artículo 4º, inciso 5º, que ni el porteador ni el buque responderán en ningún caso de las pérdidas o daños causados a las mercancías o que afecten a éstas por cantidad mayor de **cien libras** (esterlinas) **por bulto o unidad,** a menos que exista una declaración especial de valor, por lo que la forma que tome el embalaje en lo que se refiere a número de bultos o unidades del mismo, tendrá una importancia capital para estos efectos, ya que una misma partida de carga puede estar contenida, a criterio del vendedor, si no media pedido expreso del comprador, en uno o más bultos o unidades, lo que redundará en el monto de la indemnización a pagar por el porteador al comprador en el caso de pérdida o deterioro de las mercancías, según lo dispuesto por el artículo de la Convención de Bruselas de 1924 que comentamos.

Si, por ejemplo, la carga es embalada en **containers** (25) este hecho tendrá consecuencias no solamente en la regulación del flete y, eventualmente, hasta en la designación del buque, sino en la determinación del monto de la responsabilidad del porteador de acuerdo a lo establecido por las Reglas de La Haya. ¿Qué deberá considerarse como bulto o unidad para estos efectos? ¿El container mismo o cada uno de los bultos en él contenidos? Lo razonable será esto último, pero para ello será de vital importancia la redacción del conocimiento de embarque. Si, ej. el conocimiento dice "un container que dice contener carga general", es probable que el porteador pueda alegar con éxito que el container, y no cada uno de los bultos contenidos en él, debe ser considerado como una unidad para los efectos de fijar el monto de la indemnización a pagar por él. Hay abundantes e interesantes decisiones judiciales al respecto.

Asimismo, el embalaje puede tener que conformarse a ciertas regulaciones de tipo sanitario o aduanero vigentes en el país del comprador.

24. Más de 80 países, entre los cuales se encuentra el Perú, han adoptado las Reglas de La Haya, ya sea mediante la promulgación de leyes especiales, ej., Inglaterra y los Estados Unidos de América a través de sus respectivas Carriage of Goods by Sea Acts; mediante la modificación de sus Códigos de Comercio; o, confiriendo fuerza de ley a la Convención.
El Perú aprobó la Convención por R. S. 687 de 16 de octubre de 1964, ratificándola el 17 de octubre de 1964 y depositando la ratificación correspondiente ante el gobierno belga el 29 de octubre del mismo año, por lo que entró en vigencia el 29 de abril de 1965, ya que el artículo 14 de la referida Convención establece que ella entrará en vigencia a los seis meses de haberse efectuado el depósito de la ratificación.
El procedimiento adoptado por el Perú para incorporar la Convención a su legislación nacional es, cuando menos, discutible. Otro trabajo de investigación abocado íntegramente al análisis de la Convención y de su Protocolo modificatorio de 1968 y de la implementación de la primera en nuestro país está siendo desarrollado en este momento.

25. No obstante lo afirmado por David Angus en su artículo Legal Implications of the Container Revolution in International Carriage of Goods, publicado *en* McGill Law Journal, vol. 14, 1968, p. 395 y s. s., en el sentido de que hay, evidentemente, muchas clases de containers o contenedores, como también se les llama en español, y de que llegan a cientos las definiciones propuestas por juristas, expertos en seguros y técnicos y comerciantes estrechamente vinculados a este nuevo tipo de transporte, un container puede ser definido como un receptáculo cerrado de dimensiones estandard y con un marco rígido de metal, diseñando para poder ser levantado o alzado por medios mecánicos; para el transporte, seguridad, protección y preservación de la carga contenida en él, ya sea sin embalaje o a granel o en un número determinado de bultos debidamente embalados; para poder ser usado en varias oportunidades u operaciones de transporte; y, para el tránsito directo (through transportation) de la carga, mediante diferentes medios de transporte (transporte combinado o intermodal). El container también posibilita lo que se ha dado en llamar "transporte de puerta a puerta" (door-to-door transportation).

Por todas estas razones, el aspecto relativo al embalaje en un contrato de compraventa internacional, y en este caso concreto en un contrado f. o. b., no debería nunca ser descuidado o quedar librado a la buena voluntad del vendedor.

6. **Sufragar los gastos de las operaciones de verificación (como las de control de calidad, de medida, de peso, de recuento) que resulten necesarias para entregar las mercancías.**

7. **Proporcionar por su cuenta el documento limpio habitual que pruebe que las mercancías han sido entregadas a bordo del buque designado.**

El documento limpio habitual al que se refiere esta obligación del vendedor dentro de un contrato f. o. b. no debe ser confundido con el conocimiento de embarque limpio por dos razones fundamentales: la primera es la relativa a que el vendedor, desde que no es parte en el contrato de transporte, del cual es título legal el conocimiento de embarque en lo que respecta a las mercancías transportadas, no puede obtener el conocimiento de embarque. Este no le es emitido a él sino al comprador —que es quien contrata el transporte— por el porteador; y, la segunda, que la denominación que le da Incoterms 1953 de "documento limpio habitual" no es producto del azar o la casualidad, sino que, por el contrario, ha sido intencionalmente elegida para distinguir este documento del conocimiento de embarque a que harán referencia la obligación del vendedor Nº 9 y la obligación del comprador Nº 5 que comentaremos más adelante.

Este documento limpio habitual no es otra cosa que el recibo provisional (mate's receipt) o recibo de embarque que entrega un agente del porteador al cargador de las mercancías —en este caso, el vendedor— para acreditar que las mercancías han sido efectivamente embarcadas o recibidas para su posterior embarque. Este recibo provisional no constituye un documento de título, ni su transferencia traslada la propiedad de las mercancías, ni su posesión es equivalente a la posesión de ellas mismas. El es habitualmente canjeado por el conocimiento de embarque definitivo.

Pero la obligación del comprador que ahora comentamos le exige a ese documento habitual dos características especiales: que sea "limpio", característica a la que ya nos hemos referido; y, que sea "embarcado", es decir que acredite que las mercancías "han sido entregadas a bordo del buque designado" y no que ellas han sido recibidas en el muelle para su posterior embarque, característica ésta que nos lleva nuevamente al tema del efectivo embarque de las mercancías en un contrato f.o.b. ortodoxo y al eventual uso de barcazas para completar la operación de carga, cuando el buque no pueda entrar a puerto o no pueda acoderar en el muelle.

Como es natural, las partes contratantes pueden modificar esta estipulación expresamente, admitiendo que el documento a que se hace referencia en esta obligación del vendedor sea "recibido para embarque", es decir, que acredite únicamente que determinadas mercancías han sido recibidas para ser embarcadas en un buque determinado, en una fecha o período también determinado. Esta estipulación evidenciará, adicionalmente, que la obligación del vendedor con respecto al embarque de las mercancías termina en el muelle, es decir, que él está liberado contractualmente de la obligación de colocarlas por encima de la borda del buque.

8. **Facilitar al comprador, siempre que éste lo pida y lo pague (véase el número 6 del apartado relativo a las obligaciones del comprador), el certificado de origen.**

Puede ser que las regulaciones aduaneras o de importación del país del comprador hagan necesaria la presentación de un "certificado de origen", que es el documento que sirve para acreditar el lugar de origen de las mercancías o para exigir un trato arancelario preferencial, en el supuesto caso que se hubieran establecido tarifas especiales para las mercancías provenientes de una determinada región, ej., países del Grupo Andino. Incoterms 1953 establece que éste será gestionado por el vendedor sólo a pedido del comprador, quien deberá correr con los gastos provenientes de su obtención.

9. **Prestar al comprador, siempre que éste así lo solicite y corra con los riesgos y gastos, toda la ayuda necesaria para obtener el conocimiento de embarque y cualquier otro documento, salvo los mencionados en el número anterior, expedido en el país de procedencia y/o de origen, y que aquél pueda necesitar para importar la mercancía en el país de destino (y, cuando sea necesario, para su tránsito por terceros países).**

Se ha mencionado ya en repetidas oportunidades que en un contrato en términos f.o.b. el transporte es contratado por el comprador, por cuya cuenta corre éste, por lo que el conocimiento de embarque relativo a las mercancías transportadas materia de la compraventa es emitido por el porteador a favor del comprador, quien para los efectos del contrato de transporte marítimo se convierte en "cargador", si aquel es uno de mercancías sueltas; y, en "fletador", si se trata de un contrato de fletamento.

Puede suceder, particularmente en los casos en los que el comprador no tiene un agente en el puerto de embarque, que sea más fácil para el vendedor —que conoce la plaza y que estará en contacto directo con el porteador o sus representantes— gestionar el conocimiento de embarque respectivo. En este caso actuará a pedido y por cuenta del comprador, como agente suyo, para los efectos de obtener el conocimiento, que como es un documento de título de las mercancías debe ser emitido a nombre del comprador o a nombre del vendedor, quien, en este caso, lo endosará a favor del primero.

Es por el hecho que esta obligación se refiere específicamente al conocimiento de embarque que no se puede suponer válidamente que el "documento limpio" a que alude la obligación Nº 7 sea también un conocimiento. Ese es, como ya se ha dicho, un recibo provisional o un certificado de embarque.

Ahora bien, la obligación que comentamos no especifica el tipo de conocimiento de embarque que el vendedor deberá gestionar. Todo hace suponer que, salvo estipulación expresa en contrario, éste será de ordinario "embarcado" y "limpio". Es decir, acreditará que la carga ha sido efectivamente embarcada y que ella y el embalaje que la contiene están "en aparente buen orden y condición" (26). Sin embargo, si el comprador autoriza al vendedor a obtener para él un conocimiento "recibido para embarque", estará admitiendo de antemano que la obligación del vendedor relativa al embarque franco de las mercancías termina cuando obtiene este tipo de conocimiento en el muelle, es decir, antes de que las mercancías hayan sido efectivamente embarcadas.

Se hace referencia también en esta obligación a la ayuda que podrá prestar el vendedor para la obtención de otros documentos, los que siempre correrán por cuenta del comprador.

2.2. **Obligaciones del Comprador**

El comprador deberá:

1. **Fletar un buque o reservar a bordo de un buque el espacio necesario, todo ello por su cuenta, y avisar al vendedor, a su debido tiempo, del nombre del buque, del lugar de carga y de las fechas de entrega de las mercancías al buque.**

Muchas de las notas que tipifican a esta obligación del comprador han sido ya analizadas al tratar la obligación del vendedor Nº 2. Sin embargo, conviene recordar que debe quedar claro que es el comprador el que contrata el transporte y que puede optar, según convenga a sus intereses, por un contrato de fletamento total o parcial —que es al único tipo de contrato al que parece referirse Incoterms 1953— o un contrato de transporte marítimo de mercancías sueltas sujeto al régimen de conocimientos de embarque exclusivamente, y no al régimen de póliza de fletamento (charter-party) y conocimiento de embarque, como el primero. El comprador además deberá avisar al vendedor, "a su debido tiempo" (más lógico hubiera sido decir "dentro del plazo estipulado"), del nombre del buque (o de la compañía naviera, si se trata de uno de sus buques regulares de itinerario que pasará por el puerto de embarque dentro del plazo establecido para embarcar), del lugar de carga y de las fechas de entrega de las mercancías. Cuando se hace referencia al "lugar de carga", en la versión en inglés de Incoterms 1953 se utiliza la expresión "loading berth", la que traducida al español correspondería a "muelle o atracadero en el que se efectuará la carga", lo cual es bastante más preciso que "lugar de carga" y que en un eventual litigio podría evitar disputas interpretativas con relación a la obligación del vendedor de colocar las mercancías sobre la borda del buque cuando, ej., el buque no acodera en el muelle señalado por el comprador. La versión en francés de Incoterms 1953 dice "emplacement de chargement" ("lugar de carga").

26. "In apparent good order and condition". Esta es la frase que habitualmente se incluye en todos los formatos impresos de conocimientos de embarque. Ella, evidentemente, no "ensucia" el conocimiento en el que es incluida.

La precisión relativa a las "fechas de entrega" de las mercancías al buque es también importante, no sólo porque permite al vendedor saber con exactitud cuándo deberá poner las mercancías a disposición del buque que las transportará hasta el puerto de destino, sino que según que el vendedor las respete o no, se derivarán serias consecuencias. Así, el porteador y el comprador, al formalizar el contrato de transporte, habrán establecido las estadías (laytime) y sobrestadías (demurrage) (27) correspondientes, por lo que si, ej., se incurre en sobrestadías por causas claramente imputables al vendedor, debería ser él y no el comprador quien responda por ellas. Evidentemente, esta importante estipulación no puede quedar librada al azar o a la buena voluntad de las partes del contrato de compraventa o aun a las costumbres mercantiles o a los usos de cada puerto, pues puede dar lugar a problemas interpretativos y a serios litigios. El comprador en términos f.o.b. haría bien en incluir especificaciones expresas con relación a la responsabilidad en que incurre el vendedor al no entregar las mercancías al buque dentro del plazo convenido, así como a la correspondiente indemnización a pagar por el vendedor al comprador, la cual debería ser por lo menos igual a la que este último tendrá que pagar al porteador por ese mismo concepto. Sólo así se verá protegido el comprador.

27. Se entiende por "estadías", tiempo de plancha o laytime, el número de horas o días que según lo acordado deberá invertir el buque en cargar y descargar. Esta es una estipulación siempre presente en cualquier contrato de transporte marítimo o póliza de fletamento que, adicionalmente, tiene una incidencia en el flete, en el que se entienden incluidos los días necesarios para las operaciones de carga y descarga.
Las "sobrestadías" o demurrage, por el contrario, están formadas por el período que excede al establecido para las aludidas operaciones. Al no poder realizar estas operaciones en el plazo fijado ("estadías"), se obliga al buque a permanecer inmovilizado más de lo previsto, lo que ocasiona un evidente perjuicio al armador, el mismo que debe ser indemnizado por el cargador en base a una cantidad, también previamente establecida, por día o fracción en exceso del plazo previsto. Esta cantidad suele ser alta y es fijada teniendo en cuenta múltiples aspectos, ej., el tonelaje del buque, el puerto en que se halle, etc. Lo usual es que sea quien contrata el transporte quien asuma el pago de las sobrestadías.

Para mayor claridad, conviene destacar que en un contrato de compraventa en términos f. o. b. confluyen cuando menos dos (28) contratos independientes: uno de compraventa, celebrado entre el comprador A y el vendedor B; y, otro de transporte, celebrado entre el comprador A y el porteador Z, de tal manera que el contrato de transporte es **res inter alios acta** para el vendedor, así como el contrato de compraventa lo es para el porteador. Por esta razón, si se incurriera en sobrestadías, las mismas que afectan al porteador, éste tendría que reclamarle la correspondiente indemnización a aquél con quien contrató, esto es el comprador (en el contrato de compraventa en términos f.o.b.), que, en rigor, no es quien ha provocado las sobrestadías. Por eso es que éste debería protegerse de esta eventualidad mediante la fórmula sugerida en el párrafo precedente.

Si lo que, por el contrario, sucede es que el vendedor no entrega las mercancías dentro de las "fechas de entrega", el comprador puede alegar incumplimiento de contrato y reclamar daños y perjuicios.

2. Sufragar todos los gastos y asumir todos los riesgos de las mercancías desde el momento en que hayan efectivamente sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque estipulado y pagar el precio convenido.

Esta obligación del comprador —con excepción de la referencia final al pago del precio convenido— es la contrapartida de la obligación del vendedor Nº 4. Ella vuelve a tocar el importante aspecto del momento preciso en el que se transfieren al comprador los gastos y los riesgos relativos a las mercancías, así como también, lo cual es muy importante, la propiedad sobre las mismas. Una vez más se pone en evidencia que la borda del buque es "la frontera legal entre los dominios del vendedor y del comprador", como la llama Schmitthoff (29), y, una vez más también, se pone en evidencia la imprecisión de este hecho de tan significativas consecuencias, imprecisión que ya ha sido analizada en párrafos precedentes (30).

28. Se afirma que confluyen cuando menos dos contratos pues muy a menudo se da el caso de que la operación de compraventa está financiada por un crédito documentario, el mismo que implicará nuevas relaciones contractuales.
29. Schmitthoff, Clive, Legal Aspects of Export Sales, Stevens, Londres, 1953, p. 43.
30. Al analizar la obligación del vendedor Nº 4.

Asimismo, nuevamente volvemos a tropezar con la estipulación vinculada al embarque "efectivo" de las mercancías y a la eventualidad de que éste termine para el vendedor antes de que aquéllas hayan sobrepasado la borda del buque, ya sea porque se haya estipulado así con el comprador o porque sea la compañía naviera la que, como es corriente, asuma esta operación, cuyo costo inclusive es trasladado al comprador a través del flete; o, porque, como ya se ha mencionado reiteradamente, el buque no pueda entrar a puerto o no pueda acoderar en el muelle.

Parece necesario volver a destacar que dentro de un contrato f.o.b. ortodoxo tal como lo entienden la costumbre mercantil, Incoterms 1953 y la mayoría de los tratadistas, los costos, los riesgos y la propiedad son transferidos del vendedor al comprador en el momento en que las mercancías sobrepasan la borda del buque y no antes ni después, por lo que si, ej., el comprador deseara que al menos los costos y riesgos se le transfirieran una vez que las mercancías fueran estibadas dentro de las bodegas del buque, esto haría necesaria una estipulación expresa al respecto. Sobre el particular Sassoon (31), comentando el caso inglés Attorney-General v. Waldorf Ltd., dice que los gastos que debe asumir el vendedor "consecuentemente no incluyen los gastos de estiba" y hace referencia también a que la cláusula "f.o.b. y estibado" ("f.o.b. and stowed") es común en las compraventas que tienen por objeto determinadas mercancías.

Esta obligación que ahora comentamos alude también al momento en que, aparentemente, debe hacerse el pago. Esto es, el comprador deberá pagar una vez que las mercancías hayan sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque convenido. No obstante, lo ordinario será que si el comprador tiene un agente en el puerto de embarque, el pago sea efectuado tan pronto como la operación de embarque haya culminado, pero, de lo contrario, el pago se hará a través de un banco del lugar de embarque contra la presentación del recibo provisional o del certificado de embarque, o, si se ha estipulado que sea el vendedor quien gestione la obtención del conocimiento de embarque, contra la presentación de este último. Las obligaciones del vendedor Nos. 7 y 9 hacen referencia, como se recordará, a estos documentos.

31. Sasson, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, vol. 5, Londres, Stevens, 1968, p. 298, nota Nº 26.

Nada impide que se pacte que el lugar de pago sea el de residencia u operaciones del comprador, en cuyo caso se procederá a efectuar el pago allí directamente a un agente del vendedor o a través de un banco, al cual habrán sido remitidos los documentos aludidos.

Deberá recordarse también la recomendación de la inclusión de una estipulación expresa relativa al pago del precio en una fecha fija cuando la entrega de las mercancías a bordo del buque se haya vuelto imposible por causas imputables al comprador, ej., el famoso caso inglés Colley v. Overseas Exporters (32) es una clara muestra de los perjuicios que puede sufrir el vendedor cuando el comprador sustituye el buque originalmente designado por otro, una y otra vez, sin que buque alguno llegue a puerto. Como se mencionó al comentar este caso, el vendedor pretendió demandar que se le abonara el precio pactado en la compraventa, siendo su pretensión denegada en base al argumento de que la propiedad sobre las mercancías no había llegado a ser transferida, por lo que el vendedor sólo tenía derecho a reclamar daños y perjuicios.

Dependerá del interés del vendedor optar por la introducción de una cláusula como la que se recomienda o por una que contenga una condición resolutoria expresa, que dará, como es evidente, derecho a reclamar daños y perjuicios.

No obstante lo mencionado anteriormente con relación a la oportunidad en que deberá efectuarse el pago y ante quién deberá ser hecho éste, lo más frecuente en los últimos tiempos es que el pago se haga a través de una carta de crédito documentario. El comercio internacional viene siendo financiado en una proporción particularmente significativa por este sistema, al extremo que los enunciados teóricos de los textos referenciales o de los tratados que analizan los términos comerciales, ej., los términos f. o. b. y c.i.f., que sostienen que el pago debe hacerse al contado o mediante la aceptación de letras de cambio contra la presentación de documentos (33) sin la in-

32. Mencionado a propósito del análisis de la obligación del vendedor Nº 2.

33. Estos son los llamados "documentos de embarque" que variarán según los términos comerciales de cada contrato y que estarán expresamente establecidos en el respectivo contrato de que se trate. En líneas generales podría decirse que son los documentos que tiene que

tervención de un banco, son hoy en día la excepción más que la regla (34).

El pago a través de un crédito documentario confirmado o irrevocable tiene innumerables ventajas sobre cualquier otro sistema de pago, ya que, de un lado, resuelve el problema de las garantías que siempre requiere el vendedor con relación al pago del precio, y, de otro, permite al comprador obtener crédito durante el período del transporte de las mercancías, lo que, a su vez, hace innecesario que éste afecte parte de su capital de trabajo antes de que las mercancías hayan llegado a su poder.

Convendría mencionar que en aquellos casos en los que se ha pactado el pago del precio mediante crédito documentario se pueden distinguir claramente cuatro etapas: (i) el vendedor y el comprador establecen expresamente en el contrato de compraventa que el pago se hará a través de un crédito documentario; (ii) el comprador da instrucciones a un banco ubicado en el lugar en el que él opera o reside (llamado "banco emisor") para que abra un crédito documentario en favor del vendedor en los términos establecidos por el comprador; (iii) el banco emisor establece contacto con un banco del lugar de operaciones o residencia del vendedor (llamado "banco corresponsal" o "avisador"), con el propósito de que aquél negocie, acepte o pague las letras de cambio que presente el vendedor contra la presentación que también deberá hacer éste de los correspondientes documentos de embarque, tal como hayan sido estipulados en el contrato de compraventa (35); y, (iv) el banco "corresponsal" o "avisador" dará aviso al vendedor de que negociará, aceptará o pagará sus letras de cambio contra la presentación de los documentos de embarque ya aludidos. El banco corresponsal o avisador hará esto tanto sin su propio compromiso o confirmando el crédito abierto por el banco emisor. De acuerdo a las Reglas y Usos uniformes relativos a los Créditos Documentarios 1962 (36) el banco corresponsal o avisador confirmará el crédito sólo si el banco emisor lo ha abierto como irrevocable.

3. **Para el caso de que el buque designado por él (el comprador) no haya llegado en la fecha fijada o dentro del período convenido, o no haya podido embarcar las mercancías o haya terminado de cargar antes de la fecha fijada o del término del período convenido, sufragar todos los gastos adicionales y asumir los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período convenido, siempre que las mercancías hubieren sido debidamente especificadas, es decir, claramente separadas o identificadas de cualquier otra forma que indique que se trata de las mercancías objeto del contrato.**

Esta es una de las dos excepciones establecidas por la obligación del vendedor Nº 4, relativas a la transferencia de los costos y los riesgos de éste al comprador. Esto es, de no mediar las situaciones que plantea esta nueva obligación del comprador que ahora analizamos, los costos y riesgos se transfieren al comprador cuando las mercancías sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque.

Esta estipulación establece tres situaciones excepcionales en las que el comprador deberá asumir los riesgos en un momento distinto al señalado en el párrafo precedente y asumir también los gastos que se deriven de aquéllas, gastos que, como veremos, pueden ser de muy distinta naturaleza. Estas tres situaciones excepcionales son (i) que el buque designado por el comprador no llegue al puerto de embarque en la fecha fijada o dentro del período convenido; (ii) que el buque no haya podido cargar las mercancías; y, (iii) que haya terminado de cargar **antes** de la fecha fijada o del término del período convenido.

La primera de las situaciones ha sido ya comentada a propósito de otros temas vinculados a la estipu-

presentar el comprador para acreditar que ha cumplido con sus obligaciones contractuales, ej., embarcar las mercancías, contratar el transporte, tomar un seguro marítimo, etc.

34. Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, Stevens, Londres, p. 397.

35. Esta estipulación dependerá, como es obvio, del tipo de contrato de que se trate. Si el contrato es uno en términos f. o. b., es posible que los "documentos de embarque" sean la factura comercial y el recibo provisional o certificado de embarque, salvo que se haya solicitado al vendedor gestionar la obtención del conocimiento de embarque, en cuyo caso éste deberá ser presentado en lugar del recibo provisional o del certificado de embarque. Si, por el contrario, se trata de un contrato c. i. f., el vendedor tendrá que presentar al banco la factura comercial, el conocimiento de embarque –generalmente "embarcado" y "limpio"– y la póliza de seguro marítimo.

36. Cámara de Comercio Internacional, Documento 222

lación f.o.b. Si el buque designado por el comprador no llega al puerto de embarque en la fecha fijada o dentro del período convenido y no se ha estipulado que el comprador tendrá derecho —dentro de ciertas condiciones y dentro de un cierto plazo— a nombrar un buque sustituto, es evidente que se habrá configurado una causal de incumplimiento de contrato imputable al comprador, por lo que éste no sólo estará obligado a indemnizar al vendedor por daños y perjuicios, sino que también, si media pacto expreso, estará obligado a pagar el precio fijado en el contrato de compraventa, aun cuando no llegue a recibir las mercancías objeto del mismo. Sin perjuicio de lo dicho, el comprador tendrá que responder además por todos los gastos que este hecho ocasione, ej., gastos de almacenaje o de transporte interno en los que haya podido incurrir el vendedor, para solo mencionar algunos.

Asimismo, el comprador asumirá los riesgos derivados de las mercancías desde la fecha de expiración del período convenido, lo que equivale a decir que aun cuando la propiedad no haya llegado a serle transferidad, los riesgos sí le son transferidos en el momento aludido, por lo que si ellas se pierden, se pierden para él, lo que a su vez implica una excepción al principio **res perit domino.** El comprador será responsable frente al vendedor de la suerte que puedan correr las mercancías por el hecho de que el buque designado, al no llegar en la fecha fijada o dentro del período convenido, haya contribuido al deterioro total o parcial o a la pérdida de aquéllas, ej., un cargamento de vegetales u otras especies o mercancías deteriorables, un robo, un incendio, etc.

Es importante destacar que lo que asume el comprador en estas situaciones son los gastos y los riesgos y no sólo los primeros, como es corriente pensar.

No obstante, Incoterms 1953 —que como ya se ha mencionado, recoge las prácticas mercantiles internacionales y las sistematiza y unifica— pone una condición para que el comprador, en los casos que contempla la obligación Nº 3 que se analiza, asuma los gastos y los riesgos: que las mercancías materia del contrato hayan sido debidamente especificadas, "es decir, claramente separadas o identificadas de cualquier otra forma que indique que se trata de las mercancías objeto del contrato".

Esta precisión es pertinente, ya que sucede muy a menudo que en los contratos de compraventa de ciertas mercancías ellas son vendidas en base a una descripción genérica, ej., 100 toneladas de harina de pescado peruana, por lo que el vendedor está en libertad de entregar al comprador cualquier partida de mercancías, siempre y cuando éstas correspondan a la descripción de ellas hecha en el contrato de compraventa. Así, la Ley de Venta de Mercancías (Sale of Goods Act) inglesa de 1893 en su artículo 16 establece que en los casos de contratos de compraventa de mercancías no especificadas la propiedad sobre ellas sólo se transfiere al comprador a partir del momento en que éstas son individualizadas o especificadas. Por el contrario, cuando la compraventa tiene por objeto mercancías determinadas o especificadas, la propiedad sobre las mismas es transferida en el momento en el que las partes lo hayan acordado. Esta intención de las partes con respecto al momento preciso en que la propiedad será transferida podrá ser colegida de los términos del contrato, de las condiciones contractuales usuales entre las partes o de las circunstancias del caso concreto.

Sin embargo, si se parte del presupuesto de que la propiedad sobre las mercancías en un contrato f.o.b. ortodoxo, en circunstancias normales, será transferida en el momento del embarque de las mismas, cuando se haga la entrega franca a bordo de aquéllas, las disquisiciones precedentes dejarían de tener significación. Pero la situación que se comenta es precisamente aquélla en la que el embarque de las mercancías no ha podido producirse por razones imputables al comprador, razón por la que la propiedad sobre las mismas tampoco le ha sido transferida, por lo que en este caso concreto la condición que pone Incoterms 1953 con relación a la determinación o especificación de las mercancías materia del contrato de compraventa para que el comprador asuma los gastos y los riesgos ya referidos, no parece implicar también una determinación del momento en que se produce la transferencia de la propiedad sobre las mismas (es claro que en este caso ella no llega a producirse), sino sólo un momento preciso a partir del cual, por razones de equidad, esta transferencia de gastos y riesgos deba materializarse.

También la legislación peruana tiene disposiciones claras al respecto. El artículo 1385 del Código Civil establece que "La venta de las cosas por peso, número o medida, queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio; pero no pasa el riesgo al comprador hasta que se pesen, cuenten

o midan y **queden a su disposición.** Si al contrario, estas mismas cosas se venden en conjunto, pasa desde luego el riesgo al comprador". Similar disposición contiene el inciso 1º del artículo 329 del Código de Comercio.

La citada norma del Código Civil es más precisa aun que sus correspondientes de la Sale of Goods Act británica de 1893, ya que distingue tres momentos en el caso de las compraventas de cosas por peso, número o medida, equiparables éstas a las "unascertained goods" (37) del derecho anglosajón. Estos tres momentos son (i) el del perfeccionamiento del contrato de compraventa; (ii) el de la transferencia del riesgo; y, (iii) el de la transferencia de la propiedad. El artículo 1385 del Código Civil establece así que el contrato de compraventa deberá entenderse perfeccionado en el momento en que las partes "convienen en la cosa y en el precio", esto es, antes de que se determinen, especifiquen o individualicen las mercancías objeto del contrato. No obstante, el riesgo y la propiedad le serán transferidos al comprador en el momento en que aquéllas se pesen, cuenten o midan "y queden a su disposición". Por esto último debe entenderse el momento en que las mercancías sean embarcadas o, en el caso de que sea el vendedor quien deba gestionar la emisión del conocimiento de embarque, cuando éste sea remitido al comprador, situación a la que se refiere el artículo 847 del Código Civil.

Es importante destacar lo que Sassoon (38) opina sobre el particular con relación a las disposiciones de la Sale of Goods Act inglesa de 1893: "Por todo lo que ha sido dicho, es claro que los términos "franco a bordo" determinan algo más que el cálculo del precio y el de las responsabilidades derivadas del contrato para sus partes. Sin excepción, todas las definiciones propuestas del término f.o.b. establecen claramente que el vendedor debe soportar el riesgo relativo a la pérdida o destrucción de las mercancías, estén o no ellas identificadas o determinadas, hasta el momento de la entrega franca a bordo. Desde ese momento... el riesgo es transferido al comprador, quien, salvo estipulación en contrario, sólo entonces está obligado a pagar el precio. Desde que tanto el riesgo sobre las mercancías como el derecho a reclamar el precio, así como muchos otros derechos y obligaciones son, **prima facie,** consecuencias del derecho de propiedad según lo que dispone la Sale of Goods Act, la aplicabilidad de los principios precedentes a los contratos f.o.b. ha sido algunas veces puesta en duda". Thomas Carver (39) opina de manera semejante.

Estas importantes opiniones cuestionan la validez de la afirmación de que en el caso de mercancías indeterminadas el riesgo es transferido al comprador desde que ellas son determinadas, por lo que las opiniones referidas deben ser tenidas en cuenta al formular un contrato de compraventa internacional de mercancías en términos f.o.b., ya que ellas podrían informar, a su vez, la opinión de los jueces o tribunales arbitrales ante quienes se someta la solución de un eventual conflicto derivado del contrato.

Volvamos ahora por un momento a comentar algunas de las situaciones excepcionales (i; ii; y iii) que se mencionaron en la parte introductoria del análisis de esta obligación Nº 3 del comprador f.o.b. La situación (i) relativa a que el buque designado por el comprador no llegue al puerto de embarque en la fecha fijada o dentro del período convenido ha sido ya comentada. La situación (ii) referida a que el buque no haya podido cargar las mercancías, presume la llegada del buque al puerto de embarque, pero se pone en el caso de que, a pesar de este factor, el buque no pueda embarcar las mercancías, ej., por no poder ingresar a la rada. En este caso, ¿estaría obligado el vendedor por el hecho de haberse obligado a una entrega franca a bordo de las mercancías materia del contrato, a sufragar los costos derivados del transporte y seguro marítimo de las mismas en barcazas hasta ponerlas en condiciones de poder ser embarcadas? Esta disposición de Incoterms 1953 es clara al respecto. Si las mercancías habían sido ya determinadas, será el comprador quien deberá "sufragar todos los gastos adicionales y asumir los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período con-

37. Esta es la expresión con la que el derecho anglosajón se refiere a las cosas no determinadas o no conocidas con certeza. Ella es utilizada en la Sale of Goods Act de 1893, de la cual se han comentado algunas disposiciones.

38. Sassoon, David, C. i. f. & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, vol. 5, Stevens, Londres, 1968, p. 361.

39. Carver, Thomas, Carriage of Goods by Sea, 12ª edición, *en* British Shipping Laws, vol. 3, tomo 2, Stevens, Londres, 1971, p. 905 y s. s.

venido", lo que, evidentemente, alcanza al transporte en barcazas. El caso inverso no parece susceptible de producirse, ya que en el momento en que supuestamente deberían cargarse las mercancías, éstas estarían ya determinadas, por lo que, repetimos, no parece posible que en esta situación (ii) el comprador pretenda eximirse de los gastos que acarree la imposibilidad del buque de cargar las mercancías, cuando ella provenga de hechos ajenos al vendedor, alegando que las mercancías no habían sido aún determinadas por éste.

La situación (iii) relativa a que el buque haya terminado de cargar **antes** de la fecha fijada o del término del período convenido, aparentemente no debería acarrerar problemas ni mucho menos ocasionar gastos y riesgos adicionales al comprador. Podría suponerse que esta parte de la obligación que analizamos se pone en el caso de que las circunstancias hagan necesario el pago de "despatch money" (40), pero ésta, en todo caso, es una obligación de la compañía naviera para con el cargador que, para los efectos del contrato de transporte incluido en la estipulación f.o.b., es el comprador, que, como se sabe, es quien ha contratado el transporte. La relación contractual de transporte vincula a la compañía naviera y al comprador f.o.b., por lo que el contrato de transporte marítimo es **res inter alios acta** para el vendedor. Este último no podría pretender, salvo pacto expreso en contrario, ser el beneficiario del "despatch money", que, por lo demás, es de obligación de la compañía naviera y no del comprador f.o.b. Y como en este caso estamos analizando las obligaciones de este último, creemos que no es ésta una de las situaciones que pretende regular Incoterms 1953. No es fácil imaginar cuáles serían estas situaciones en las que el comprador vería incrementados sus costos y responsabilidades como consecuencia de una acelerada operación de carga. Una de estas situaciones excepcionales podría ser aquella referida al caso de que la protección que trae consigo el seguro marítimo comenzara en el día establecido para el término de las operaciones de carga. No obstante, como en el caso hipotético éstas han terminado antes de lo previsto, podría ser necesario adelantar la vigencia del seguro marítimo y esto acarrearía un gasto adicional que debería ser sufragado por el comprador, quien, a su vez, se vería compensado por el "despatch money" que recibiría de la compañía naviera.

40. Esta expresión no es fácilmente traducible al español y es conocida en el ámbito del comercio marítimo internacional en su versión inglesa. Ella quiere significar la prima a la rapidez en las operaciones de carga y/o descarga acordada contractualmente entre porteador y cargador, así, si, ej., este último concluye con las operaciones antedichas antes de los plazos fijados para ellas en el contrato de transporte, se hace acreedor a esta prima, generalmente regulada a razón de una determinada cantidad de dinero por día o fracción.

4. **Si (el comprador) no ha designado el buque a tiempo, o si habiéndose reservado un plazo para hacerse cargo de las mercancías y/o, el derecho a escoger el puerto de embarque, no hubiere dado instrucciones detalladas a su debido tiempo, sufragar los consiguientes gastos adicionales y asumir todos los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período convenido para la entrega, siempre que las mercancías hubieran sido debidamente especificadas, es decir, claramente separadas o identificadas de cualquier otra forma que indique que se trata de las mercancías objeto del contrato.**

Esta obligación del comprador se pone, al igual que la anterior, en tres situaciones que incrementan los gastos y los riesgos de aquél, a condición, igualmente, de que las mercancías materia del contrato hayan sido determinadas o individualizadas. Estas tres situaciones son (i) que el comprador no haya designado el buque a tiempo; (ii) que habiéndose reservado un plazo para hacerse cargo de las mercancías, no hubiere dado instrucciones oportunas al vendedor; y, (iii) que habiéndose reservado el derecho de escoger el puerto de embarque, no hubiere dado instrucciones oportunamente al vendedor.

El primer caso es claro. Es sabido que en un contrato de compraventa en términos f.o.b. la obligación de contratar el transporte es de cargo del comprador. El debe proveer el transporte en los términos señalados en su obligación Nº 1, especificándose en el contrato de compraventa el buque o la línea naviera a uno de cuyos buques de itinerario han de ser entregadas las mercancías por el vendedor. Es posible que el comprador se haya reservado un plazo para dentro de él designar el buque. Si no cumple con esta designación oportunamente, incurrirá en las mismas responsabilidades y se hará acreedor a los mismos gas-

tos a que se hizo referencia al analizar su obligación Nº 1.

La situación (ii) relativa a la reserva hecha por el comprador de un plazo determinado para hacerse cargo de las mercancías, apareja la obligación de poner en conocimiento del vendedor el momento en que deberá efectuarse el embarque, ej., se podría pactar que las mercancías deberán ser entregadas entre el 1º y el 30 de setiembre. Eso indicaría que el vendedor —en cuyo beneficio, salvo pacto expreso en contrario, se establece el plazo —podría embarcar las mercancías en cualquier momento entre el 1º y el 30 de setiembre, comprometiéndose, para darle eficacia comercial a la estipulación, a notificar al comprador sobre la fecha exacta o aproximada en la que comenzará la operación de carga. En el caso de que sea el comprador el que se ha reservado el plazo a su favor, por las mismas razones que se acaban de expresar, éste debería notificar al vendedor en el mismo sentido, con el propósito de posibilitarle el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si estas instrucciones no son proporcionadas oportunamente por el comprador, éste deberá sufragar los gastos adicionales, ej., almacenaje; y, asumir los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período convenido para la entrega.

La situación (iii) referente al derecho que se reserva el comprador de elegir el puerto de embarque da origen a lo que se ha dado en llamar "cláusula f.o.b. con puertos múltiples". Así, el contrato de compraventa puede ocasionalmente disponer que la entrega se haga en alguno de los varios puertos comprendidos en una determinada región, ej., "f.o.b. puerto peruano", lo que equivaldría a decir que el vendedor debe o puede hacer la entrega franca de las mercancías materia del contrato en cualquier puerto peruano. Esta cláusula debe ser necesariamente interpretada de acuerdo a la intención de las partes o a lo que ellas hayan estipulado expresamente en el contrato. Cuando se trata de una estipulación f.o.b. ortodoxa, en la que el comprador es quien debe designar el buque, normalmente será también él quien deberá elegir el puerto de embarque dentro de los límites establecidos en el contrato e informar oportunamente al vendedor de esta elección, para permitirle cumplir con la entrega de las mercancías. Es ésta la situación que trata de regular Incoterms 1953, estableciendo que si el comprador no cumple con informar oportunamente sobre esta elección, deberá asumir los gastos y riesgos que esta omisión o falta de oportunidad suyas ocasionen al vendedor.

Si, por el contrario, la compraventa f.o.b. contiene estipulaciones especiales en lo que se refiere a las obligaciones del vendedor, ej., que sea éste quien deba contratar el transporte en calidad de agente del comprador, la obligación de elegir el puerto apropiado recaerá sobre el vendedor. En resumen, en una compraventa f.o.b. con puertos múltiples es la parte responsable de la elección del buque la que normalmente tienen la facultad de elegir el puerto donde el embarque deberá efectuarse, como señala Schmitthoff (41).

5. Sufragar los gastos que haya que realizar para obtener el conocimiento de embarque en el caso previsto en el número 9 del apartado A (42)

Esta obligación del comprador es la contrapartida de la obligación del vendedor Nº 9 ya analizada. Puede suceder —y de hecho sucede con frecuencia— que el comprador le solicite al vendedor que, actuando como agente suyo y por su cuenta y riesgo, contrate el transporte y aun el seguro marítimo. Evidentemente, el vendedor que presta estos servicios adicionales al comprador tendrá derecho al cobro de una comisión, salvo estipulación expresa en contrario. Este tipo de cláusula f.o.b. se contrapone a la llamada cláusula f.o.b. ortodoxa, en la que es el comprador quien se encarga directamente de contratar el transporte y el seguro.

Esta obligación del comprador que ahora analizamos parece ponerse en el caso de que siendo el comprador el que contrata el transporte, sea el vendedor —y no un agente del primero en el puerto de embarque— quien tramite la emisión del conocimiento de embarque, el que por ser un recibo de las mercancías embarcadas o recibidas para embarque sólo es emitido por el porteador cuando en efecto se embarcan las mercancías o éstas son recibidas por él para su posterior embarque, operación que en el caso de un con-

41. Schmitthoff, Clive, The Export Trade, The Law and Practice of International Trade, 5ª edición, Stevens, Londres, 1969, p. 21.
42. El apartado A es aquél en el que se consignan las obligaciones del vendedor en la edición oficial de Incoterms 1953.

trato de compraventa en términos f.o.b. se produce generalmente con bastante posterioridad a la celebración del contrato de transporte entre el comprador f.o.b. y el porteador. Contrariamente, en la mayor parte de las operaciones de exportación, en las que la formalización del contrato de transporte marítimo es inmediatamente anterior al embarque de las mercancías, la producción del conocimiento de embarque por el porteador casi coincide en el tiempo con la formalización del contrato de transporte marítimo aludida líneas arriba.

Hay casos, pues, en los que el vendedor deberá tramitar la producción del conocimiento de embarque por encargo del comprador y, más aún, deberá remitirlo a este último. Es lógico entonces que sea el comprador quien sufrague los gastos que la prestación de este servicio le ocasione al vendedor.

6. **Sufragar todos los gastos que haya que realizar para obtener los documentos mencionados en los números 8 y 9 del apartado A, incluyendo los correspondientes a los certificados de origen y documentos consulares.**

Como las obligaciones del vendedor f.o.b. terminan cuando éste ha hecho la entrega franca de las mercancías a bordo del buque en el puerto de embarque, no tiene por qué asumir gastos que no sean los propios de la entrega. Es por eso que Incoterms 1953 señala que aun la obtención del certificado de origen —por ser éste un documento requerido para la importación de las mercancías en el país del comprador— debe ser costeada por el comprador. Esta obligación del comprador es la contrapartida de las obligaciones del vendedor Nos. 8 y 9.

Aquí concluye el análisis de las obligaciones del vendedor y del comprador dentro del término comercial f.o.b. consignadas por Incoterms 1953. No obstante, se analizarán a continuación algunas otras consideraciones de importancia dentro de este contrato de compraventa marítima internacional.

Valdría la pena destacar que el término f.o.b. —prioritariamente utilizado como un término de entrega en operaciones de comercio internacional— es también utilizado en transacciones domésticas, ej.. entre un fabricante y un exportador locales. Con frecuencia también la cláusula f.o.b. es utilizada por las partes como base para el cálculo del precio de las mercancías materia de la compraventa y no como base para definir sus respectivas obligaciones contractuales ni como un método de entrega propiamente dicho. Así, las cotizaciones de precios para la exportación son consignadas, en la generalidad de los casos, en términos f.o.b. No sería posible, por el contrario, cotizar precios, de manera general, en términos c.i.f., ya que los costos del transporte y del seguro —que en este caso son de cuenta del vendedor— variarán según las características particulares de la transacción de que se trate.

3. El término comercial f.o.b. en la práctica norteamericana

Asimismo, en los Estados Unidos de América y en el Canadá, el término f.o.b. se usa con frecuencia, e indistintamente, tanto en relación a transporte terrestre como a transporte marítimo, y, a no ser que el término se califique con la palabra "buque" (f.o.b. buque o f.o.b. vessel), se podría sostener —como dice Sassoon (43)— que un contrato que estipule entrega "f.o.b. Nueva York", alude a la obligación del vendedor de entregar las mercancías en el terminal del ferrocarril o en el terminal de camiones y no en el puerto. De esta manera, el uso de la expresión "embarque f.o.b." —sin hacer mención específica al medio de transporte— en un contrato de compraventa con un exportador norteamericano podría inducir a confusión.

A diferencia, pues, de lo que sucede en la práctica internacional, que, a su vez, es sistematizada por Incoterms 1953, en la práctica norteamericana el término f.o.b. se ha convertido en un término general de entrega, de manera tal que si aquél se consigna como "f.o.b. lugar de **destino**", ej., f.o.b. Nueva York, se entenderá que la obligación del vendedor radica en la entrega franca de las mercancías en ese lugar, siendo necesaria la consignación expresa "f.o.b. buque puerto de **embarque**", ej., f.o.b. buque Nueva Orleans, para que quede claro que la obligación del vendedor con respecto a la entrega franca de las mercancías materia del contrato de compraventa f.o.b. ter-

43. Sassoon, David, C. i. f., & F. o. b. Contracts, *en* British Shipping Laws, vol. 5, Stevens, Londres, 1968, p. 289.

mina cuando aquéllas han sido colocadas por él por encima de la borda del buque en el puerto de embarque indicado.

Al respecto, el Código Uniforme de Comercio de 1962 (Uniform Comercial Code 1962) (44) de los Estados Unidos de América establece en su sección 2-319(1), lo siguiente:

"Salvo pacto en contrario el término f.o.b. (que significa "libre a bordo" (free on board)) en un lugar determinado, aunque se emplee solamente en conexión con el precio estipulado será un término de entrega a tenor con el cual

(a) cuando el término es f.o.b. del lugar de embarque, el vendedor deberá embarcar las mercancías en ese lugar en la forma prevista en este artículo (sección 2-504) y asumir el gasto y riesgo de ponerlas en posesión del porteador;

(b) cuando el término es f.o.b. del lugar de destino, el vendedor de su cuenta y riesgo deberá transportar las mercancías a ese lugar y ahí ofrecer formalmente entregarlas en la forma prevista en este artículo (sección 2-503);

(c) cuando bajo (a) o (b) el término es también f.o.b. de buque, carro u otro vehículo el vendedor deberá además de su cuenta y riesgo cargar las mercancías a bordo. Si el término es f.o.b. de buque el comprador deberá nombrar el buque y en ese caso apropiado el vendedor deberá cumplir con las disposiciones de este artículo en la planilla de carta de porte Sección 2-323) (. . .)".

Del análisis de esta disposición, además de la constación de una deficiente —y en ocasiones inapropiada— traducción oficial de la versión original del Uniform Commercial Code 1962 (45), surgen ineludiblemente algunos comentarios, ya que aquélla introduce modificacionas sustanciales con respecto a la cláusula f.o.b. en su tipificación ortodoxa.

Se había adelantado ya en la parte inicial de este trabajo que la denominación completa de la cláusula era la de "f.o.b. **indicando puerto de embarque"** ("f.o.b. named port of shipment"). Esta precisión relativa al lugar en que el vendedor deberá hacer la entrega, viz., en el puerto de embarque indicado, es de suma importancia pues, entre otras cosas, incide en el precio de las mercancías materia del contrato de compraventa. Tradicionalmente y sin excepciones, se ha entendido que en una compraventa en términos f.o.b. las obligaciones del vendador terminaban en el puerto de embarque. No obstante, según la disposición del Uniform Commercial Code 1962 que analizamos, es posible en la práctica norteamericana pactar en términos "f.o.b. lugar de embarque" (sección 2-319 (1) (a)) y "f.o.b. lugar de destino" (sección 2-319 (1) (b)), siendo ambas situaciones sustancialmente distintas en lo que a costos y riesgos se refiere. En la primera de ellas el vendedor cumple con su obligación embarcando las mercancías en el lugar establecido en el contrato. En la segunda, en cambio, el vendedor debe, por su propia cuenta y riesgo, transportar las mercancías hasta el lugar de destino indicado y efectuar la entrega de las mismas allí. Es necesario observar, asimismo, que ya no se hace referencia al término "puerto" de embarque o de destino sino al término "lugar", para implicar que la cláusula f.o.b. en su primera acepción es una cláusula de entrega en operaciones de transporte terrestre. Esto resultará aún más evidente si se tiene en cuenta que la misma disposición en su acápite (c) se refiere a la cláusula "f.o.b. de buque" ("f.o.b. vessel") un tanto como a la especie dentro del género, alterando o invirtiendo la concepción que de dicha cláusula tiene la práctica comercial internacional más generalizada. Más aún, esta misma disposición concibe también dos modalidades para la cláusula "f.o.b. buque": (i) "f.o.b. buque puerto de embarque", que coincide con la interpretación generalizada; y, (ii) "f.o.b. buque puerto de destino", la misma que implicaría la entrega franca de las mercancías a bordo en el puerto de destino, lo que hace suponer debiendo haberse dicho "el vendedor deberá cumplir con las disposiciones de este artículo *relativas a la forma del conocimiento de embarque. . .*", lo cual es, a todas luces, más claro y apropiado.

44. The American Law Institute/National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Traducción del texto oficial de 1962, Edición bilingüe en español e inglés, Equity Publishing Corp., 1967., p. 59.

45. A título de ejemplo, se podría señalar que en la versión original, en la parte final de la disposición transcrita, se utiliza la expresión "... the seller must comply with the provisions of this article on the form of the bill of lading", lo cual ha sido traducido como "... el vendedor deberá cumplir con las disposiciones de este artículo *en la planilla de carta de porte...*",

ner que en este caso es el vendedor —y no el comprador— quien debe correr con los gastos del transporte hasta el puerto de destino en función de lo que establece el acápite (b) de la misma disposición, con lo cual se estaría configurando un término de entrega muy similar al "sobre buque" ("ex ship") (46), regulado también por el Uniform Commercial Code 1962 en su sección 2-322, así como por Incoterms 1953.

Las innovaciones introducidas por el Uniform Commercial Code 1962 de los Estados Unidos de América, si bien responden a la flexibilidad que ha ido adquiriendo la estipulación f.o.b. ante las nuevas demandas provenientes del desarrollo del comercio interestatal al interior de los Estados Unidos de América, así como del comercio internacional, alteran la homologación que textos referenciales como Incoterms 1953 han pretendido difundir, comentario que no trae aparejada una crítica sino más bien un llamado de atención sobre las peculiaridades norteamericanas de la cláusula, las mismas que deberán ser tenidas en cuenta en cualquier relación de comercio internacional con los Estados Unidos de América.

4. El término comercial f.o.b. en la práctica soviética

Con la apertura de nuevos e interesantes mercados en países de Europa Oriental y Asia, resulta relevante analizar, aun cuando sea someramente, cuál es en ellos la realidad de los términos de comercio tradicionales.

Todo podría hacer pensar que las elaboraciones legislativas relativas al comercio marítimo internacional responden a un sistema económico de libre empresa, pero que no se ajustan a un sistema de economía planificada. Al respecto dice el jurista húngaro Gyula Eörsi (47) que "la reglamentación legal del comercio internacional no se ve directamente afectada por el hecho de que las dos partes contratantes o sólo una de ellas se adhiera al sistema de la propiedad privada; en ambas situaciones las partes tendrán personalidad jurídica y serán económicamente responsables de sus compromisos contractuales... El problema de la estructura doméstica o interna de las partes es una cuestión y la reglamentación del comercio internacional es otra. En este último campo, las reglas que gobiernen la conclusión y ejecución de los contratos bien pueden ser uniformes".

Dmitri Ramsaitsev (48) —en una época Presidente de la Comisión de Arbitraje para el Comercio Exterior de la U.R.S.S.— sostiene que muchos de los contratos de compraventa que se firman entre las organizaciones soviéticas de comercio exterior y los exportadores e importadores de otros países, establecen que la entrega sea hecha en términos f.o.b. y c.i.f.

Por otro lado, Frederick Eisemann (49) —Presidente de la Cámara de Comercio Internacional— nos indica, asimismo, cómo los contratos-tipo utilizados por diversas organizaciones de comercio exterior de países de Europa Oriental (50) adoptan la concepción que de los términos de comercio, y en particular de los contratos f.o.b. y c.i.f., tiene Incoterms 1953, haciendo alusión expresa a que el contrato se somete a este texto referencial.

Se puede concluir que si en la operación de comercio exterior las partes contratantes se acogen al criterio unívoco de Incoterms 1953, la interpretación de las obligaciones del vendedor y del comprador será similar a aquélla que ha sido objeto de detenido análisis en este trabajo. De lo contrario, habrá que tener en cuenta que la interpretación del término f.o.b. en la Unión Soviética según Ramsaitsev (51) implica que el vendedor siempre deberá obtener el conocimiento de embarque —el cual deberá ser lim-

46. El término comercial "sobre buque indicando puerto de destino" ("ex ship named port of destination") implica que el vendedor debe hacer la entrega de las mercancías materia del contrato de compraventa al comprador desde un buque que haya llegado al puerto de destino. El vendedor debe pagar el flete y el comprador no está obligado a pagar el precio hasta que no se le haga entrega de las mercancías mismas. Los documentos de embarque en este caso, a diferencia de lo que sucede con el término comercial c. i. f., no reemplazan a las mercancías, sino que la entrega tiene que hacerse en especie.

47. Eörsi, Gyula, Regional and Universal Unification of the Law of International Trade, *en* The Journal of Business Law, Londres, 1967.

48. Ramsaitsev, Dmitri, F. o. b. and C. i. f. in the practice of the Soviet Foreign Trade Organisations, *en* The Journal of Business Law, Londres, 1959.

49. Eisemann, Frederick, Incoterms and the British Export Trade, *en* The Journal of Business Law, Londres, 1965.

50. Varimex (Corporación del Comercio Exterior, Polonia) y Centrotex (Corporación del Comercio Exterior para la Importación y Exportación de Productos Textiles y de Cuero, Checoslovaquia), entre otras.

51. Ramsaitsev, Dmitri, op. cit.

pio— y sufragar los gastos que la obtención de éste pueda irrogarle, lo que sí importa una diferencia con relación a la interpretación de Incoterms 1953. En lo que respecta a las demás obligaciones de las partes, éstas son básicamente similares a las sistematizadas por este texto referencial.

Esto hace ver que las partes en una transacción de comercio exterior con países de cualquier estructura económica —y más aún con aquéllos con los que las relaciones comerciales regulares están todavía en proceso de desarrollo— deberán precisar cuidadosamente sus respectivas obligaciones en el propio contrato de compraventa, en el caso de que no deseen acogerse a Incoterms 1953. Sólo así se evitarán disputas y litigios.

5. La transferencia de la propiedad en la estipulación f. o. b.

No parece ser casual el hecho de que publicaciones como Incoterms 1953 no hagan referencia expresa alguna, tanto en el caso de la estipulación f.o.b. como en el de los demás términos comerciales cuyas características definen, al importante aspecto de la transferencia de la propiedad. La intención parece haber sido dejar la solución del problema a las estipulaciones de las partes sobre ese particular o a las disposiciones de la ley del contrato, las que pueden variar en algunos casos según el sistema legal de que se trate.

No obstante, en lo que a la compraventa en términos f.o.b. se refiere, Incoterms 1953, como ya ha sido visto, precisa el momento en el que los riesgos son transferidos del vendedor al comprador, esto es, cuando las mercancías han sobrepasado la borda del buque.

Tradicionalmente —en base al principio **res perit domino**— la responsabilidad sobre los riesgos o la tenencia de los mismos ha definido la tenencia del dominio. Es decir, el titular de la propiedad es el titular de los riesgos y sólo puede soportar los riesgos de la cosa quien es su dueño. Por esto, en la generalidad de los casos, se parte del supuesto de que la transferencia de la propiedad lleva implícita la transferencia del riesgo y viceversa.

En la compraventa de bienes **muebles** la entrega cumple con el doble propósito de transferir la propiedad y el riesgo, abstracción hecha de la precisión del momento en que queda perfeccionado el contrato, el mismo que, según se trate de una u otra orientación jurídica, lo estará desde el momento en el que las partes convienen en la cosa y en al precio (Sistema Traslativo o Simultáneo, ej., Código Civil italiano de 1942); o, desde que, adicionalmente, se produce la tradición de la cosa (Sistema Declarativo o Diferido, ej., Códigos Civiles alemán, brasilero y peruano). La adopción de uno u otro sistema implica consecuencias sustancialmente distintas. Bajo el primero —basado en la consensualidad del contrato— el dominio sobre la cosa se desplaza de dueño desde el instante en el que se perfecciona el contrato (aunque el bien no haya sido aún entregado al comprador), por lo que si entretanto la cosa perece sin culpa del vendedor (ex dueño), queda extinguida su obligación y subsiste, en cambio, la del comprador (dueño) relativa al pago del precio. La cosa se ha perdido para él aun antes de haberle sido entregada.

Bajo al segundo, en el contrato de compraventa —que sigue siendo consensual— deben distinguirse dos momentos. El de su celebración, que genera una obligación de dar; y, el de su ejecución, que implica el cumplimiento de la obligación a través del acto objetivo de la tradición, tratándose de muebles. Mientras no se haya producido la tradición, no se ha desplazado el dominio del vendedor al comprador. Este sólo es un acreedor frente a una obligación de dar que compete al vendedor. Si entretanto la cosa perece, lo hace para su dueño (el vendedor) y el comprador no estará obligado al pago del precio pactado.

El Código Civil peruano consagra este último sistema a través de sus artículos 890, 1172 contrario sensu, 1175 y 1412, entre otros.

Aunque la distinción entre la compraventa civil y la comercial —regulada ésta por los artículos 320 a 340 del Código de Comercio— no tiene mayor importancia práctica en nuestro medio, al no existir en él un fuero comercial y por serle aplicables a la segunda, con carácter supletorio, las disposiciones de la compraventa civil por mandato expreso de los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, es interesante destacar que el sistema adoptado por este cuerpo de leyes es el mismo que el del Código Civil. Al respecto dice Castañeda (52), "En el contrato de com-

52. Castañeda, Jorge Eugenio, Contrato de Compra-Venta, Editorial Imprenta Amauta S. A., Lima, 1970, p. 60.

praventa mercantil se necesita la entrega de las cosas para que dicho contrato quede consumado, o que se hayan contado, pesado a medido dichas cosas muebles y las tenga ya el comprador en su poder. Esta solución aparece clara en cuanto a los riesgos, que es el caso legislado en el artículo 330 del Código de Comercio, que dispone: Si los efectos **vendidos** perecieran o se deterioraren a cargo del vendedor, devolverá al comprador la parte de precio que hubiere recibido".

En el caso de un contrato f.o.b. ortodoxo, en el que no se hayan estipulado servicios adicionales a cargo del vendedor y en el que las mercancías sean determinadas, la propiedad y el riesgo serán transferidos del vendedor al comprador al colocar el primero las mercancías objeto del contrato por encima de la borda del buque.

Si, por el contrario, se trata de (a) un contrato f.o.b. con servicios adicionales a cargo del vendedor; o, (b) un contrato f.o.b. en el que las mercancías han sido vendidas por peso, número o medida, la situación es distinta.

En el primer caso (a), si, ej., el vendedor debe gestionar la emisión del conocimiento de embarque por cuenta del comprador, la transferencia de la propiedad se producirá con la transferencia del conocimiento de embarque y no con la entrega de las mercancías al porteador. Es la transferencia del título representativo de las mercancías la que produce la transferencia del dominio sobre las mismas. Así lo establece no solamente la costumbre mercantil internacional, sino también el artículo 847 del Código Civil cuando —ratificando una vez más el Sistema Declarativo o Diferido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico para la compraventa de muebles— establece: "Tratándose de artículos en viaje o sujetos al régimen de almacenes generales, la tradición se verifica por la transferencia de los conocimientos u otros documentos destinados a recogerlos. (. . .)" Podría darse el caso de que (a.i.) el vendedor efectuara la entre física de las mercancías al porteador, pero retuviera el conocimiento de embarque representativo de las mismas. En ese supuesto, no podría afirmarse que la entrega de las mercancías configuró la transferencia de la propiedad sobre ellas. El vendedor retendría el dominio hasta el momento en que transfiriera el conocimiento.

Asimismo, (a.i.i.) podría suceder que, excepcionalmente, el comprador hubiera accedido a que el vendedor —siempre dentro de la hipótesis de la cláusula f.o.b. con servicios adicionales— le gestionara y remitiera un conocimiento de embarque "recibido para embarque", el que, como se ha visto, no acredita que las mercancías hayan sido efectivamente embarcadas, sino recibidas para su posterior embarque. En este caso, la remisión del conocimiento de embarque al comprador se podría materializar con anterioridad al embarque mismo de las mercancías y sería aquélla la que produciría la transferencia de la propiedad.

En la primera de las hipótesis (a.i.), podría sostenerse que la transferencia del riesgo se disgrega, en el tiempo, de la transferencia de la propiedad, pasando aquél del vendedor al comprador aun cronológicamente antes. Esto es, el riesgo se transfiere en el momento de la entrega franca de las mercancías sobre el buque designado por el comprador (así lo establece Incoterms 1953 en la obligación del comprador Nº 2); y, la propiedad, con la transferencia del conocimiento de embarque. No podría sostenerse que si las mercancías se perdieran una vez embarcadas, pero antes de que se efectuara la transferencia del conocimiento de embarque, se perderían para el vendedor, así como tampoco podría sostenerse que el comprador —en este mismo supuesto— hubiera adquirido ya la propiedad antes de que se le transfiriera el conocimiento de embarque. El principio **res perit domino** se encuentra aquí en una situación sui generis. La cosa se perderá para su dueño (el comprador), pero para un "dueño" que, mientras no reciba el conocimiento de embarque, no podrá ejercitar todos los derechos inherentes al dominio (artículo 850 del Código Civil).

En la hipótesis (a.i.i.) en la que el vendedor transfiere al comprador un conocimiento "recibido para embarque" antes de que las mercancías hayan sido efectivamente puestas a bordo del buque, la situación es clara. La transferencia del conocimiento transfiere el dominio sobre mercancías que ya estaban bajo la custodia del porteador a nombre del comprador, aun cuando todavía no se hubieran efectivamente embarcado, de tal manera que si aquéllas se perdieran antes de ser embarcadas, lo harían para el comprador, quien tendría o no todos los derechos inherentes al dominio según que se le hubiera o no transferido ya el conocimiento de embarque.

Hedemann, (53) expresa que en los casos de compraventas de remisión el riesgo se transifiere con anterioridad a la entrega de las mercancías al comprador. El contrato, sostiene, se reputa cumplido desde que las mercancías han sido remitidas desde el domicilio del vendedor con destino al comprador y desde ese momento el riesgo debe ser asumido por este último. El Código Civil alemán en su artículo 447 establece: "Cuando a petición del comprador expida el vendedor la cosa vendida a lugar distinto de la ejecución, los riesgos pasarán al comprador en cuanto aquél haya entregado la cosa al consignatario, al porteador o a cualquier otra persona o establecimiento encargado de la ejecución...", entendiendo así que el tercero que recibe las mercancías para transportarlas representa al comprador, por cuenta de quien corre el transporte. Se perfecciona así una tradición que podría ser calificada de indirecta.

En aquellos casos (b) en los que, como se adelanta en párrafos precedentes, se trata de un contrato f.o.b. en el que las mercancías han sido vendidas por peso, número o medida, el régimen es aún más peculiar. Según establecen el artículo 1385 del Código Civil y el artículo 329, inciso 1º, del Código de Comercio, habría que distinguir en esta compraventa tres momentos: aquél en el que el contrato se perfecciona, aquél en el que pasan por riesgos del vendedor al comprador y aquél en el que la propiedad es transferida.

El artículo 1385 del Código Civil dispone: "La venta de las cosas por peso, número o medida, queda perfecta desde que las partes convienen en la cosa y en el precio (momento en que se perfecciona el contrato); pero no pasa el riesgo al comprador hasta que se pesen, cuenten o midan y queden a su disposición (momento en el que se transfiere el riesgo). (...)" Para ser coherentes con el Sistema Declarativo o Diferido adoptado por el Código Civil para las compraventas mobiliarias, sería necesaria la tradición de las mercancías (o de los conocimientos u otros documentos destinados a recogerlas, artículo 847 del Código Civil) para que la propiedad fuera transferida. La última frase del párrafo citado del artículo 1385 del Código Civil ("... y queden a su disposición") podría ser interpretada como aquélla que alude directamente a la tradición, a la entrega, ya materializada. Es decir, en el momento en el que las cosas se pesan, cuentan o miden y que el comprador puede **disponer** de ellas —que presupone el que le haya sido entregadas—, el riesgo y la propiedad le son transferidos.

Parecería que el artículo del Código Civil que comentamos hubiera querido apartarse en este caso del Sistema Declarativo o Diferido y que hubiera pretendido establecer que la compraventa de bienes muebles por peso, número o medida queda perfecta —en el sentido de que el dominio es transferido— "desde que las partes convienen en la cosa y en el precio", acogiéndose así al Sistema Traslativo o Simultáneo que no requiere de la tradición para que haya traslación de dominio, pero separando de esta última a la transferencia del riesgo, para la que sería necesario que las cosas materia del contrato fueran pesadas, contadas o medidas, con lo cual, antes de que se produjera esta operación, el principio **res perit domino** habría sufrido una alteración. El comprador sería dueño de las mercancías, pero éstas no se perderían para él. Es necesario recordar que el artículo 1385 del Código Civil establece para la transferencia del riesgo no sólo que las mercancías se pesen, cuenten o midan, sino que, además, queden a disposición del comprador, por lo que suscribimos la primera de las interpretaciones que condice con el sistema adoptado por nuestro código sustantivo para las compraventas de bienes muebles.

El artículo 329, inciso 1º, del Código de Comercio estipula que los daños y menoscabos que sufran las mercancías aun por caso fortuito, serán de cuenta del vendedor si la venta se hubiera hecho por número, peso o medida, o la cosa vendida no fuere cierta y determinada, con marcas y señales que la identifiquen. El artículo se pone en el caso de que las cosas no hayan sido aún individualizadas, pero no hace referencia a que las cosas no hayan sido puestas a disposición del comprador como sí lo hace el Código Civil, aunque debemos suponer que este requisito será también necesario para que el vendedor —quien en ese caso no habrá transferido el dominio— soporte los riesgos.

En el caso de una compraventa f.o.b. de mercancías que deban ser pesadas, contadas o medidas creemos que la propiedad y el riesgo serán transferi-

53. Hedemann, J. W., Tratado de Derecho Civil, Derecho de Obligaciones, vol. III, traducción del alemán, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, citado por Castañeda, Jorge Eugenio, op. cit., p. 63.

dos cuando aquéllas sean pesadas, contadas o medidas y, además, entregadas por encima de la borda del buque y/o sean transferidos los conocimientos de *embarque* destinados a recogerlas.

6. El término comercial f.o.b. y el transporte mediante containers

La creciente utilización de containers (o contenedores) para la consolidación o unificación de la carga a transportar en un sólo elemento (el container) desde el punto interior de despacho hasta el punto interior de destino, apareja enormes ventajas comerciales y serios, a la vez que novedosos, problemas legales.

La containerización busca, a través del empleo de equipo estandard, el integrar el transporte automotor, ferroviario y marítimo. Ella implica la movilización de cajas de características especiales, llamadas containers, rápida y mecánicamente entre cada tipo de transporte, lo que se traduce en una considerable reducción de mano de obra, de tiempo y de riesgos, lo que, a su vez, se refleja en un importante ahorro en costos. Ella pretende reemplazar el transporte "de puerto a puerto" por el transporte "de puerta a puerta".

Una operación tradicional de transporte internacional tiene generalmente tres segmentos bien diferenciados: el transporte de las mercancías hasta el puerto de embarque; el transporte marítimo hasta el puerto de destino; y, el transporte hasta el punto interior de destino. Cada una de estas etapas estará regulada por legislaciones diferentes y si —como es de esperar, dado el carácter de la operación— una o dos de ellas son internacionales, pueden estar sometidas a diferentes legislaciones o convenciones, según el tipo de transporte de que se trate. De esta manera, ej., en el caso de una venta de exportación que se originara en Tarma y que tuviera como punto interior de destino la ciudad de Londres, en Inglaterra, la operación global de transporte estaría sometida a tres regímenes legales distintos. El primer segmento (Tarma-Callao), de ser realizado en camión, estaría sometido a las disposiciones del Código de Comercio peruano. El segundo (Callao-Liverpool), estaría probablemente sometido a las normas de la Convención para la unificación de ciertas reglas en materia de Conocimientos de Embarque, firmada en Bruselas el 25 de agosto de 1924, conocidas también como las Reglas de La Haya; y, el tercero (Liverpool-Londres), podría estar sometido a la legislación británica en materia de transporte ferroviario o automotor, según que fuera efectuado en ferrocarril o en camión.

La responsabilidad del porteador sería fácilmente precisable en cada uno de los tres segmentos y ella estaría regulada por el régimen legal correspondiente al lugar donde se produjo el daño o la pérdida. En cambio, en una operación containerizada de similares características, la carga sería unificada en Tarma y colocada allí dentro del container, el mismo que no volvería a ser abierto hasta que llegara a Londres. La operación sería concebida y tratada como una sola, aunque ella fuera realizada, en el caso propuesto, por tres diferentes medios de transporte.

Algunos de los problemas legales originados por el uso de containers serían los siguientes: ¿quién será el porteador principal; el porteador marítimo o el porteador interno? ¿Se podrá establecer con precisión, en todos los casos, el **locus** del daño o la pérdida? ¿Cómo debería regularse la responsabilidad del porteador internacional mediante containers; debería su negligencia ser regulada de acuerdo a lo que establecen las Reglas de La Haya o como lo establece la legislación pertinente peruana o británica? ¿Cuáles serían los límites máximos de responsabilidad a aplicar? ¿Los establecidos por las Reglas de La Haya o los que pudieran haberse pactado al amparo de la legislación peruana o los que establezca la legislación británica? ¿Sería posible disponer de un sólo documento (conocimiento) representativo de las mercancías que cubra toda la operación de transporte "de puerta a puerta"?

En lo que respecta al término comercial f.o.b., la utilización de containers implicará, además, que el punto decisivo en el que los riesgos y la propiedad se transferirán ya no será el puerto de embarque, sino el lugar interior de despacho (Callao y Tarma, respectivamente, en el caso propuesto). De manera tal que ¿estaría en principio cumpliendo con su obligación el vendedor f.o.b. al colocar la carga en el container en el punto interior de despacho o cuando éste fuera efectivamente colocado sobre la borda del buque? Podría argumentarse en el sentido de que como es la compañía naviera la que generalmente proporciona el container, la responsabilidad del vendedor cesa cuando coloca las mercancías materia del contrato de compraventa dentro de aquél en el punto interior de despacho y que, por lo tanto, el container

viaja hasta el puerto y luego es puesto por encima de la borda del buque por cuenta del comprador.

No obstante, esto estaría alterando la esencia del contrato de compraventa en términos f.o.b. que, como se ha repetido tantas veces, implica de parte del vendedor la entrega franca de las mercancías a bordo del buque designado por el comprador, por lo que es muy posible que la generalización del uso del container traiga consigo una sustancial modificación de los términos comerciales, los que tendrían que dejar de ser términos de "embarque" para convertirse en términos de "destino". Como se recordará, los llamados términos de "embarque" (ej. los términos f.o.b. y c.i.f.) implican que las obligaciones del vendedor terminan con el embarque de las mercancías materia del contrato. En cambio, los términos de "destino" extienden las obligaciones del vendedor hasta la llegada de las mercancías al puerto o punto interior de destino de aquéllas. Esto traería consigo, asimismo, una importante modificación de los patrones tradicionales del comercio marítimo internacional.

Sassoon (54) es de opinión que uno de los primeros efectos de la llamada "revolución del container" será el que términos comerciales del tipo de "entrega franca" ("free delivered") y "en punto terminal" ("ex terminal point") reemplazarán a los tradicionales términos f.o.b. y c.i.f. Esto indudablemente favorecerá al comprador, ya que así éste no tendrá que asumir el riesgo de las mercancías hasta que el container no sea abierto y descargado en el punto interior de destino. Sin embargo, el vendedor y el banco financiador seguirán encarando la enorme dificultad de establecer el **locus** de la responsabilidad y, de no mediar esta precisión, el asegurador marítimo no estará obligado a responder por el daño o la pérdida sufridos por las mercancías.

Además de estas consideraciones, tal vez la más importante dentro del transporte containerizado sea la relativa al documento único representativo de las mercancias. Es evidente que este título único adquirirá una enorme importancia dentro de una compraventa containerizada en términos c.i.f., en la que una de las obligaciones primordiales del vendedor consiste en transferir al comprador los llamados "documentos de embarque" (55) relativos a los tres contratos que confluyen en esta operación; esto es, los contratos de compraventa, transporte y seguro marítimo. Parecería, por lo tanto, que en una compraventa containerizada en términos f.o.b., en la que el transporte y el seguro son de cargo y cuenta del comprador, las características y la obtención del título único aludido se vuelven irrelevantes para el vendedor, desde el momento que él cumple con sus obligaciones contractuales —en la generalidad de los casos— cuando hace la entrega franca de las mercancías, al no estar obligado a contratar el transporte y, por tanto, a obtener el conocimiento de embarque respectivo.

No obstante, hay circunstancias —previstas inclusive por Incoterms 1953, como ha sido comentado— en las que el vendedor f.o.b. debe gestionar el conocimiento de embarque por cuenta del comprador y es a esta situación a la que quisiéramos referirnos.

De ordinario, el conocimiento de embarque a gestionar debería tener dos características fundamentales: ser "embarcado" y ser "limpio", esto es, acreditar fehacientemente que las mercancías han sido efectivamente colocadas por encima de la borda del buque y que ni ellas ni el embalaje que las contiene están en mal estado. Y es aquí donde el transporte containerizado presenta las mayores dificultades en lo que al título representativo de las mercancías se refiere. Desde el momento que ellas con colocadas dentro del container en el punto interior de despacho para no volver a ser vistas hasta que ellas son retiradas del container en el punto interior de llegada, es virtualmente imposible obtener del porteador un conocimiento "embarcado" y/o "limpio", ya que cuando las mercancías son colocadas dentro del container en el punto interior de despacho, deberán todavía ser transportadas hasta el puerto de embarque, donde recién entonces serán colocadas por encima de la borda del buque. De igual manera, el porteador no podrá emitir en ese momento un conocimiento de embarque "limpio", ya que desconocerá el estado de las mercancías consolidadas dentro del container.

Naturalmente, el conocimiento de embarque en estos casos tendrá que ser, adicionalmente, de una naturaleza especial, con el objeto de que cubra toda la

54. Sassoon, David, Trade Terms and the Container Revolution, *en* The Journal of Maritime Law and Commerce, vol. 1, 1969-1970, p. 73 y s. s.

55. De ordinario, la factura comercial, el conocimiento de embarque y la póliza de seguro marítimo.

operación de transporte y no sólo uno de sus segmentos, puesto que, de ser así, su circulación se vería muy restringida, ya que, de un lado, el vendedor necesitará un documento único que represente las mercancías embarcadas a lo largo de todo el viaje, el mismo que sólo si tiene estas características será aceptado por el comprador, quien, del otro lado, requiere recibir un documento único que le permita no sólo recabar la entrega de las mercancías a su llegada, sino, eventualmente, obtener un crédito documentario, enajenar las mercancías en viaje, etc. Esto ha llevado a diseñar un tipo especial de conocimiento, en cuyo análisis no nos detendremos en aras de la extensión de este trabajo.

La situación se complica aún más si la carga consolidada dentro de un solo container pertenece a diversos cargadores, pues el porteador emitirá un solo conocimiento de embarque por todo el container y no uno por cada una de las partidas de carga en él contenidas, por lo que el operador de transportes mediante containers deberá extenderle, a su vez, a cada uno de sus cargadores una "orden de entrega" ("delivery order") contra sus agentes (56) en el punto interior de destino. Este documento permitirá a los diversos consignatarios de la carga reclamar su entrega, cumpliendo así una función similar a la que tendría un conocimiento de embarque para esos efectos. Pero allí termina la similitud entre ambos documentos. La orden de entrega contra los agentes del operador de containers no podría ser transferida válidamente por el cargador (vendedor, dentro de un contrato de compraventa en términos c.i.f.) al consignatario (comprador, dentro del contrato de compraventa aludido) como formando parte de los "documentos de embarque" en sustitución del conocimiento.

Igualmente, la situación será compleja si toda la carga consolidada dentro de un container pertenece a un solo cargador pero está destinada a diversos consignatarios. Al igual que en el supuesto precedente, el porteador le emitirá al cargador un solo conocimiento de embarque por el container, por lo que el cargador (vendedor) deberá emitirles a los consignatarios (compradores) órdenes de entrega contra sus agentes en el lugar de destino.

En el caso de una compraventa containerizada y en términos f.o.b., en la que la carga consolidada en el container provenga de varios cargadores o de uno solo, pero que esté destinada a diversos consignatarios, si el cargador (vendedor dentro del contrato f.o.b.) se ha comprometido a gestionar el conocimiento de embarque por cuenta del o de los consignatarios (comprador o compradores en uno o más contratos f.o.b.), tropezará con las complejidades expuestas en los párrafos precedentes.

Estos problemas no hacen sino poner en evidencia la vitalidad del derecho comercial marítimo, el mismo que se ve permanentemente estimulado en su desarrollo por nuevas y numerosas situaciones factuales y adelantos tecnológicos. Con todos estos problemas a la vista, la predicción de que la revolución del container puede provocar la modificación de los términos comerciales tradicionales no parece aventurada.

7. El término f.o.b. en el comercio aéreo

Habíamos hecho ya alusión a la flexibilidad del término f.o.b. y a cómo, no obstante su claro origen marítimo, había comenzado a generalizarse su uso como término general de entrega. Baste recordar cómo es concebido en la práctica norteamericana y cómo es regulado por el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos de América.

Del mismo modo se ha derivado al uso de los términos "f.o.b. aeronave" y "f.o.b. aeropuerto", los mismos que implican para el vendedor la entrega franca de las mercancías materia de la compraventa en la aeronave o en el aeropuerto, respectivamente.

Bajo la cláusula "f.o.b. aeronave" el vendedor asume la responsabilidad sobre las mercancías hasta que ellas son puestas a bordo del avión que las transportará, aunque de ordinario su responsabilidad concluirá cuando haga entrega de las mercancías al porteador aéreo en el aeropuerto, ya que la operación de embarque propiamente dicha no se entiende efectuada cuando se coloca las mercancías dentro de las

56. Si la orden de entrega en lugar de ser contra los agentes del operador de containers —o del vendedor, en una operación no containerizada— fuera contra el buque ("ship's delivery order"), ella sí podría sustituir válidamente al conocimiento de embarque en un contrato c. i. f., pues permitiría accionar directamente contra el porteador, a diferencia de las otras que sólo permiten hacerlo contra el agente del operador de containers o del vendedor en el lugar de destino, pero no contra el porteador.

bodegas del avión, sino cuando ellas comienzan a ser trasladadas por tierra desde las oficinas de carga del porteador aéreo con destino a la aeronave que las transportará.

Bajo la cláusula "f.o.b. aeropuerto", es claro que la responsabilidad del vendedor termina cuando entrega las mercancías en custodia al porteador aéreo en el aeropuerto.

En ambos casos, el documento a recabar por el vendedor en el supuesto que se haya convenido en términos f..ob. con servicios adicionales, no será propiamente un conocimiento de embarque sino una carta de porte aéreo (57).

57. Llamada "Air consignment note" (ACN) por la Convención de Varsovia de 1929 y "Air Waybill" (AWB) por el Protocolo de La Haya de 1955.

Marcial Rubio Correa

HUANDO: REFORMA AGRARIA Y DERECHO

Decir que la parcelación del fundo Huando, su posterior declaración de nulidad y la afectación total de las tierras que le pertenecían fueron problemas puramente legales, es caricaturizarlos. Huando fue un problema político, como también lo es la Reforma Agraria, que no puede definirse sólo como la vigencia y aplicación de un conjunto de normas legales. Consecuentemente, Huando se encaró como un problema político: se publicaron resoluciones directorales que por su jerarquía legal rara vez aparecen en el Diario Oficial, se emitieron comunicados oficiales y gremiales y la polémica saltó por varios días a la primera plana nacional.

A pesar de ello, el caso tuvo aspectos legales esenciales que quedaron opacados en la discusión. La magnitud de los intereses que en ese momento se jugaron y el innegable golpe de timón que sufrió el proceso de Reforma Agraria en la Costa a partir de allí, excedieron los linderos de las mil quinientas hectáreas del fundo. En Huando se decidió la suerte del proceso de parcelaciones por iniciativa privada llevado a cabo, entre los meses de octubre y noviembre de 1969, en los departamentos de Lima e Ica de acuerdo a las normas originales del Título IX del Decreto-Ley 17716 y su reglamento, el Decreto Supremo 165-69-Ap. Después de Huando se revisaron dichas parcelaciones y un apreciable número de ellas fue anulado por diversas irregularidades legales en su ejecución.

Nuestro interés en este artículo es estudiar los problemas jurídicos que se presentaron en este caso. La peculiaridad de los temas a tratar, nos dará posibilidad de efectuar algunas consideraciones teóricas.

En la complejidad del caso, sin embargo, no se discutió solamente sobre la validez de la parcelación. De hecho la demanda de Huando S. A. contra el Supremo Gobierno y el posterior recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, se fundamentaron en una serie de problemas administrativos y procesales que hacen de la Sentencia del Tribunal Agrario, una Ejecutoria de Derecho Administrativo y Procesal, antes que una sobre Derecho Agrario sustantivo. Por ello, nos referiremos a algunos de los múltiples pronunciamientos que, en estos aspectos, trae la resolución final del proceso.

1. Las parcelaciones por iniciativa privada en el D.L. 17716

La versión original del D. L. 17716, en el Título IX, traía una serie de normas sobre parcelaciones por iniciativa privada, que aparecieron en la Ley como la colaboración del Sector Privado para la ejecución del proceso de Reforma Agraria.

Básicamente se exigía que, bajo la supervigilancia y aprobación de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural (DGRA-AR en adelante), los fundos se dividiesen en dos mitades. Sobre una de ellas se constituiría parcelas cuya extensión individual no sería superior al triple de la Unidad Agrícola Familiar (1) y sobre la extensión restante, parcelas que no excediesen el mínimo inafectable legislado para la zona (2). Se establecía, asimismo, que la DGRA-AR afectará los predios parcelados en contravención a lo establecido por la ley.

El reglamento fue dado en el mes de agosto de 1969 y en él se establecían el procedimiento y requisitos necesarios para efectuar las parcelaciones por iniciativa privada.

1. Para estos efectos, puede considerarse que la Unidad Agrícola Familiar mide 15 hectáreas.
2. Los mínimos inafectables varían entre 15 y 150 hectáreas según el lugar.

Fue recién a mediados del mes de octubre de 1969 que se empezó a autorizar parcelación de fundos rústicos. El proceso se realizó casi exclusivamente en los departamentos de Lima e Ica. Ya en los primeros días de noviembre empezaron las protestas de los trabajadores que laboraban en las haciendas parceladas o en vías de parcelarse. El descontento fue en rápido aumento y, el 26 de noviembre de 1969, el Gobierno promulga el D. L. 18003 que modificaba sustancialmente las normas de parcelación.

El sistema sustitutorio, hoy incorporado al Título IX del Texto Unico Concordado del D. L. 17716, es bastante complejo pues legisla de manera diferente a los predios según su extensión y su destino económico (tierras de cultivo, de pastos para ganado, etc.). Basta decir que sólo se permite una parcela equivalente al mínimo inafectable, no debiendo exceder, las demás, de treinta hectáreas cada una. De igual manera, se exige transferir una parcela multifamiliar a los trabajadores estables y, casi la mitad de la tierra parcelada, a campesinos individuales, o agrupados en cooperativas, SAIS (Sociedades Agrícolas de Interés Social), etc.

Con estas nuevas reglas se pretendía hacer un reajuste a fin de que la ejecución de parcelaciones estuviese de acuerdo al espíritu de la Reforma Agraria implantada. El hecho de que a partir del D. L. 18003 no se haya efectuado ninguna otra parcelación, no hace sino corroborar que, lejos de ser una colaboración a la ejecución de la Reforma Agraria, las parcelaciones fueron utilizadas para evitar la aplicación de las causales de afectación (3).

2. La parcelación del fundo Huando

El 20 de octubre de 1969, Huando S. A. solicita a la IV Zona Agraria (repartición del Ministerio de Agricultura encargada de las actividades de Reforma Agraria en Lima), la aprobación de la parcelación del fundo Huando, de acuerdo a los documentos reglamentarios que acompaña a la solicitud, los que planteaban la creación de 48 parcelas sobre la extensión total del fundo (1,450 hectáreas aproximadamente).

3. Una investigación detallada de las parcelaciones efectuadas durante 1969 podría darnos una idea bastante exacta de los alcances de esta afirmación. Aunque explica la razón por la que fueron parcelados muchos fundos, por el momento no tenemos base empírica para dar alcance general a esta afirmación.

Diez días después, cuando ya casi todos los trámites habían sido cumplidos, Huando S. A. presenta un recurso ante la IV Zona Agraria por el cual se compromete a subdividir cuatro de los 48 lotes originalmente planteados, para venderlos a algunos de los trabajadores estables del fundo. El 31 de octubre de 1969, al día siguiente de presentado este recurso, se emite la Resolución Directoral 031/69/DZ que aprueba la parcelación por iniciativa privada del fundo Huando.

Dos aspectos merecen resaltarse de esta resolución:

1. Se aprobaba la parcelación del Fundo Huando en 48 parcelas, de las cuales, cuatro excedían las máximas extensiones autorizadas por la ley: había una parcela de 162 hectáreas cuando el mínimo inafectable de la zona es de 150 hectáreas y las disposiciones de parcelaciones prohibían expresamente extensiones mayores a él en las parcelas resultantes y, por otro lado, existían tres parcelas que debiendo medir como máximo 45 hectáreas, llegaban a tener mayor extensión que ésa.
2. A continuación de la relación de 48 parcelas resultantes, se establecía el "compromiso" de los parcelantes de subdividir cuatro de las parcelas antedichas a fin de que fueran transferidas a trabajadores estables del fundo. Huando S.A. mantuvo permanentemente informada a la DGRA-AR sobre los avances del proceso y procedió a parcelar en base al cumplimiento de este compromiso.

En diciembre de 1969, Huando manifestó a la DGRA-AR que había transferido todos los lotes de la parcelación y subparcelación prescritas por la R.D. 031/69/DZ y que, en consecuencia, había dejado de ser propietaria del fundo Huando. Comunicó, asimismo, que había enviado a esa repartición pública, copia de todos los contratos de transferencia de dominio a fin de que se les tomase debido conocimiento.

Puede afirmarse, en consecuencia, que la parcelación del fundo Huando y la posterior transferencia de sus parcelas a terceros (inscrita incluso en los Registros Públicos correspondientes), fueron totalmente ejecutadas en los términos de la R.D. 031/69/DZ.

3. Declaración de nulidad de la parcelación

El Sindicato de Trabajadores de la Hacienda Huando inició, desde la presentación de la solicitud de

parcelación en 1969, una intensa lucha por lograr la afectación del fundo. La medida final que se tomó, fue una huelga indefinida que duró alrededor de seis meses y que dio lugar a una serie de apoyos laborales y a algunos incidentes de violencia que, a veces, terminaron en forma trágica.

Cuando la situación era ya políticamente insostenible, el día 4 de febrero de 1971, la DGRA-AR expidió la Resolución Directoral 098/71/DGRA-AR que declaraba nula la R.D. 031-69/DZ, que había aprobado la parcelación del fundo Huando en fecha 31 de octubre de 1969.

Huando S.A. interpuso Recurso de Revisión contra esta resolución ante el Ministro de Agricultura, el que fue declarado improcedente por éste, ya que según el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (D. S. 006-67-JC), cuando la segunda instancia resolutiva tiene carácter nacional (y la DGRA-AR lo tiene), la vía administrativa queda agotada pudiendo plantearse, únicamente, la demanda de impugnación de resolución administrativa ante los tribunales competentes. En este caso, el competente para conocer del proceso era el Fuero Agrario.

4. Impugnación Judicial de la R. D. 098/71/DGRA-AR de 4 de febrero de 1971

Es así como Huando S. A., con fecha 20 de mayo de 1971, interpone demanda de impugnación de la R. D. 098/71/DGRA-AR contra el Supremo Gobierno, ante el II Juzgado de Tierras de Lima.

La Ejecutoria que pone fin a este proceso judicial tiene que pronunciarse sobre diversos problemas planteados por la demandante en el recurso de apelación que interpuso contra la Sentencia de Primera Instancia. En las partes pertinentes del resumen anexo al presente artículo, pueden verse las argumentaciones planteadas por las partes, por el Dictamen del Fiscal del Tribunal Agrario, y las consideraciones hechas por el mismo Tribunal al emitir la Sentencia respectiva.

Nosotros, de todos los problemas que se presentan, trataremos tres:

—"La R.D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971 revivió un proceso fenecido".

—"La R. D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971 fue pronunciada por órgano incompetente y prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento".

—"El art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971 viola derechos adquiridos por terceras personas al amparo de la fe registral".

Dentro del segundo problema señalado analizaremos también uno que no fue materia del proceso por los términos en que estuvo planteada la demanda, pero que subyace a todo el caso y que es, en realidad, la base del conflicto: la validez o nulidad de la R. D. 031/69/DZ de fecha 31 de octubre de 1969 que autorizó la parcelación por iniciativa privada del fundo Huando.

4.1. "La R.D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971 revivió un proceso fenecido".

Como primer fundamento de su demanda contra la DGRA-AR, Huando S.A. sostiene que la R.D. 098/71/DGRA-AR revivió un proceso fenecido.

Fundamenta esta argumentación en dos razones:

1. Huando S.A., la interesada, no apeló de la R.D. 03169/DZ de fecha 31 de octubre de 1969 dentro del plazo previsto por el art. 8º del D.S. 165-69-AP. (4)
   Siendo ella la única interesada en el procedimiento de parcelación según las normas vigentes, la R.D. 031/69/DZ quedó consentida adquiriendo el carácter de irrevisable.
   Ello queda respaldado, además, por el art. 228º de la Constitución que prohíbe revivir procesos fenecidos.
2. La ejecución de la parcelación por iniciativa privada del fundo Huando, se llevó a cabo observando estrictamente los dispositivos legales vigentes y las normas contenidas en la R.D. 031/69/DZ todo lo cual se pone, paso a paso, en conocimiento de la DGRA-AR en forma oportuna.

La demandada, en el recurso de contestación a la demanda, contra-argumenta de la siguiente manera:

4. D. S. 165-69-AP, art. 8º—"Contra las observaciones formuladas (a la solicitud de parcelación) por la Dirección de Zona Agraria, el interesado podrá interponer apelación ante la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, dentro de diez días de notificadas éstas. . ."

1. En este caso no procede citar el art. 228º de la Constitución pues él se refiere a los procesos judiciales y no a los procedimientos administrativos.
2. El proceso de parcelación no estaba aún fenecido porque no se había escuchado ni resuelto los recursos presentados contra la R.D. 031/69/DZ por el Sindicato de Trabajadores del fundo Huando y que estaban procesalmente legitimados por las siguientes normas: Constitución, art. 60º, Código Civil, art. IV del Título Preliminar; D. S. 006-67-JC, arts. 2º, 4º, ºº y 88º.
3. Además de las dos razones anteriores, argumenta que en el Derecho Administrativo peruano no existen normas administrativas consentidas e irrevisables porque el art. 112º del D.S. 006/67/JC permite anular resoluciones consentidas cuando agravien al interés público.

Las argumentaciones expresadas nos plantean varios problemas técnicos a resolver sobre la existencia de actos administrativos consentidos e irrevisables en nuestro Derecho. A fin de abordar en la forma más exhaustiva posible este tema, dividiremos su tratamiento en dos partes: existencia de actos administrativos consentidos e irrevisables en nuestro Derecho Administrativo, y su existencia en un caso de parcelación privada como es el caso Huando.

4.1.1. Actos administrativos irrevisables en nuestro Derecho.

Para analizar este punto, debemos comprender los alcances jurídicos del acto administrativo. El se desprende de la Potestad Administrativa que es aquélla por la cual los órganos administrativos del Estado, en ejercicio de las funciones que les asignan las leyes, aplican el Derecho a fin de dar cumplimiento a sus objetivos.

En función de la Potestad Administrativa, los actos administrativos están sujetos al principio de Legalidad, esto es, que deben ser acordes con el contenido de las leyes y que no pueden oponerse a ellas.

Es verdad que, en algunos casos, la Administración Pública, por mandato de la ley, asume también la Potestad Jurisdiccional. En estos casos, la Administración no aplica ejecutivamente las normas sino que interviene como juez en un conflicto, "dice Derecho" con los mismos alcances legales que el Poder Judicial. Por ello mismo, los actos que realice en esta función no serán actos administrativos sino actos jurisdiccionales, ya que la Doctrina está de acuerdo en calificar los actos no por la naturaleza del órgano, sino por la de su función:

"En la génesis del derecho positivo, obra esencial del Estado, hay tres fases principales, que corresponden a los distintos momentos de la realización del derecho, y que dan origen a las tres clases de funciones ya señaladas *, las cuales en sentido material se examinan no con referencia al órgano del Estado (distinción de orden subjetivo), porque éstas no pueden identificarse con ningún órgano **, sino en relación a la naturaleza de la actividad y al fin que, mediante ellas el Estado se propone realizar (criterio objetivo)" (5).

La naturaleza de la Potestad que en cada caso cumpla el órgano administrativo va a determinar también la estabilidad jurídica de los actos que realiza. Si son jurisdiccionales podrán ser irrevisables siempre que queden consentidos; aunque nuestro derecho otorga la acción de contradicción ante el Poder Judicial. Si en cambio, los actos son administrativos, por el principio de Legalidad deberán ser siempre revisables.

Ello se debe a que, cuando hace uso de la Potestad Administrativa, el órgano es parte interesada desde que no asume función de Juez sino que actúa en cumplimiento de obligaciones o en ejercicio de derechos establecidos por las leyes, frente a terceros.

"En el estudio de la diferencia entre la administración y la justicia se ha dicho que el juez es el único que puede tomar decisiones que tengan la autoridad de la cosa juzgada. El administrador es el agente del Estado que no es legislador ni juez, vale decir, que actúa para ejecutar las decisiones del le-

* Las clases de funciones aludidas son legislación, jurisdicción y administración.

** Nota a pie de página del mismo autor: "Es costumbre entre nuestros escritores juristas incurrir en la confusión que origina el atribuir a las manifestaciones inmediatas de la actividad del Estado una especial naturaleza derivada del concepto, en cierto modo dogmático de la división de los poderes, aún cuando no se conciba esta separación en sentido absoluto".

5. BIELSA, Rafael... *Derecho administrativo.*— Bs. As, 1964.— Libro II; Cap. I; pág. 180 del Tomo I.

gislador y sus actos no pueden tener nunca la autoridad de la cosa juzgada" (6).

En este sentido es interesante resaltar aquel considerando de la Sentencia del Tribunal Agrario en el caso Huando, que establece que el principio de Legalidad de los actos administrativos recogido en el art. 112º del D. S. 006/67/JC es un principio general de Derecho Administrativo que no puede desconocer ninguna ley o reglamento especial, porque el acto administrativo con vicio de nulidad no puede convalidarse ni por falta de recurso ni por transcurso del tiempo.

Este considerando es heterodoxo en relación al carácter eminentemente formalista de nuestro medio jurídico. Para nuestro Derecho, resulta evidente que una norma positiva impide la aplicación de un principio de derecho que le sea contrario. Los artículos XXI y XXIII del Título Preliminar del Código Civil, establecen claramente que el Juez debe aplicar la Ley y que, sólo en deficiencia de ella, procede la aplicación de los principios del derecho.

Sin embargo, la consideración que hace el Tribunal Agrario apunta no al cumplimiento de una norma específica del orden positivo, sino a su mismo soporte: una disposición que diese carácter de irrevisable a los actos administrativos con vicio de nulidad, rompería el principio de Legalidad, y por tanto, entraría en contradicción con el fundamento que le da validez a ella misma: la legalidad de una norma legislativa no puede convalidar un acto contra-ley. Este caso nos lleva a una petición de principio en la base del orden jurídico positivo donde la respuesta que ofrece el Tribunal Agrario, es una solución que perfecciona nuestra concepción sobre el conflicto entre la norma y el principio, adoptando un camino que nos salva de la paradoja pues, si se convalida la ilegalidad, ¿qué norma puede exigir obligatoriedad con verdadero sustento?

De lo dicho, podemos obtener estas dos conclusiones adicionales:

1. Que el art. 228º de la Constitución no es aplicable a este proceso pues se refiere a aquellos procesos en los que se ejercita la Potestad Jurisdiccional.

No se trata de que, en este caso, la norma valga por su ubicación sistemática dentro de la Constitución (el art. 228º está ubicado en el Título referente al Poder Judicial) y no por su contenido, como alega Huando S. A. en su recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Tierras.

El problema es otro y de carácter eminentemente teórico: una sentencia que pone fin a un proceso judicial "dice Derecho" y crea una norma para el caso concreto sub-litis, al margen de la posibilidad de que una ejecutoria se convierta en precedente de futuros fallos. En este sentido, la estabilidad de este tipo de resoluciones (actos jurisdiccionales) debe ser mantenida para las partes que se someten a la decisión judicial de un conflicto.

Es evidente que los órganos judiciales pueden emitir fallos no adecuados a ley, como en efecto lo hacen en muchos casos. Sin embargo, el hecho de que un organismo deba dirimir conflictos en la sociedad con carácter definitivo, es un requerimiento que justifica plenamente la existencia del proceso judicial fenecido. Si en algunos casos los fallos no son adecuados a ley, ello puede deberse más a un problema de inadecuación de la norma al caso concreto, o a un problema de criterio de interpretación, que a razones mezquinas o a mala intención.

En todo caso, es preferible salvar la importancia social de la función jurisdiccional otorgándole carácter de cosa juzgada, antes que quitar este principio por problemas que pueden solucionarse con una correcta elección de jueces o un perfeccionamiento de la norma positiva.

En definitiva, lo que hace necesaria la presencia de la institución del proceso fenecido en los órganos judiciales es que, al ejercer éstos la potestad jurisdiccional, no aplican el Derecho sino que lo "dicen", lo crean al unificar la norma genérica con el caso concreto y al solucionar finalmente un proceso. En la actividad de los órganos judiciales, la Legalidad no es un requisito sino un presupuesto.

"La cosa juzgada como atributo de los actos administrativos jurisdiccionales, o judiciales, declarados en juicio contencioso que adquieren estabilidad por decisión directa en controversia de la Administración Pública, en principio se funda en que ella supone juicio y emana de un acto jurisdiccional" (7).

Situación diversa se produce en los órganos que actúan en ejercicio de la potestad administrativa. Ellos

6. DIEZ, Manuel María.— *El Acto Administrativo.*—Bs. As., 1961, Cap. X; p. 337.

7. Ibidem.— Libro X; cap. III; p. 358 del Tomo V.

tienen derechos, atribuciones u obligaciones, deben cumplir y/o hacer cumplir el Derecho: aplican las normas como parte interesada. En los actos administrativos, en consecuencia, la Legalidad no es presupuesto sino requisito. El órgano que ejerce potestad administrativa, a diferencia del que ejerce la jurisdiccional, no crea sino que aplica la ley. De tal manera, sería absurdo amparar la validez de un acto administrativo ilícito mediante la institución de proceso fenecido. En consecuencia, es por la distinción de fines y funciones entre los órganos administrativos y los judiciales, y no por otra razón, que el art. 228º de la Constitución no puede aplicarse a procedimientos administrativos.

2. La segunda conclusión anunciada consiste en que, para fines de determinar si un acto administrativo es o no revocable, es indiferente, desde el punto de vista teórico, el tenor de su contenido.

Huando S.A. alega en los fundamentos de su recurso de apelación, que hay dos tipos de actos administrativos que, una vez consentidos, no son revocables: los que declaran derechos y los de los órganos administrativos con jurisdicción.

Sobre los segundos ya hemos hablado: cuando un órgano administrativo actúa con potestad jurisdiccional, sus actos no son administrativos sino jurisdiccionales. Es un error de concepto considerarlos actos administrativos.

Sobre los primeros, los que declaran derechos, las consideraciones hechas anteriormente nos aclaran la situación: si lo que da calidad de proceso fenecido y en consecuencia de irrevisabilidad, es la función social y legal que cumple un determinado órgano, es irrelevante para efectos de tal calificación el analizar el contenido del acto efectuado. Los actos administrativos, declaren o no derechos, están por su función sujetos al principio de Legalidad y, si son ilícitos, adolecen de un vicio de nulidad que desde el punto de vista teórico los invalida plenamente.

"Admitir que el acto administrativo que reconoce un derecho no sea revocable jamás, es algo tan absurdo que no merece refutación. Así, por ejemplo, si una jubilación está mal concedida por violación de ley, es la misma ley la que implícitamente autoriza la revocación puesto que al aplicarla se la ha violado" (8).

8. Ibidem.–Libro X; cap. III; p. 363 del Tomo V.

Esta argumentación, sin embargo, no basta para caracterizar debidamente el problema de los actos administrativos irrevisables en el derecho peruano. El art. 112º del D.S. 006-67-JC establece: "En cualquiera de los casos enumerados en el artículo 45º podrá declararse de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agravien el interés público".

La norma a que se refiere este artículo es la siguiente:

"Art. 45º—Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

a) Dictados por órganos incompetentes;

b) Contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico;

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley".

Finalmente, todo ello debe concordarse con el art. 1º del mismo Reglamento, que establece lo siguiente:

"Art. 1º—El Poder Ejecutivo, las entidades del Sub-Sector Público Independiente y los Gobiernos Locales, ajustarán su actuación de orden administrativo a las prescripciones de este Reglamento, siempre que no se opongan a las leyes o sus reglamentos especiales".

Todo ello nos lleva a la siguiente conclusión: de acuerdo a la legislación peruana, todos los actos administrativos son revocables de oficio por la Administración Pública en las condiciones que señalan los artículos precitados, a menos que haya una norma específica que conceda carácter de irrevisables a actos administrativos determinados.

De otro lado, es claro que las normas citadas no hacen ninguna distinción entre los actos administrativos en función de su contenido. Por tanto, aun los actos administrativos que declaren derechos, podrán ser revisados de oficio de acuerdo a las normas señaladas. Esto nos hace ver que también desde el punto de vista del derecho positivo, resulta infundada la afirmación de Huando S.A. en el sentido de que los actos administrativos que declaran derechos son irrevisables.

Por razones de metodología de exposición, haremos un análisis detallado de las normas citadas, en la parte referente o competencia o incompetencia de

la DGRA-AR para anular la R.D. 031/69/DZ, con la R. D. 098/71/DGRA-AR.

4.1.2. Actos administrativos irrevisables en los casos de parcelación por iniciativa privada.

Ni en la Ley de Reforma Agraria ni en sus reglamentos de parcelaciones por iniciativa privada, se ha consignado norma alguna sobre la irrevisabilidad de los actos administrativos que se realicen en el procedimiento. En consecuencia, a falta de tales normas, se aplicará supletoriamente el D.S. 006/67/JC.

Sin embargo, no sólo esta "omisión" nos permite considerar el carácter revocable de las resoluciones que autorizaban las parcelaciones por iniciativa privada. El art. 113º del D:L. 17716, tanto en su versión original como en el Texto Unico Concordado, establece que serán afectados los predios parcelados en contravención a las disposiciones pertinentes de la legislación agraria (9).

Al no hacer distingos la mencionada norma, debemos interpretar que sus alcances no se limitan sólo a aquellos casos en que los propietarios parcelaron sin pedir la autorización respectiva a la DGRA-AR, sino que aún cuando ella hubiere llevado adelante y aprobado el procedimiento respectivo, procederá la afectación siempre que se haya transgredido la ley. Esto, aun en el caso en que el procedimiento hubiese quedado consentido, pues tampoco allí se distingue.

Lo más importante para comprender el problema que nos ocupa es darnos cuenta que dicha afectación es una sanción a la ilegalidad de una parcelación y que, en el caso en que ella hubiera sido aprobada por una resolución administrativa, dicha resolución sería tácitamente anulada por el Decreto Supremo de afectación que es, además, norma de jerarquía superior.

De tal manera que, aun en las normas específicas sobre parcelaciones por iniciativa privada, encontramos una que autoriza a anular resoluciones administrativas dictadas en el procedimiento respectivo. Lo extraño de todo el proceso es que ni la defensa hecha por el Procurador General de la República encargado del Ramo, ni la efectuada directamente por la DGRA-AR, hayan argumentado en base al artículo 113º del D. L. 17716. Evidentemente, fue una omisión de importancia en el proceso.

Como consecuencia de todo lo dicho, podemos decir que tanto en nuestra legislación administrativa general como en la específica de parcelaciones privadas de Reforma Agraria, los procedimientos administrativos y sus resoluciones finales carecen de la estabilidad de los actos administrativos consentidos (el equivalente al status de "proceso judicial fenecido").

4.2. "La R. D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971, fue pronunciada por órgano incompetente y prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento".

La demandante argumenta esta afirmación de la siguiente manera:

1. La DGRA-AR es instancia procesal de apelación. De lo contrario carece de competencia para avocarse a la resolución de expedientes de parcelación.
2. Ni el artículo 149º ni el 150º del D. L. 17716 dan competencia a la DGRA-AR para avocarse de oficio al conocimiento de expedientes resueltos por la instancia inferior (Zona Agraria) (10).

9. D. L. 17716, art. 113º.—"La Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural afectará los predios rústicos que sean fragmentados o parcelados en contravención a lo dispuesto por el presente Decreto-Ley. . .".

10. D. L. 17716, art. 149º—"Corresponde a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural del Ministerio de Agricultura, la ejecución de las acciones de transformación de la estructura de la tenencia de la tierra rústica, con personalidad jurídica, sólo para los efectos de la afectación, adquisición, expropiación y adjudicación de predios rústicos en aplicación de la legislación sobre Reforma Agraria, sin perjuicio de mantener la subordinación jerárquica correspondiente como dependencia del Ministerio de Agricultura".
D. L. 17716, art. 150º.—"Además de las funciones señaladas la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural tiene las siguientes: percibir, administrar y rendir cuenta de los fondos que le sean asignados con fines de Reforma Agraria, evaluar el monto de los ingresos anuales y elaborar el plan anual de inversiones; dictaminar sobre los proyectos de asentamiento rural que lleve a cabo el Estado o entidades particulares; apersonarse, en ejercicio de sus derechos, en toda clase de procedimientos cualquiera que sea el fuero al que corresponda, transigirlos o desistirse de ellos; imponer las multas que por violación o incumplimiento de sus normas señale el presente Decreto-Ley; cumplir y

3. No se ha interpuesto el recurso de apelación y, por tanto, no hay competencia de la DGRA-AR para conocer el expediente.
4. En la R. D. 098/71/DGRA-AR se arguye que no han sido proveídos, dentro del procedimiento administrativo de parcelación, los escritos de los trabajadores, pero ellos no son parte en el procedimiento careciendo, en consecuencia, de legitimación procesal.

La demandada contesta con los siguientes argumentos, en su recurso respectivo:

1. Los trabajadores y el Sindicato tenían en el procedimiento de parcelación:

—Interés directo: porque son los beneficiarios potenciales del procedimiento expropiatorio.

—Interés personal: porque son interesados bien como Sindicato, bien como personas naturales.

—Interés actual y probado desde varios puntos de vista, especialmente laborales.

2. Al no haber normas sobre reclamaciones de terceros en el D. S. 165/69/AP, el D. S. 006/67/JC funcionaba supletoriamente en virtud de su art. 116º (La DGRA-AR en este caso, citó equivocadamente el articulado. Debió recurrir al art. 1º del D.S. 006/67/JC, que es el que establece la norma sobre aplicación supletoria) (11).

Con esta argumentación, fundamentaba que los trabajadores y/o el Sindicato de Huando sí tenían legitimación procesal en el procedimiento de parcelación, de acuerdo al art. 6º del D. S. 006/67/JC que dice: "Para que el simple interés pueda justificar la titularidad del reclamante se precisa que sea directo, actual y probado".

Las argumentaciones expresadas y otras que aparecen a lo largo del proceso, plantean problemas interesantes que discutir en este punto. Podemos resumirlos en dos: legitimación procesal de los trabajadores en el procedimiento administrativo de parcelación por iniciativa privada, y mecanismo de aplicación del art. 112º del D. S. 006/67/JC al caso Huando.

4.2.1. **Legitimación procesal de los trabajadores**

En este punto la demandante argumenta con razón. Las normas sobre parcelaciones por iniciativa privada establecen un procedimiento administrativo de parcelación claro y preciso en lo que a interesados se refiere, pues a los únicos que legitima procesalmente es a los dueños del fundo a parcelarse.

Las características del procedimiento son las siguientes:

—El propietario debe presentar una solicitud de parcelación que será o no aprobada por la administración.

—La Administración tiene facultad de fiscalización de la forma y condiciones de efectivización de la parcelación, y la consiguiente capacidad resolutiva.

—Todo ello hace que el procedimiento adquiera el carácter de no contencioso.

Estas características, voluntariamente asignadas por la Legislación al procedimiento, hacen absurda la argumentación de la DGRA-AR dentro de las normas procesales vigentes.

Al existir reglas de procedimiento de este tipo, se ha precisado quiénes pueden intervenir procesalmente y, en consecuencia, no cabe aplicación supletoria del D. S. 006/67/JC. Desde el punto de vista del derecho positivo, la argumentación de la demandada carece de validez.

Sin embargo, desde el punto de vista principista, consideramos que la DGRA-AR tiene razón.

Es evidente que en el procedimiento de parcelación (como en el de expropiación y tantos otros de Reforma Agraria), los campesinos tienen interés directo, personal y probado. Tal vez su derecho sea formalmente espectaticio pero, desde el punto de vista real,

hacer cumplir las resoluciones del Ministerio de Agricultura y del Tribunal Agrario; otorgar los contratos de adjudicación, así como los de adquisición de predios rústicos celebrados en cumplimiento de la Ley, empadronando a los adjudicatarios y propietarios, pudiendo delegar tales funciones en los respectivos funcionarios de Reforma Agraria; y las demás que le señale la Ley. . .".
11. D. S. 006/67/JC, art. 116º.—"El presente Reglamento atañe a los actos administrativos o sea a las decisiones de las autoridades u órganos de la administración pública que, en ejercicio de sus propias funciones, resuelven sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades administrativas o de los particulares respecto a ellas. . ." (Como puede apreciarse, el artículo procedente era el art. 1º, citado anteriormente en este trabajo).

también posee actualidad: el campesino y el Estado saben que si un predio es afectado, el campesino será irremediablemente beneficiario y que en caso contrario será, también irremediablemente, un obrero asalariado para el cual la Reforma Agraria no trae más beneficio que una participación en utilidades difícilmente exigible, por la poca capacidad del Estado para fiscalizar un estricto cumplimiento de las normas que la instituyen y la contabilidad que hace efectivos sus derechos.

Por otra parte, nadie conoce mejor que el campesino la situación de cada fundo. El sabe si el dueño trabaja directamente, si produce con eficiencia, cuántas hectáreas tiene el predio, etc.

Salvo el caso de causal de afectación por condiciones contrarias a la legislación laboral, donde se ha creado un procedimiento en que se legitima procesalmente al trabajador, éste sólo participa en el proceso de Reforma Agraria desde la toma de posesión del fundo (12).

La DGRA-AR ha caído en cuenta de un problema real en los aspectos legales de la Reforma Agraria: el campesino, a pesar de tener interés, no es parte en los procedimientos esenciales. Consideramos que debería serlo, pero ello no puede hacerse con los actuales marcos legales. Lo que procede es una iniciativa legislativa para que las normas se modifiquen y legitimen procesalmente al campesino. Sería una modificación justa, realista y de carácter verdaderamente participacionista (lo que constituye uno de los valores políticos esenciales del Proceso Peruano, según sus voceros oficiales).

12. Vale la pena hacer un breve resumen del procedimiento de expropiación y entrega de las tierras a los campesinos. Normalmente, la aplicación de la Reforma Agraria se inicia con la declaración de Zona de Reforma Agraria que recae sobre un espacio geográfico determinado del país. Los propietarios tienen un plazo de sesenta días para suministrar a la DGRA-AR información sobre las extensiones de tierras de que son propietarios y demás características de sus fundos. Luego, la DGRA-AR empieza a estudiar la situación legal de cada fundo y las causales de afectación que le son aplicables. Inmediatamente se empieza a notificar las afectaciones a que hubiere lugar y, resueltas las apelaciones administrativas de los propietarios, si las hubiere, se dicta una norma de afectación de propiedad por el Poder Ejecutivo. Acto seguido se valoriza las tierras, se las expropia y se toma posesión de ellas, estableciéndose Comités Especiales de Administración donde los trabajadores nombren delegados. Teóricamente, estos Comités pueden durar hasta dos años, luego de los cuales se adjudica la tierra a los trabajadores individual o colectivamente. Como se puede apreciar, la participación de los trabajadores se produce en una etapa muy avanzada del proceso de aplicación de Reforma Agraria. Ello es tanto más grave si tenemos en consideración que no existen plazos perentorios para el cumplimiento de las diferentes acciones y etapas.

4.2.2. **Mecanismo de aplicación del art. 112º del D.S. 006/67/JC al Caso Huando.**

Para determinar si la DGRA-AR era competente para revisar y, dado el caso anular la R. D. 031-69-DZ, es necesario revisar la aplicabilidad del art. 112º del D. S. 006/67/JC y normas conexas al caso Huando. Ello tanto más, si consideramos que la Sentencia del Juzgado de Tierras y también la del Tribunal Agrario, legitiman la actuación de la demandada en base a dichas normas.

Podemos dividir el estudio de este tema en tres aspectos: aplicación supletoria del art. 112º del D. S. 006/67/JC; cumplimiento de los requisitos del art. 45º del D. S. 006/67/JC, y cumplimiento del requisito de agravio al interés público.

En cuanto a la aplicación supletoria se refiere, hemos ya analizado el problema en nuestro Derecho Administrativo y en el caso particular de parcelaciones por iniciativa privada, concluyendo que al no existir normas específicas sobre impugnación de estas resoluciones en la legislación, procede la aplicación supletoria del D. S. 006/67/JC.

No podemos dejar de mencionar, sin embargo, la argumentación del Fiscal del Tribunal Agrario sobre este punto. Dice su dictamen que la Sentencia del Juzgado de Tierras (que amparaba la actuación de la DGRA-AR en el art. 112º del D. S. 006/67/JC) desconocía el principio de garantía procesal. Veamos su argumentación: "La sentencia se basa en el art. 112º del D. S. 006/67/JC. Es verdad que la norma es oscura, pero entonces, debe recurrirse a la supletoria y ésta es el art. 228º de la Constitución. La DGRA-AR dice que no se aplica por estar bajo el título de Poder Judicial. Sin embargo, cabe recordar que el art. XIII del Título Preliminar del Código Civl señala que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios generales del derecho".

La primera atingencia debe referirse a la forma como se analiza el art. 112º. La norma no es oscura sino simple y clara. Lo que crea dificultades es su aplicación al caso concreto. Es evidente que la resolución de este problema es algo compleja pero no puede esquivársela aludiendo a deficiencia técnica de la norma que, a nuestro juicio, no existe. Si el dictamen fiscal sirve para ilustrar la decisión del Tribunal, debe ser exhaustivo. Ello tanto más en un proceso de trascendencia.

Lo segundo, sin embargo, es apreciación más importante: resulta insólito que a una norma constitucional se le dé carácter de supletoria. Este es un criterio que desnaturaliza la función superior de la Constitución en la estructura jerárquica del derecho positivo. Mal puede suplir la norma constitucional una simple norma administrativa como es el art. 112º del D. S. 006/67/JC.

Finalmente, la mención del art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil es improcedente. En este caso no hay deficiencia de la ley sino problema de interpretación. Menos podría haberla habido dentro de la argumentación del Fiscal, si existía norma constitucional supletoria.

En cuanto a analizar si se cumplían los requisitos de nulidad que señala el art. 45º del D. S. 006/67/JC, se produce una situación curiosa: la R. D. 031/69/DZ sólo podía ser declarada nula si es que caía en alguno de los supuestos que señala dicho artículo. En consecuencia, debía ser extremo del proceso pronunciarse sobre la validez legal de la R. D. 031/69/DZ. La demandante alegó su legitimidad en todo momento, incluso en la demanda, y constituía parte de alguna de las múltiples pruebas que ofreció. Sin embargo, cuando en los considerandos de la Sentencia del Juzgado de Tierras el Juez emite opinión sobre la nulidad de dicha resolución, la demandante considera que existe una nulidad procesal al pronunciarse la sentencia sobre hechos ajenos a la controversia.

El Tribunal Agrario sostiene la validez de la Sentencia de Primera Instancia argumentando que su parte resolutiva se pronuncia sólo sobre la validez de la R. D. 098/71/DGRA-AR que era materia del proceso.

A nuestro juicio esta argumentación es equivocada. La validez de la R. D. 098/71/DGRA-AR fundada en la aplicación del art. 112º del D. S. 006/67/JC exigía como condición necesaria que la R. D. 031/69/DZ fuese nula. La única manera de legitimar la aplicación del art. 112º del D. S. 006/67/JC, en consecuencia, era analizar la legalidad de la R. D. 031/69/DZ dentro del proceso.

4.2.2.1. **Sobre la Legalidad de la R. D. 031/69/DZ**

Muchas han sido las pretendidas causales de nulidad de esta Resolución a lo largo del caso. No trataremos todas sino las que, a nuestro juicio, resultan valederas. Ellas son dos:

1. No cumplimiento de los máximos de extensión permitidos a las unidades resultantes de la parcelación. Como recordamos, la versión original del Título IX del D. L. 17716 establecía que, para parcelar, el fundo debía ser dividido en dos mitades de extensión equivalente. Una no podía tener parcelas mayores al triple de la Unidad Agrícola Familiar (o sea 45 hectáreas) y la otra no podía tener parcelas de extensión superior al mínimo inafectable correspondiente al lugar (en la Costa, donde está Huando, dicho límite es y fue 150 hectáreas).

La R. D. 031/69/DZ autorizaba una parcelación en la cual una de las parcelas medía más de 150 hectáreas y tres de las chicas medían más de 45 hectáreas.

Huando ha argumentado en favor de ello, diciendo que las parcelas que exceden de las medidas exigidas tienen en su perímetro bordes, caminos y huacas, cuya extensión deducida deja en dichas parcelas áreas netas cultivables que encuadran con la extensión que prescribe el D. L. 17716.

Es verdad que ante esto el caso presenta hechos que son susceptibles de interpretación. Huando hace interpretación laxa mientras que el Juzgado de Tierras y la DGRA-AR la hacen restrictiva.

Esto vuelve discutible la eficacia de la nulidad por esta causal. Sin embargo, dos razones nos inclinan a defender la interpretación restrictiva:

—La primera es puramente formal. El D. L. 17716 no hace ningún tipo de distingo al hablar de los máximos de extensión permitidos a las parcelas en función de la calidad de superficie incluida dentro de su perímetro. En consecuencia, los máximos deberán ser respetados sin distinciones que la Ley no autoriza.

—Hay, no obstante, otra razón más de fondo: la Reforma Agraria según el art. 1º de la Ley, ha sido hecha para difundir la pequeña y mediana

propiedad. Por ello no impone límites fijos sino que permite flexibilidad en la extensión de las unidades resultantes de la parcelación. Si consideramos además que las parcelaciones por iniciativa privada eran concebidas como una colaboración del sector privado a la realización de la Reforma Agraria, comprendemos mejor la improcedencia de la argumentación de Huando S.A.: se buscaba crear parcelas de la mayor extensión posible en su parcelación. No hay que dejar de hacer mención al hecho de que los excesos sobre las extensiones ordenadas por la ley sumaban, al momento de aprobarse la parcelación, más de seis Unidades Agrícolas Familiares mínimas (de 3 hectáreas cada una) en el valle de Huaral, donde está ubicado Huando.

En otras palabras, por lo menos seis familias más se habrían beneficiado directamente con la parcelación del fundo, de haberse respetado las normas vigentes a esa fecha.

En todo caso, y aún cuando este punto no fue materia de resolución en la ejecutoria del Tribunal Agrario, es posible deducir del proceso que hay tendencia a asumir una interpretación restrictiva de la legislación frente al problema.

2. La segunda causal de nulidad de la R. D. 031/69/DZ, en nuestro concepto, es la siguiente: a continuación de la lista de parcelas aprobadas, la Resolución decía que Huando S.A. asumía el compromiso de subparcelar cuatro lotes en otros varios, de menor extensión, a fin de transferirlos a trabajadores del Fundo.

Dicha subparcelación fue realizada con posterioridad a la R. D. 031/69/DZ por Huando con conocimiento de las autoridades administrativas de Reforma Agraria, a las cuales también les fueron remitidas copias de los contratos de transferencia de las mencionadas parcelas.

Consideramos que ésta es una causal de nulidad irrefutable de la Resolución cuestionada.

Para comprender este punto, debemos analizar sumariamente el procedimiento de parcelación que existía en ese momento.

El Reglamento de parcelaciones por iniciativa privada, aprobado por D. S. 165/69/AP, establecía que a la solicitud de parcelación, entre otros documentos, debían acompañar planos y memorias descriptivas de las unidades resultantes de la parcelación con la finalidad de que la DGRA-AR pudiese conocer, antes de aprobar, las condiciones técnicas de explotación de las parcelas resultantes: extensión, tipo de tierras, accesos a caminos, accesos y condiciones de explotación de la estructura de riego, eventuales servidumbres entre predios, etc. Todo ello con una saludable intención: lograr que la DGRA-AR pudiese observar las nuevas condiciones de uso de la tierra, haciéndola lo más racional y conveniente posible.

Ello nos lleva a otra consecuencia: la función de la DGRA-AR en el procedimiento de parcelación era de fiscalización y, por ende, la resolución aprobatoria era eminentemente unilateral, no pudiendo contener ningún tipo de cláusula contractual.

Pues bien, la R. D. 031/69/DZ rompió el principio de legalidad a que están sometidos los actos administrativos en dos puntos:

—El establecer un "compromiso" de Huando S.A. a subparcelar 4 de las parcelas equivalía a una cláusula contractual entre la propietaria y la Administración Pública, inadmisible en un acto administrativo resolutivo.

El organismo administrativo debía aprobar proyectos presentados y previamente estudiados, no crear compromisos y obligaciones futuras para los que no estaba facultado.

—La sub-parcelación, en realidad, implicaba una nueva parcelación que debía ser fiscalizada de acuerdo a las normas pertinentes, con la presentación y revisión técnica de los documentos que el D.S. 165/69/DZ exigía.

En otras palabras, la Administración Pública a través de la R. D. 031/69/DZ renunció a la obligación que las normas sobre procedimiento de atribuían.

Tan es así que la DGRA-AR nunca aprobó por Resolución los planos resultantes de la subparcelación. Simplemente fue informada de ellos por Huando S. A.

Tal vez podría argüirse que, en esta situación, sólo debía anularse la subparcelación, mas no toda la parcelación aprobada por la R. D. 031/69/DZ. Consideramos que este criterio es equivocado. La parcelación de un fundo es un proceso técnico y económico integral y no una suma de parcelas resultantes. Eso mismo se infiere de las normas pertinentes. Los problemas que pudiese generar una parcelación deficiente obligaron al D. L. 17716 y sus reglamentos a dar normas estrictas y detalladas. En consecuencia, mal

puede inferirse la conclusión que criticamos. El apuro con que fue dada la R. S. 031/69/DZ es inadmisible desde el punto de vista legal. Lo que debió hacerse es observar la solicitud original de parcelación y esperarse a que Huando reformulase la operación y presentase los documentos exigibles para que, recién habiendo cumplido con el deber de fiscalización a que estaba obligado, el órgano administrativo emitiese la Resolución autoritativa correspondiente.

De manera que, como conclusión, consideramos que la R. D. 031/69/DZ adolecía de vicio de nulidad por ilegalidad en base a tres razones:

1. Haber autorizado una parcelación en la cual se reconocía a las unidades resultantes de la parcelación extensiones superiores a las permitidas por Ley.
2. El carácter contractual que asumía la R. D. 031/69/DZ era inadmisible en ella ya que debía ser un acto administrativo unilateral.
3. La DGRA-AR renunciaba a la fiscalización de la parcelación de acuerdo a ley, incumpliendo las normas vigentes.

4.2.2.2. **Agravio al Interés Público**

Como tercera condición para la aplicación del art. 112º del D. S. 006/67/JC, teníamos la exigencia de que el acto administrativo cuya nulidad se declaraba fuese contrario al interés público.

La Sentencia del Juzgado de Tierras establecía que la R. D. 031/69/DZ había violado disposiciones de orden público y que, en consecuencia, iba contra el interés público.

La demandante, en su recurso de apelación, sostiene el siguiente punto de vista al respeco: "Por agravio al interés público debe y sólo puede entenderse la afectación de un bien o de un derecho del Estado, que representa y encarna a la sociedad en su conjunto. Es la usurpación, la violación o el perjuicio para la "cosa pública" (res pública) en contraposición con la "cosa privada" (res privada)".

De allí se concluía que el Juez de Tierras había confundido "disposiciones de orden público" con "interés público".

Menos explícito, el Dictamen Fiscal argumenta que hay lesión al interés público cuando se afecta a toda la colectividad y no a parte de ella.

Finalmente, la Ejecutoría del Tribunal Agrario da dos argumentos para interpretar este aspecto:

1. Que los conceptos de "interés público", "utilidad pública" y "necesidad pública" responden a imperativos de justicia y a exigencias socioeconómicas de la sociedad donde se aplican.
2. Que de los arts. 1º y 2º del D. L. 17716 se desprende que la Reforma Agraria persigue la justicia social en el campo y forma parte de la política nacional de desarrollo, lo que interesa a toda la colectividad y no sólo a un sector o grupo y, por tanto, la parcelación de cualquier fundo es acto de interés general por lo que la violación de las normas de Reforma Agraria causan manifiesto agravio al interés público.

Todavía podríamos nosotros añadir un argumento más en ánimo de ser formalistas: si el art. 113º del D. L. 17716 señala que serán afectados los predios parcelados en contravención a las disposiciones vigentes, y si el art. 5º del mismo Decreto-Ley considera de interés social todas las causales de expropiación contenidas en la Legislación de Reforma Agraria, concluiremos que una Resolución que autoriza una parcelación por iniciativa privada no adecuada a ley afecta el interés social, ya que su vigencia impide la afectación del fundo.

Discutir si "interés social" e "interés público" son conceptos equiparables nos parece bizantino. Es verdad que la norma del art. 112º no concreta lo que debe entenderse por tal expresión. Puede referirse bien al interés del Estado, bien al interés del grupo social. El Dictamen Fiscal, la Ejecutoria del Tribunal Agrario y, desde su punto de vista, la apelación de la demandante, prefieren con toda evidencia la segunda proposición, lo que consideramos acertado.

En efecto, el Estado es un ente jurídico que, en casos como el presente, tiene un interés propio, burocrático o político. Tiene personería propia y distinta a las personas naturales o colectivas de la sociedad y, por tanto, sólo nominalmente su interés es el "interés público". En muchos casos, su posición es de claro enfrentamiento con los individuos, las personas jurídicas o el grupo social en su conjunto. Incluso, si como algunos tratadistas tales como Kelsen, sostenemos que Estado y Derecho son una identidad, decir que un acto administrativo es contrario a las leyes y que es contrario al interés público re-

sulta una tautología. Por lo dicho, "interés público" en el art. 112º del D. S. 006/67/JC debe entenderse referido al interés social, de la colectividad, como unánimemente sostienen las diferentes piezas del expediente citadas.

El problema de fondo es, sin embargo, diferente. Si bien Huando S. A., el Fiscal y el Tribunal coinciden en identificar interés público como interés de la colectividad, tienen criterios diferentes para determinar lo que es su contenido ideológico. Los dos primeros mantienen una posición típicamente privatista. Cuando Huando S. A. habla de que agravio al interés público es el agravio a la "Res pública" sólo podemos imaginarnos que el ejemplo típico en que se piensa es el bien de uso público: un camino, una calle, etc. El Tribunal Agrario, en cambio, aduce otros contenidos: imperativos de justicia, exigencias socioeconómicas de la sociedad, política nacional de Desarrollo, etc.

En definitiva, el problema es determinar cuál es el criterio para definir estos llamados "standards" (13), necesarios en Derecho, pero a los que se tiene tanto recelo en nuestro medio jurídico, probablemente por su menor concreción con respecto a otras normas.

Evidentemente, la forma concreta de los intereses colectivos es cambiante, alcanza progresivamente diversos grados de madurez en la evolución histórica de cada sociedad, depende de factores culturales (estructurales) y políticos (coyunturales), por lo que es difícil precisar su contenido en un momento y un espacio dados. Ello tanto más en un caso de reforma Agraria que, como hemos dicho, es preponderantemente político.

El proceso que tratamos vio darse en él las posiciones contrapuestas: o el mantenimiento de los criterios civilistas tradicionales (respondiendo a una conocida vocación estacionaria del Derecho para preservar la Seguridad Jurídica), o la innovación del Derecho asumiendo nuevas aspiraciones colectivas que se concretan en transformaciones sociales (lo que significa "inseguridad jurídica" por cambio en los postulados de aplicación del Derecho).

Dejando para después el análisis del problema doctrinal de la Seguridad Jurídica (trascendental para la dinámica del cambio social, en relación con el Derecho), nos concretaremos al problema de elección de criterios de interpretación.

La mejor manera de abordar este asunto es hacer una breve descripción del funcionamiento de la interpretación de normas standard. Partimos de que son necesarias al Derecho porque, refiriéndose al buen criterio de la Administración y, en última instancia al del Juez, evitan una legislación casuística, por definición deficiente y esclerotizante. El standard empieza a ser interpretado y, en realidad, llenado de contenido a través de opiniones doctrinales y resoluciones concretas. Ellas van precisando sus alcances en relación a las peculiaridades que en cada problema se presentan y, a la vez, van perfilando lo que serán sus moldes de interpretación posterior.

Ello es manifiestamente claro en lo que a "interés público" se refiere. Hipotéticamente hablando, pensemos que durante diez años interpretamos el standard "interés público", desde la perspectiva del **Estado Policía.** La violación de las normas tributarias, la obstrucción de vías públicas y la comisión de delitos serían los típicos agravios al interés público. Incluso, un intento estatal de imponer una planificación dirigista en la actividad económica, podría ser considerada como contraria al interés público, desde que a la Sociedad interesa preservar la libre iniciativa económica y empresarial de sus individuos (14). En este caso, los gobernantes no estarían actuando de acuerdo a los principios que rigen el Derecho y la ideología social de ese momento.

Al cabo de los diez años, vamos a tener configurada la matriz de interpretación del standard. Tendremos que analizarlo desde un punto de vista liberal pues, en caso contrario, bastará una cita jurisprudencial o doctrinal, para que nuestra interpretación al-

13. "... esta noción no es otra que la de reglas que, en vez de formular una solución, dejan un cierto margen y apelan a la colaboración del juez o de la autoridad administrativa, acordándoseles un cierto poder discrecional: se les ha llamado "conceptos flexibles"... (Du Pasquier, Claude... *Introducción a la teoría general del derecho y a la filosofía jurídica*).

14. Es evidente que en la hipótesis funcionan una serie de factores ideológicos distorsionantes: la idea del Estado Policía y la de libre empresa, son a menudo impuestas a un grupo social a través de la propaganda masiva y el control de los medios de información, aunque ello vaya contra sus intereses políticos objetivos. Ahora, sin embargo, sólo nos interesa analizar el problema de interpretación jurídica y no el político.

ternativa sea considerada jurídicamente heterodoxa. Es verdad que en nuestro medio jurídico no se reconoce fuerza legal a la jurisprudencia o a la doctrina (salvo excepciones). Sin embargo, y sobre todo en este tipo de normas generales, se sigue mucho sus preceptos, tal vez porque no hemos sido acostumbrados a ser creativos en Derecho.

Siguiendo con nuestra hipótesis, supongamos que luego de transcurrido este lapso de diez años, ocurre un vuelco ideológico en el país y que el Estado pasa a asumir un rol dinámico en la vida económica. Se crean empresas públicas económicamente productivas y, lógicamente, se instituye algún tipo de planificación dirigida.

Ante estas nuevas circunstancias, se crea una legislación también novedosa que da marco institucional y operativo a estas nuevas perspectivas: se diseña un nuevo tipo de empresa (diferente a las privadas existentes hasta ese momento), se asignan sectores de actividad económica al Estado y, eventualmente, se pueden reestructurar las normas sobre prioridad del crédito de la inversión, etc.

Toda la opción ideológica frente a la función social del Estado, ha sufrido una redefinición política que se refleja en el sistema legal. Las nuevas leyes derogarán y dejarán insubsistentes normas procedentes del Derecho anterior.

Sin embargo, la razón de ser de las reglas standard permanece y aun se hace más necesaria: el orden legal se enfrenta a nuevas perspectivas, menos exploradas que las anteriores y, por tanto, menos susceptibles de ser legisladas casuísticamente. El standard de "interés público" evidentemente perdurará. Lo importante es que también perdurarán sus interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales y, como en el caso de la planificación dirigidas, serán evidentemente contrarias al nuevo modelo ideológico y a los nuevos contenidos normativos (que son consecuencia de los cambios ideológicos y políticos). Al hacerse evidente esta oposición, la interpretación del standard tendrá un efecto paralizante sobre la efectividad de las nuevas normas legales. No es raro encontrar ejemplos históricos de esta situación (15).

15. Los ejemplos a que aludimos, sobre todo jurisprudenciales, existen y son conocidos, pero no están sistematizados. Es un tema interesante y actual de investigación jurídica proceder a su recopilación e interpretación.

Si somos consecuentes con el principio de efectividad de las normas positivas, deberemos reconocer que es tarea de los hombres de Derecho (abogados, juristas, jueces, etc.) el readaptar sus criterios interpretativos a las nuevas realidades. No fue otra cosa la que sucedió cuando la Revolución Burguesa derrocó políticamente a la Autocracia y sentó las bases de un nuevo Derecho (el "Viejo Derecho" que hoy heredamos). Las condiciones sociales y políticas han cambiado y la necesidad de crear el nuevo Derecho actual es imperiosa.

Demás está decir que el argumento dado en el párrafo anterior para renovar los criterios de interpretación del Derecho, no está necesariamente reñido con una consideración valorativa del orden jurídico. En esta época de trabajo científico interdisciplinario, los descubrimientos de las ciencias sociales cuestionan la liberalidad de la ideología que sustentó un Derecho de espíritu civilista. Las valoraciones sociales se han transformado hacia una socialización creciente, los diferentes sistemas políticos y económicos asumen como indispensables reformas estructurales profundas y el Derecho debe incorporar todo este movimiento modificando también sus valores. Desde este punto de vista las nuevas escalas axiológicas no resultan por definición injustas, salvo en comparación con los intereses prevalentes en un orden ya superado.

Esta digresión teórica nos permite regresar con fundamento a la consideración de las razones esbozadas por el Tribunal Agrario en el caso Huando. Lo que se ha hecho al defender que existe agravio al interés público cuando se autoriza una parcelación por iniciativa privada con vicio de ilegalidad, no es otra cosa que incorporar nuevos criterios de interpretación para una antiguo standard. La reforma Agraria es una aspiración social que ha sido emprendida como parte de la planificación del desarrollo nacional.

Podremos discrepar de su orientación política o de los matices de su implementación pero tiene un irrecusable lugar en nuestra legislación positiva y en el proyecto de una nueva sociedad.

Con estas características ha pasado del campo ideológico al legal y, por tanto, debe reconocerse el interés social que atribuye el art. 5º del D. L. 17716 a su causales de expropiación legisladas. Desde este punto de vista, creemos resulta improcedente la argumentación civilista de la demandante. Ella era válida dentro de los marcos de un régimen legal ante-

rior, sustituido ahora por un orden positivo diferente que responde a nuevas exigencias sociales, y cuya efectividad no puede ser paralizada por criterios de interpretación que histórica y valorativamente le son ya ajenos.

4.3. "El artículo 2º de la R.D. 098/71/DGRA-AR de fecha 4 de febrero de 1971 viola derechos adquiridos por terceras personas al amparo de la fe registral".

El art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR establecía textualmente lo siguiente: "Segundo.— Transcribir la presente Resolución a los Registros Públicos para los efectos legales correspondientes".

Resulta obvio que la intención de esta norma era lograr la cancelación de las inscripciones de la parcelación de Huando en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La argumentación de la demandante es la siguiente:

1. El art. 2º, al ordenar inscribir la R. D. 098/71/DGRA-AR en el Registro Público, cuestiona cuando no anula, el derecho de los terceros adquirientes a título oneroso.
2. El D. L. 18833 (posterior a la Resolución cuestionada) recién establece que el Fuero Agrario es quien tiene competencia para declarar la nulidad de estas inscripciones. En consecuencia, la misma ley demuestra que antes, cuando se dio la R.D. 098/71/DGRA-AR. carecía de facultades para anular las inscripciones.
3. Por tanto, el art. 2º es nulo por aplicación del inciso a) del art. 45º del D. S. 006/67/JC.

   (Según la disposición invocada para amparar la nulidad, ésta no proviene de violar derechos adquiridos, sino por vicio de ilegalidad y por falta de competencia del órgano administrativo para ordenar la cancelación del asiento. El inciso a) del art. 45º del D. S. 006/67/JC establece: "Son nulos de pleno derecho los actos administrativos: a) Dictados por órganos incompetentes. . .").

La DGRA-AR, en su recurso de contestación a la demanda sostiene que el art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR no atenta contra la fe registral porque en él no se pide la anulación del asiento sino que se establece la transcripción de la Resolución al Registro, pudiendo el Registrador denegar la inscripción en virtud de sus atribuciones.

Además sostiene que aun cuando el art. 2º fuese nulo, ello no elimina el vicio de nulidad de la R. D. 031/69/DZ que aprobaba la parcelación de Huando.

El considerando respectivo de la sentencia del Juez de Tierras se pronuncia por la improcedencia de la nulidad del art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR en virtud de que no ordenaba anular los asientos sino inscribir la Resolución en el Registro.

Finalmente, los considerandos de la Ejecutoria del Tribunal Agrario llegan a la misma conclusión en virtud de que la R. D. 098/71/DGRA-AR no dispone la inscripción de nulidad de parcelación en los Registros Públicos.

A pesar de que la intención del art. 2º de la R.D. 098/71/DGRA-AR era, sin lugar a dudas, la de obtener la anulación de los asientos de parcelación o por lo menos su ineficacia legal, desde el punto de vista formal no ordenaba tal cosa sino únicamente la transcripción a los Registros Públicos. En consecuencia, nos parece válida la argumentación de la DGRA-AR en su contestación a la demanda: el Registrador podía denegar la inscripción de la Resolución. El asunto se convertía en un problema de procedimiento registral. Además, aun suponiendo que tal norma fuese nula, no se acarreaba también la nulidad de la integridad de la R. D. 098/71/DGRA-AR, ni la convalidación de la R. D. 031/69/DZ.

Sin embargo, este problema formal no es el esencial dentro del conflicto planteado. El asunto de base es la permanencia del principio de la fe registral contenido en el art. 1052º del Código Civil, en el campo de las parcelaciones por iniciativa privada y del Derecho Agrario en general.

El D. L. 18833 aleja toda duda posible: desde que con la declaración de nulidad de parcelación, el juez debe ordenar la nulidad de los asientos respectivos, es claro que la fe registral no ampara a los compradores.

No queremos decir con ello que se produce una contradicción en el derecho positivo o que la desaparición de la fe registral en este campo sea asistemática en relación a nuestro orden jurídico. Al revés, pensamos que esta desaparición guarda coherencia con el resto de la legislación.

Para comprender este postulado, tenemos que remontarnos a la razón de ser del principio de la fe registral. El nace como un mecanismo legal, accesorio al derecho de propiedad, para asegurar los intereses individuales de quien contrata, con quien se hace pasar por propietario. Tanto en el caso de la venta como del gravamen, el tercero podría verse perjudicado al efectuar el negocio, si carece de la seguridad de que está contratando con quien tiene el derecho de disposición sobre el inmueble. Para evitar este problema, el Derecho crea una presunción de pleno derecho y considera que quien aparece del Registro como propietario **es** el propietario, para todos los contratos de terceros sobre el bien, salvo que la causa de nulidad del derecho aparezca del mismo Registro (16).

El principio de la fe registral, en consecuencia, existe para dar seguridad a quienes adquieren derechos sobre inmuebles por contratos. Presupone. necesariamente, que el agente adquiere sus derechos en forma totalmente privada y que debe salvaguardarse su interés individual, frente a los intentos de fraude.

Cuando cambia el concepto de propiedad, cuando ella debe usarse en armonía con el interés social, cuando la propiedad de la tierra no depende ya del justo título sino también y fundamentalmente del trabajo y la conducción directa (17), las instituciones legales que como la fe registral, apoyaban un derecho de propiedad formal y tradicional. pierden ubicación en el ordenamiento jurídico.

Sería absurdo que por el solo hecho de existir un asiento registral, se frene un procedimiento de expropiación que, como hemos visto, tiene carácter de interés social. En Reforma Agraria el interés social prima sobre el individual, que es el defendido por la fe registral. En consecuencia, ésta no puede ser opuesta a la aplicación de la Reforma Agraria.

Ello no quiere decir que los individuos carezcan de seguridades frente al derecho de propiedad sobre tierras. Lo que pasa es que se asumen nuevas formas de protección, acordes a las nuevas ideas que sustentan el derecho positivo. En sustitución de la fe registral, el art. 3º del D. L. 18833 establece el derecho preferencial de los adquirentes de parcelas en parcelaciones por iniciativa privada, a recibir en adjudicación las extensiones que conduzcan directamente hasta los límites de área autorizados (mínimos inafectables).

El Derecho se perfecciona y va adoptando las figuras más convenientes de acuerdo a sus normas. En Derecho Agrario, para los casos que tratamos, el derecho preferencial de adjudicación de las tierras que se conducen directamente es más coherente que el principio de la fe registral.

Por supuesto que podríamos discutir si la orientación adoptada por el Derecho Agrario en materia de propiedad es la más conveniente. Sin embargo, ésta es ya una discusión puramente política, ajena al campo jurídico. Lo que el Derecho debe hacer es sistematizar los elementos ideológicos incorporados a sus normas positivas, mudando lo que en él queda obsoleto y creando nuevas instituciones más operativas. Este proceso, por lo demás, no es la primera vez que sucede en la historia jurídica. Las transformaciones burguesas introducidas por la Revolución Francesa, sustituyeron todo un sistema legal que defendía los intereses de la aristocracia que la precedió.

Hoy es el Derecho Burgués y liberal el que queda obsoleto. Sus instituciones, que en algún momento y a un tipo de escuela jurídica parecieron inconmovibles, van siendo modificadas y derogadas paulatinamente.

5. **La Seguridad Jurídica**

De las consideraciones precedentes se desprende un tema adicional, más general y teórico, que ha adquirido carácter de principio esencial y oponible a las situaciones jurídicas que se le contrapongan: la Seguridad Jurídica.

Entre quienes han trabajado los aspectos jurídicos del Caso Huando, la Seguridad Jurídica se convierte en factor cuestionante de los resultados finales del

16. Código Civil, art. 1052º—"Los actos que se ejecuten o los contratos que se otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, una vez inscritos, no se invalidarán en cuanto a los que con ella hubiesen contratado por título oneroso aunque se anule el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro".

17. Estos aspectos han sido tratados en nuestro artículo *Modificaciones al derecho de propiedad en la Legislación de Reforma Agraria*, publicado en: DERECHO, 1972; Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú; número 30.

caso en sus aspectos legales. Sobre todo, esta objeción se hace a dos niveles: por un lado, la violación del derecho de Huando S. A. a parcelar luego de aprobación formal y finalización del proceso de parcelación y, de otro, la violación de los derechos de los adquirentes de las parcelas resultantes, quienes vieron afectadas por el Estado las tierras que adquirieron.

Para trabajar este tema nos referiremos a la definición que de ella da Radbruch y que ha sido generalmente aceptada como una de las más logradas.

Radbruch nos la define como "... la seguridad del Derecho mismo..." (18) y señala cómo uno de sus requisitos principales es: "... (que) el Derecho positivo —si se quiere garantizar la seguridad jurídica— no debe hallarse expuesto a cambios demasiado frecuentes, no debe hallarse a merced de una legislación incidental que de todo género de facilidades para troquelar cada caso concreto en forma de ley: los **checks and balances** —frenos y contrapesos— de la teoría de la división de poderes y la morosidad del aparato parlamentario son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica" (19).

Tras estas expresiones existe en verdad toda una concepción sobre los fines y caracteres esenciales del Derecho. Trataremos de hacerla evidente a través de dos ideas centrales.

1. **La Seguridad Jurídica es la seguridad del Derecho mismo.** Generalmente se ha entendido por Seguridad Jurídica la invulnerabilidad por ley posterior, de un derecho legalmente adquirido por un sujeto en un momento determinado. Tradicionalmente, la Seguridad Jurídica ha ido estrechamente ligado a otros conceptos doctrinales que se le ensamblan complementariamente: **la irretroactividad de la Ley** y el **derecho subjetivo.**

Aunque estos tres conceptos mantienen su propia individualidad de manera que no se los pueda hacer equivalentes, apuntan a un mismo objetivo: evitar que el interés de una persona, amparado en un momento determinado por el Derecho, sea perjudicado o eliminado después por el mismo Derecho.

18. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la Filosofía del Derecho;* México, Fondo de Cultura Económica, 3ª edición, 1965, pág. 40.
19. *Loc. cit.*

Cuando Radbruch dice que la Seguridad Jurídica debe ser la Seguridad del Derecho mismo, por tanto, más que describir una realidad formula una aspiración que se expresaba tácitamente en las elaboraciones anteriores a él: el Derecho **debe ser** el salvaguarda de esos intereses, debe ser su tarea esencial protegerlos; el Derecho debe ser seguro en sí mismo, no por sí, sino para aquellos a quienes prescribe conductas.

Radbruch entiende que sólo así el Derecho podrá cumplir su papel normativo a cabalidad: sólo si el Derecho es seguro en sí mismo podrá dar seguridad.

Tras esta elaboración hay, evidentemente, algunos contenidos que vale la pena poner de manifiesto.

El más importante es la defensa del interés individual. El Derecho debe defender estos intereses, cuando han sido válidamente convertidos en derechos de acuerdo a la ley vigente, y son oponibles a cualquier nueva circunstancia.

El Derecho así visto, adquiere una connotación eminentemente privatista pues legisla a individuos que deben ser defenddios unos de otros.

Por supuesto que existen excepciones a este principio aun en el Derecho Tradicional. Un buen ejemplo es la expropiación por causa de utilidad pública que, ni aun en los regímenes más liberales ha dejado de existir. Claro que el contrapeso del interés privado y el público, varía con el tiempo. Antes sólo se expropiaba en casos excepcionales, pero sin llegar a convertirse, la expropiación, en un instrumento de política de uso frecuente. Normalmente el interés privado estaba por encima del público y sólo en casos excepcionales como la utilidad pública, había una inversión del criterio. Esto quiere decir que cuando el interés público primaba, el problema de la "inseguridad jurídica" no existía.

De acuerdo a este planteamiento, el problema de Seguridad Jurídica se mueve en el ámbito del interés privado y del Derecho Privado que lo ampara. Esto se confirma con dos hechos de la historia del Derecho:

—El concepto de Seguridad Jurídica se ha desarrollado en las ramas privatistas del Derecho.

—Nunca se ha considerado como inseguridad jurídica, diversas medidas que atentan contra el interés público. Un buen ejemplo es el constante

otorgamiento de extensiones tributarias. En el país, la mayoría de los impuestos van teniendo progresivamente una disminución en el **quanto** de la base imponible que, luego de un lapso, obliga a reordenar y sustituir el impuesto. Semejantes al caso anterior son las amnistías tributarías que también generan al Fisco menores ingresos de los previstos.

En ninguno de los dos casos, como en tantos otros semejantes, se arguye falta de Seguridad Jurídica. No importa que el Estado haya creado impuestos a fin de sustentar sus gastos, necesarios para la Sociedad. La erosión que se produce a nivel macroeconómico, en la base imponible sobre la que se tributa, no genera inseguridad al Fisco y a la Sociedad, a pesar de que produzca, como lo ha hecho (sobre todo la exención), crisis económicas considerables.

En consecuencia, podemos concluir que la seguridad jurídica no es la seguridad del Derecho mismo sino, a lo sumo, de parte de él. Sólo se argumenta inseguridad cuando se afecta intereses individuales dentro del régimen del Derecho Privado.

2. El segundo problema que aparece de las citas de Radbruch es que la seguridad jurídica es un principio eminentemente conservador. La alusión a la morosidad de los órganos legislativos no puede ser más explícita: mientras menos cambie el Derecho, más cumplirá con dar seguridad.

Este aspecto de la institución que tratamos es incompatible con el carácter dinámico de la sociedad y con la necesidad de profundas transformaciones. Si ellas son necesarias, el Derecho se les opondrá en aras de mantener seguridad. Inversamente, si queremos que el Derecho contribuya a efectuar procesos de cambio, la Seguridad Jurídica debe ser relativizada como lo fue, una vez más, la seguridad de la aristocracia con la irrupción del Derecho Burgués.

Estas apreciaciones, por otra parte, nos muestran los estrechos vínculos que tienen entre sí instituciones aparentemente disímiles como Seguridad Jurídica y Fe Registral.

Ubicadas en campos y niveles diferentes, en el fondo responden a un mismo fundamento valorativo: defender intereses individuales y propugnar un carácter conservador del Derecho.

Puede ser que en teoría esta descripción no sea exacta. Es posible que, aún un Derecho de cambio necesite recoger de alguna manera sus aspectos fundamentales. Sin embargo, desde el punto de vista operativo funcionan así y, por tanto, ese es el destino real que les ha asignado nuestro sistema legal.

Por el hecho de ser fruto de un determinado sistema jurídico, al responder a determinados esquemas valorativos, la vocación de perpetuidad que se les asigna resulta errada o políticamente significativa. Al cambiar los esquemas valorativos que se incorporan a las normas positivas (interés social, etc.), todo el andamiaje teórico que conforman estos principios, quedan sin base y, por tanto, debe ser sustituido o derogado.

6. La teleología de los métodos de interpretación

Un último tema que nos permiten el caso Huando y las consideraciones teóricas que hemos expuesto es que, en cualquier caso, los criterios interpretativos son estrechamente dependientes de los intereses que se busca defender.

Quisiéramos diferenciar lo que son métodos de interpretación, de lo que aquí llamamos criterios. Por métodos entendemos los tradicionales: literal, lógico, analógico, sistemático, etc.

El criterio de interpretación es otra dimensión del problema. Es el elemento de decisión mediante el cual nosotros preferimos un método u otro para aplicar la ley a un caso determinado.

En la teoría, o en el ejemplo llamado "de laboratorio" la aplicación de las normas no tienen problema. En los hechos cotidianos, sin embargo, constantemente nos encontramos con que los supuestos de la norma son imperfectamente cumplidos, por exceso o por defecto de los hechos o situaciones.

De esta manera, los interesados proceden a aplicar el Derecho por diferentes apreciaciones de hechos y su relación con supuestos jurídicos. La existencia nada escasa de interpretaciones contradictorias y respetables no procede muchas veces sino de haber utilizado un distinto método de interpretación, siendo de resaltar que en Derecho nunca se ha dado ni podrá darse, normas precisas sobre elección y jerarquización de métodos.

En el caso estudiado del standard "interés público" se dio con toda claridad esta contradicción, Huando

S. A. hace una interpretación típicamente formalista y literal. El interés público será el de toda la colectividad y no el de parte de ella. En consecuencia, en la parcelación de un fundo, no hay interés público sino, a lo sumo, un interés grupal.

El Tribunal Agrario, en cambio, hace una interpretación **finalista** en virtud de lo que se ha dado en llamar el **espíritu de la norma.** Del hecho de que los artículos 1º y 2º del D. L. 17716 señalen que la Reforma Agraria persigue la justicia social en el campo y forma parte de la política nacional de desarrollo, deduce que cada acción de Reforma Agraria reviste interés público.

Es de notar cómo existe una toma de posición ideológica en la base de cada posición, que condiciona el método de interpretación a elegir. Ello nos lleva a tres conclusiones importantes:

1. La importancia del contenido ideológico para la aplicación del Derecho es fundamental. La misma norma puede aplicarse e interpretarse de manera totalmente diferente por quienes tienen apreciaciones ideológicas disímiles *.
2. El proceso de aplicación del Derecho, al menos en este tipo de casos y otros similares, tiene más de subjetiva que de objetiva (calificación que corresponde al carácter técnico o científico que se atribuye en muchos casos al Derecho).
3. Todo ello demuestra que la aplicación del Derecho es tanto o más importante que el enunciado abstracto de la norma para la determinación de los contenidos del Derecho. En consecuencia, es imprescindible una revaloración de la importancia de las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales como fuentes del Derecho. En nuestro Sistema, si bien se les reconoce validez en la praxis jurídica, se les niega ese carácter a nivel de la teoría en la mayoría de las ramas de Derecho.

Sin embargo, no sólo existen estos dos tipos de interpretación (formalista y finalista). En el caso de "interés público" analizado, ambas posiciones (Huando S. A. y Tribunal Agrario) se desprenden de una misma norma positiva apreciada en forma diferente. Hay otros casos, no obstante, donde las conclusiones jurídicas no parten de una norma positiva sino de una elaboración doctrinal o principista que a veces cubre vacíos de la ley y a veces va contra las normas positivas. Tal es el caso de Huando S. A. cuando señala que hay dos tipos de actos administrativos que no son revocables una vez consentidos: los que declaran derechos y los administrativos jurisdiccionales; también es el caso del Tribunal Agrario al decir que la legalidad del acto administrativo es un principio de Derecho Administrativo que no puede desconocer ninguna ley o reglamento especial.

Este criterio de interpretación va más allá que el formalista y el finalista porque llega a sustituir una norma positiva o a crear otra semejante. En este caso, la importancia de la aplicación de Derecho como creadora de contenidos jurídicos se hace más patente aún.

Todas estas consideraciones nos llevan, en última instancia, a considerar la relatividad que en el Derecho encierra la selección de los medios técnicos para su aplicación, la importancia que dentro de ello tienen los elementos ideológicos de quien aplica y, como corolario, la importancia que tiene la aplicación de Derecho en un proceso de cambio social.

Esto último nos es de especial interés. Si asumimos que un proceso de cambio social se va a regir por leyes que le son anteriores y con distinta orientación política, ante la imposibilidad de cambiar de golpe un sistema legal, concluiremos que la forma de aplicación de este Derecho anterior, variará en las nuevas circunstancias. Será la única forma de evitar contradicciones irresolubles en la legislación.

Algo de esto se ha avanzado en la doctrina al decir que la llamada "Voluntad del Legislador" no es una buena vía para interpretación, entre otras razones, porque las concepciones sociales varían en el tiempo. Sin embargo, esto se ha referido siempre a las variaciones lentas y automáticas de la sociedad, no aplicándose nada parecido a lo que constituyen cambios sociales inducidos y más profundos.

En el Caso Huando hay bastantes ejemplos analizados que contrastan criterios de interpretación. Sin embargo, no son más que ejemplos. Una investigación más rigurosa y amplia de este tema, permitiría desarrollar y descubrir una serie de mecanismos no estudiados aún en el cambio del Derecho.

* Por supuesto que lo ideológico no es la única variable que lleva a interpretaciones diferentes. También lo hacen la diferencia de intereses o la de fines entre otras.

ANEXO

RESUMEN DEL EXPEDIENTE DE HUANDO S. A. CONTRA EL SUPREMO GOBIERNO SOBRE

IMPUGNACION DE LA RESOLUCION DIRECTORAL 0987/1/DGRA-AR

—Con fecha 20-5-71, Huando S. A. interpone demanda contra el Supremo Gobierno por impugnación de la Resolución Directoral Nº 098-71-DGRA-AR, recaudando algunas de las pruebas que se ofrecen en la demanda.

Los fundamentos de la nulidad ipso jure de la resolución que alega el demandante son los siguientes:

La Resolución revivió un proceso fenecido.

La Resolución fue pronunciada por órgano incompetente y prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento.

El artículo segundo de la resolución impugnada atenta contra la fe registral sancionada en el artículo 1052º del Código Civil. El texto del artículo segundo de la Resolución impugnada es el siguiente: "Segundo.— Transcribir la presente Resolución a los Registros Públicos para los efectos legales correspondientes".

1. La Resolución 098/71/DGRA-AR revivió un proceso fenecido.

   1.1. La Resolución Directoral Nº 031/69/DZ de 31-10-69, que aprobó la parcelación del fundo Huando y que se pretende declarar nula por la R. D. 098-71-DGRA-AR, no fue apelada por el interesado dentro del término previsto en el art. 8º del D. S.16 5-69-AP y, por ello, quedó consentida adquiriendo el carácter de irrevisable.

   1.2. La parcelación fue íntegramente ejecutada en los términos de la R. D. 031-69-DZ **—válida en fondo y forma según el demandante—** y en fecha 5-12-69 se informa a la Dirección General de Reforma Agraria que sólo falta formalizarse dos contratos de compra-venta de parcelas cuyas minutas ya existían. Con fecha 21-12-69 se indica que ya han sido vendidos todos los lotes.

   1.3. Con fecha 4-2-71, la R. D. 098/71'DGRA-AR declara nula e insubsistente la R.D. 031/69/DZ pretendiendo revivir un proceso fenecido que atenta contra el art. 228º de la Constitución.

2. La R. D. 098/71/DGRA-AR fue pronunciada por órgano incompetente y prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento.

   2.1. La DGRA es instancia procesal de apelación. De lo contrario carece de competencia para avocarse a la resolución de expedientes de parcelación.

   2.2. Ni el art. 149º ni el 150º del D. L. 17716 dan competencia a la DGRA para abocarse de oficio al conocimiento de expedientes resueltos por la instancia inferior (Zona Agraria).

   2.3. No se ha interpuesto el recurso de apelación y, por tanto, no hay competencia de la DGRA para conocer el expediente.

   2.4. Se arguye que no se ha proveído dentro del procedimiento administrativo de parcelación los escritos de los trabajadores, pero ellos no son parte en el procedimiento, careciendo de legitimación procesal.

3. El art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR viola derechos adquiridos por terceras personas al amparo de la fe registral.

   3.1. El art. 2º, al ordenar inscribir la R.D. en el Registro Público, cuestiona, cuando lo anula, el derecho de los terceros adquirentes a título oneroso.

   3.2. El D. L. 18833 recién establece que el Fuero Agrario es quien tiene competencia para declarar la nulidad de inscripciones. En consecuencia, la misma ley demuestra que antes, cuando se dio la R. D. 098/71/DGRA-AR, carecía de facultades para anular las inscripciones.

   3.3. Por tanto, el art. 2º es nulo por el art. 45º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos en su inciso a).

   (Según la demandante, la nulidad no proviene de violar derechos adquiridos sino por ir contra la ley y por falta de competencia).

—Con fecha 25-5-71 el juez decreta la admisión de la demanda, mandando notificar al Procurador General de la República en el Ramo de Agricultura y a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural aceptándose diversas pruebas y rechazando otras por no ser instrumentales.

En la misma fecha se notifica la Resolución a Huando S. A. por cédula y al Procurador y la DGRA por cédula y por Correo.

—Con fecha 31-5-71 el Procurador General de la República en el Ramo de Agricultura contesta negando la demanda y ofreciendo diversas pruebas.

—Con fecha 1-6-71 el Juez da por absuelto el trámite y por aceptada la prueba ofrecida.

—Con fecha 1-6-71 Huando presenta recurso de apelación contra la Resolución del Juzgado de 25-5-71 en la parte que rechaza determinadas pruebas por impertinentes al no ser instrumentales. Se solicita la alzada en ambos efectos en virtud del art. 1097º inc. 4º del Código de Procedimientos Civiles.

—Con fecha 1-6-71 el Juzgado concede la apelación en un solo efecto.

—Con fecha 1-6-71 Huando deduce la nulidad del auto (según el recurso porque en rigor se trata de un decreto) admisorio de la instancia al haberse emplazado a la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural cuando ella, según la legislación vigente, forma parte del Ministerio de Agricultura y, en consecuencia, será representada en juicio por el Procurador respectivo.

—Por auto de 1-6-71 el Juez deniega la nulidad del admisorio de la instancia en base a nutrida jurisprudencia del Tribunal Agrario en el sentido de que la DGRA-AR tiene personería suficiente para apersonarse en cualquier tipo de procedimiento.

—Con fecha 4-6-71, Huando apela del decreto que rechaza la nulidad del admisorio.

—Con fecha 7-6-71, el Juez emite un auto denegando la apelación por no versar sobre sentencia o resolución que pone fin a un procedimiento.

—Con fecha 8-6-71 el Procurador presenta un recurso fundamentando su contradicción de la demanda en los siguientes términos:

1. La referencia al art. 228º de la Constitución resulta totalmente impertinente pues, este artículo, se refiere a procedimientos judiciales y no a administrativos como el de Huando.

2. La DGRA es competente para estudiar este expediente administrativo de parcelación del Fundo Huando porque:

   2.1. La R. D. Nº 098-71-DGRA-AR ha sido dictada conforme a los arts. 1123º inc. 3º del Código Civil y 45º inc. c) del D. S. 006-67-JC de 11-11-67.

   2.2. Porque el expediente administrativo había sido elevado a su conocimiento por la IV Zona Agraria tal como se aprecia del Memo Nº 34-D/IV/DZ/71 de 28-1-71.

3. La demandante señala que el art. 2º de la R.D. 098/71/DGRA-AR configura despojo contra los compradores de parcelas, pero no toma en cuenta que el art. 3º del D. L. 18833 les da derecho preferencial a la adjudicación de las parcelas que vengan conduciendo directamente.
   Por tanto, no hay nulidad ni por revivir proceso fenecido, ni por incompetencia ni por atentar contra la fe registral.

—Con fecha 11-6-71 Huando solicita copias certificadas de diversas piezas del proceso a fin de ocu-

rrir en queja ante el Tribunal Agrario por la Resolución de fecha 7-6-71 en que se deniega la apelación interpuesta.

—Con fecha 11-6-71, la DGRA contesta la demanda negándola en todas sus partes con los siguientes argumentos:

1. La DGRA no ha revivido un proceso fenecido.

   1.1. Citar el art. 228º de la Constitución no procede pues éste se refiere a los procesos judiciales y no a procedimientos administrativos.

   1.2. El proceso no estaba fenecido porque aún no se había escuchado ni resuelto los recursos del Sindicato que estaban procesalmente legitimados por las siguientes reglas: Constitución, art. 60º; Código Civil, art. IV del Título Preliminar; D. S. 006-67-JC. arts. 2º, 4º, 5º y 88º.

   1.3. Dice la demandante que no hubo apelación de la R. D. 031/69/DZ por ella, que era la única legitimada para hacerlo. Ello es falso porque, de acuerdo al art. 106º del D.S. 006-67-JC, el recurso de fecha 3-11-69 presentado por los trabajadores de Huando, debe considerarse apelación.

   1.4. Además, no se ha revivido ningún proceso fenecido porque las normas de procedimiento administrativo permiten anular Resoluciones consentidas cuando agravien el interés público (art. 112º del D. S. 006-67-JC).

2. La R. D. 098/71/DGRA-AR no se dictó por órgano incompetente y prescindiendo de las normas esenciales de procedimiento.

   2.1. Los trabajadores y el sindicato tenían en el procedimiento de parcelación:

      2.1.1. Interés directo: porque son los beneficiarios potenciales del procedimiento expropiatorio.

      2.1.2. Interés personal: porque son interesados bien como sindicato, bien como personas naturales.

      2.1.3. Interés actual y probado desde varios puntos de vista, especialmente laborales.

   2.2. Al no haber normas sobre reclamaciones de terceros en el D. S. 165-69-AP, el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos funcionaba supletoriamente en virtud de su art. 116º.

3. No se atenta contra la fe registral porque:

   3.1. No se pide anulación de asiento sino transcripción de resolución que el registrador puede denegar.

   3.2. Aun cuando el art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR fuese nulo, ello no elimina el vicio de nulidad de la R. D. 031/69/DZ que aprobaba la parcelación de Huando.

—Con fecha 28-6-71, Huando solicita se le franquee por mesa de partes el expediente administrativo de parcelación que obra en el expediente en calidad de prueba, y que cuando el proceso se encuentre en estado de resolver, se autorice al Letrado a informal verbalmente ante el Juez de la causa.

—Con fecha 28-6-71 el Juez ordenó poner a conocimiento de Huando el expediente administrativo solicitado y tener presente oportunamente el pedido de informe oral.

—Con fecha 5-7-71 se presentan ante el Juzgado mediante un recurso, Zósimo Torres Claros y otros, a nombre propio y como dirigentes del Sindicato de Trabajadores y Braceros de la Hacienda Huando, solicitando se les considere como parte en el juicio y exponiendo diversos puntos de vista sobre la parcelación del fundo Huando.

—Con fecha 5-7-71, el Juzgado deniega a los recurrentes la solicitud de ser parte en el proceso por no tener legitimación pasiva de acuerdo a ley.

—Con fecha 9-7-71 Torres Claros y otros insisten en su pedido de ser considerados parte en el proceso, solicitando se les cite de oficio por ser trabajadores del fundo Huando.

—Con fecha 12-7-71 el juzgado decreta no haber lugar al pedido por ser este recurso idéntico al de fecha 5-7-71.

—Con fecha 30-7-71 se notifica al Juzgado por el Secretario del Tribunal Agrario que dicho Tribunal ha declarado infundada la queja contra la resolución de fecha 7-6-71.

—Con fecha 12-8-71 el Juez pronuncia sentencia con el siguiente contenido:

1. Considerando:

1.1. Que el presente juicio es en esencia de puro derecho por lo que no son indispensables todas las instrumentales admitidas por el Juzgado.

1.2. Que no hubo proceso fenecido violando la R. D. 098/71/DGRA-AR el art. 228º de la Constitución, porque dicho artículo está referido exclusivamente a procesos judiciales.

1.3. Que la DGRA careció de facultades para conocer el expediente de parcelación de Huando en vía de apelación porque los trabajadores carecían en dicho trámite de legitimación procesal, pero sí era competente en virtud del art. 112º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

1.4. Que el art. 2º de la R. D. 098/71/DGRA-AR no ordenaba anular los asientos sino inscribir la Resolución en los Registros Públicos.

1.5. Que la R. D. 031/69/DZ era nula por dos razones:

1.5.1. La Resolución autorizaba a subparcelar cuatro lotes sin los requisitos de procedimiento vigentes.

1.5.2. Porque no se cumplía los requisitos legales en lo que a tamaño de las parcelas resultantes de la parcelación establecían las normas vigentes.

2. Fallo:

Declarando infundada la demanda.

—Con fecha 13-8-71 se notifica con cédula bajo cargo la sentencia al Procurador, la DGRA y Huando S. A.

—Con fecha 20-8-71 Huando interpone recurso de apelación contra la sentencia de 12-8-71, en los siguientes fundamentos:

1. Causales de nulidad en que incurre la sentencia apelada:

1.1. Frustración de defensa oral no decretada por el Juez a pesar de haber sido pedida con anterioridad y ordenado tener presente oportunamente por el Juzgado: art. 1085º inc. 13º del Código de Procedimientos Civiles.

1.2. Vicios de prueba: hay expedientes que no fueron ofrecidos ni actuados de oficio y que fueron "tenidos a la vista al sentenciar": art. 1085º inc. 6º del Código de Procedimientos Civiles.

1.3. Se estima que es juicio de puro derecho cuando dicha connotación la da la litis contestatio y no el juez. Además, el art. 1º del D. L. 18833 habla de "pruebas": art. 1085 inc. 13º del Código de Procedimientos Civiles.

1.4. El Juzgado no puede estimar que una prueba admitida en juicio es irrelevante para mejor resolver sin actuarla: art. 1085º inc. 5º y 6º del Código de Procedimientos Civiles y 3º acápite del art. 1º del D. L. 18833.

1.5. Resolución sobre asuntos que no son del litigio: se hace una larga exposición sobre la nulidad de la R. D. 031/69/DZ cuando la causa versa sobre la nulidad de la R.D. 098/71/DGRA-AR: art. 1085 inc. 9º del Código de Procedimientos Civiles.

2. Fundamentos de la apelación:

2.1. Art. 228º de la Constitución:

2.1.1. No puede admitirse que una norma valga por su propio enunciado sino por su ubicación sistemática.

2.1.2. Aunque los actos administrativos son en general revocables, hay algunos que no lo son: los que declaran derechos y los de los órganos administrativos con jurisdicción.

2.2. La DGRA era órgano incompetente para resolver:

2.2.1. Como reconoce el juzgador: la DGRA era absolutamente incompetente para resolver porque no pudo conocer el expediente ni en vía de apelación ni de oficio.

2.2.2. Respecto al art. 112º del D. S. 006-67-JC la sentencia confunde "disposiciones de orden público" con el "interés público", conceptos que no pueden ser equiparables.

Dice el recurso textualmente al respecto: "Por agravio al interés público debe y sólo puede entenderse la afectación de un bien o de un derecho del Estado, que representa y encarna a la sociedad en su conjunto. Es la usurpación, la violación o el perjuicio para la "cosa pública" (res pública) en contraposición con la "cosa privada" (res privada)".

3. En consecuencia, se solicita al Tribunal Agrario declare la nulidad de la Sentencia de Primera Instancia y, en su defecto, la revoque.

—Con fecha 20-8-71 el Juzgado resuelve conceder la apelación en ambos efectos.

—Con fecha 10-9-71 el Fiscal emite dictamen sobre el proceso en los siguientes términos:

1. Errores de fondo de la sentencia:

1.1. Desconoce el principio de garantía procesal:

1.1.1. La R. D. 031/69/DZ había quedado consentida y terceros contrataron con confianza en ello. Admitir que puede anularse dicha resolución es perjudicar derechos de terceros y crear el desorden dentro del orden.

1.1.2. La sentencia se basa en el art. 112º del D. S. 006-67-SC. Es verdad que la norma es oscura pero, entonces, debe recurrirse a la supletoria y ésta es el art. 228º de la Constitución. La DGRA dice que no se aplica por estar bajo el título de Poder Judicial. Sin embargo cabe recordar que el art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil señala que los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios generales de derecho.

1.1.3. Hay lesión del interés público cuando se afecta a toda la colectividad y no a parte de ella.

1.2. La sentencia rompe el principio de jerarquía de las leyes.
En efecto, la sentencia da preferencia al D. S. 006-67-JC sobre la Ley de Reforma Agraria y Reglamentos. (Se prefiere no abundar sobre el punto según el mismo dictamen).

1.3. La sentencia desconoce la ley.
Según el art. 1º del D. S. 006-67-JC y la disposición final de la Ley 17716, el procedimiento se debía regir por normas especiales y sólo en su defecto por el Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. En Reforma Agraria hay normas especiales de procedimiento.

1.4. Principio de suyo grave para la Reforma Agraria.
El art. 60 del D. L. 17716 establece la irreversibilidad del procedimiento de afectación o de expropiación y la sentencia contraviene dicho principio.

2. Errores de procedimiento.

2.1. El proceso de impugnación no es de puro derecho.

Lo dice textualmente el D. L. 18833; lo acepta el juez al aceptar pruebas y, además, tal calificación debe hacerse luego de la réplica y/o dúplica, cuando el juez aprecia la naturaleza de la causa. Además, el juez no puede calificar de irrelevantes pruebas que no conoce.

2.2. La sentencia se pronuncia sobre hechos no controvertidos. No está en discusión la R. D. 031/69/DZ: art. 1074º inc. 1º del Código de Procedimientos Civiles.

2.3. La sentencia no se apoya en el mérito del proceso:

2.3.1. El juez aplica de oficio el art. 112º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos olvidando que esa facultad es para usarse sólo en favor de campesinos.

2.3.2. El argumento del art. 112º del Reglamento de Normas Generales de Proce-

dimjentos Administrativos, aparece del escrito de la DGRA en este proceso y no de la R. D. impugnada (art. 1974º inc. 3º del Código de Procedimientos Civiles).

2.4. Actuación de pruebas sin citación de parte. Se ha tenido a la vista pruebas ni ofrecidas ni solicitadas de oficio (art. 1085º inc. 6º el Código de Procedimientos Civiles).

Por tanto, opina por la nulidad e insubsistencia de la sentencia recurrida.

—Con fecha 19-10-71 el Tribunal Agrario pronuncia sentencia en los siguientes términos:

1. Considerando:

1.1. Que la falta de informe oral no causa indefensión ni tiene como pena la nulidad por lo que no es aplicable el art. 1085º inc. 13º del Código de Procedimientos Civiles.

1.2. Que el que se haya tenido a la vista los expedientes acumulados seguidos por los compradores de parcelas sin ser ofrecidos u ordenados de oficio en calidad de prueba no perjudica a Huando por lo que es aplicable el tercer párrafo del art. 166º del D. L. 17716 (Texto Unico Concordado).

1.3. Que el juzgador está autorizado para prescindir al sentenciar de pruebas instrumentales ofrecidas y admitidas si considera que no son imprescindibles y si ha hecho las gestiones necesarias para obtenerlas, máxime si tiene plazos para administrar justicia y si las pruebas no actuadas son ajenas al caso.

1.4. Que no se ha tramitado el expediente como de puro derecho sino de acuerdo al D. L. 18833.

1.5. Que la parte resolutiva de la sentencia se pronuncia sólo sobre la validez de la R.D. 098/71/DGRA-AR que es materia de este proceso.

1.6. Que el art. 112º del Reglamento de Normas Generales de Procedimientos Administrativos es un principio general de Derecho Administrativo que no puede desconocer ninguna ley o reglamento especial porque el acto administrativo con vicio de nulidad no puede convalidarse ni por falta de recurso ni por transcurso del tiempo.

1.7. Que los conceptos de "interés público", "utilidad pública" y "necesidad pública" responden a imperativos de justicia y a exigencias socio-económicas de la sociedad donde se aplican.

1.8. Que de los artículos 1º y 2º del Decreto Ley 17716 se desprende que la Reforma Agraria persigue la justicia social en el campo y forma parte de la política nacional de desarrollo, lo que interesa a toda la colectividad y no sólo a un sector o grupo y por tanto la parcelación de cualquier fundo es acto de interés general por lo que la violación de las normas de Reforma Agraria causan manifiesto agravio al Interés público.

1.9. Que la R. D. 098/71/DGRA-AR no dispone la inscripción de nulidad de parcelación en los Registros Públicos.

2. Confirmaron la apelada.

—Con fecha 25-10-71, por orden del Presidente del Tribunal Agrario, el relator-secretario devuelve los autos al Juez de Tierras que conoció en Primera Instancia.

—Con fecha 25-10-71 el Juez de Tierras decreta: "Por devueltos, cúmplase lo ejecutoriado".

En efecto, la sentencia de preferencia al D.

Néstor Pedro Sagüés

ACERCA DE LA UNIDAD DEL MUNDO POLITICO Y DEL MUNDO JURIDICO

1. **Introducción.** Una de las creencias más pacíficamente aceptadas por la cultura contemporánea, consiste en la separación del mundo político, del mundo jurídico. A nivel universitario, en la praxis política y aun para el hombre medio, tal punto de vista no merece mayor discusión. Se admite así que determinados fenómenos son políticos; y otros, en cambio, jurídicos. En cualquier caso, el estudioso podría distinguir cuándo un suceso reviste un carácter, y cuándo otro.

Tal creencia produce una serie de secuelas de evidente interés. No solamente el mundo jurídico y el político serían distintos, sino que **deben,** forzosamente, diferenciarse: por ejemplo, se juzga que al jurista no le corresponde actuar como político, cuando se desempeña como hombre de derecho. Los razonamientos jurídicos debieran por tanto ser impermeables a las tentaciones políticas (y si cayeran en pecado, en la medida que el mundo jurídico se tiñera de político, dejaría proporcionalmente de ser derecho). A su vez, quien hace política aprecia muchas veces la tarea jurídica como oficio burocrático y molesto, enemigo quizá del rápido desenvolvimiento de una ideología. Aquí, en el mundo político, lo jurídico puede ser visto entonces como algo potencialmente nocivo, rara mezcla de legalismo, formulismo y burocracia judicial. No todas las corrientes políticas contemporáneas, por ejemplo, admitirían como razonable (y aun como justo) que sus líderes o activistas fueran más "juristas" que "políticos".

En el campo normativo, la distinción entre política y derecho es hasta algunas veces exigida: en ciertos estados, las organizaciones sindicales pueden actuar jurídicamente, pero no inmiscuirse en materia política. Algo parecido ocurre con asociaciones de bien público, fundaciones o patrimonios. La subsistencia de tales personas jurídicas se condiciona, por ende, a su previa esterilización política.

Sintetizando, la creencia de la distinción entre el mundo político y el jurídico parte del supuesto que determinados sucesos son de naturaleza política, y otros, distintos a los anteriores, de naturaleza jurídica. Consecuentemente, el hombre podrá actuar jurídicamente en determinado momento, y políticamente en otro. Legal o fácticamente, en ciertos casos se le exige aún que aniquile su dimensión política, o la jurídica.

2. **Replanteo del problema.** En realidad, la creencia indicada nunca ha ofrecido una justificación del todo convincente. Hoy, otros factores la tornan más vulnerable e insinúan, en cambio, la afirmación de la teoría opuesta; es decir, la coincidencia del fenómeno político y del fenómeno jurídico.

Veamos una crítica "permanente" a la creencia distintiva. En el proceso gubernativo, ¿cuándo concluye la actividad política, y cuándo comienza la jurídica? ¿El gobernante que sanciona una norma, realiza un acto político, uno jurídico o uno mixto? Al estructurar el Estado u ordenar la Sociedad, el acto parece político; mas nadie negaría que la actividad legislativa afecta igualmente al mundo jurídico. Una sentencia, en otro orden de ideas, implica también un acto jurídico, pero efectiviza al mismo tiempo la voluntad de un legislador (sujeto político), explicitada en una norma. Por lo demás, numerosos actos jurídicos (compraventas, pagos, donaciones, testamentos), pueden verificarse por cuanto una legislación impregnada de principios ideológicos políticos (libre concurrencia, abstención estatal, liberalismo o— dirigismo—), así lo permite. Infinitos actos jurídicos, en resumen, serían tributarios del "techo" político existente en una comunidad.

En la actualidad, la duda tiende a agravarse, sustancialmente por dos motivos. En primer lugar, ha existido ya una seria reconsideración sobre lo que es

"derecho", o mejor dicho, "mundo jurídico". Sobre todo, una visión trialista del problema jurídico (conceptuado entonces en una triple dimensión: realidad, norma, valores) aporta una percepción **completa** de los fenómenos de derecho (1). El panorama así se enriquece, toma coherencia y, al fin, puede apreciarse satisfactoria e inteligiblemente: lo jurídico no es más una colección de frases legales, ni una simple serie de hechos desordenados, indiferentes al valor justicia. Claro está que esta apertura del escenario jurídico, puede llevar a cuestionar la independencia de los fenómenos políticos y jurídicos.

Porque también el mundo político es conceptuado ahora trialistamente. Lo político incluye hechos, normas que a ellas se refieren y valores que meritúan (2). Así como el problema jurídico dejó de ser una "cuestión de normas", exclusivamente, el problema político ha superado también su calificación de "cuestión de hechos". No es de extrañar entonces, que se tienda a una mutua compenetración entre ambos fenómenos. Compenetración naturalmente discutible, polémica, incierta, pero no necesariamente descartable.

Debe agregarse otra nota importante al tema: el mundo político no crece solamente con una conceptuación trialista del mismo. A todas luces, ha aumentado también anteriormente, en cuanto la noción de "hecho político". Otrora, política equivalía a Estado. Ahora, los límites del hecho político carecen de precisión, porque política equivale a poder.

Más que justificarse, se exige entonces el replanteo del problema mundo jurídico-mundo político. Particularmente, hemos abordado el tema en el pasado período lectivo (3) y hoy lo presentamos apretadamente, como anticipo de una investigación más detallada. Parece preferible estudiarlo trialistamente; es decir, cuestionar la distinción entre el hecho jurídico y el hecho político; entre la norma jurídica y la norma política; y entre los valores políticos y los valores jurídicos.

3. **Hecho jurídico y hecho político.** Probablemente, la discusión que existe respecto a cuándo un acontecimiento merece ser calificado como jurídico (es decir, cuando configure material jurídico), sea tan intensa como la relativa a la determinación del hecho político.

Así como en política, las disciplinas jurídicas amplían el concepto de "mundo jurídico". Admitido que el derecho no tiene como único material de estudio a la norma, Enrique Aftalión explica que el derecho "considera a todas las acciones humanas", abarcando el acto humano en su aspecto externo o interno. Lo jurídico aparece aquí como **conducta en su interferencia intersubjetiva** ("el derecho no es norma, sino conducta normada"); por ende, "el Derecho es coetáneo con el nombre: el grupo humano más primitivo tenía también su derecho (4).

En la concepción trialista del mundo jurídico, Werner Goldschmidt enuncia tres elementos claves, designados brevemente con los términos conducta, norma y justicia. Las conductas que interesan al fenómeno jurídico, implican repartos de potencia e impotencia. Explicitando aún más esta posición, el citado jurista indica que "Encontramos en el mundo innumerables **adjudicaciones** de potencia e impotencia"; pero para que ellas pasen a ingresar al ámbito jurídico, deben referirse o relacionarse con los seres humanos. Específicamente, existirían dos tipos de adjudicaciones claves: las que promueven o realizan los hombres (denominadas **repartos**), y las realizadas por fuerzas extrahumanas **(distribuciones).** Estas también interesan al mundo jurídico (si se aplican sobre hombres y provocan o se relacionan con repartos).

1. V. al respecto GOLDSCHMIDT Werner, *Introducción al Derecho*, 3ª ed., (Buenos Aires 1967), ed. Depalma, pág. 7 y sigts., 28 y sigts.
2. Por ejemplo, V. BIDART CAMPOS Germán J., *La estructura tridimensional del estado*, en Revista de Estudios Políticos (Madrid 1966), Nº 149, pág. 5 y sigts.; SAGUES Néstor Pedro, *En torno a la legitimación del poder y de sus órganos*, en Jurisprudencia Argentina (Buenos Aires 1971), secc. doctrina, pág. 661 y sigts.
3. El primer trimestre del curso 1972 de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la P. U. C. A., se dedicó especialmente al problema de las conexiones entre el mundo político, el jurídico y el económico. En esa oportunidad, los temas fueron debatidos y las conclusiones publicadas. También se practicó una encuesta final sobre la cuestión. La tesis discutida fue, esquemáticamente, la siguiente: a) el mundo político. El fenómeno político como fenómeno de control; b) el fenómeno político, secuencia del fenómeno psicosocial, económico, cultural, etc., precedente; c) la conjugancia del fenómeno jurídico-político.
4. AFTALION Enrique R.; GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA José, *Introducción al Derecho*, 5ª ed., (Buenos Aires 1956), ed. El Ateneo, T. I págs., 61, 162; T. II, págs., 291/2.

Un esquema como el indicado (adjudicaciones, repartos, distribuciones), inyecta a todas luces un material insospechado para las disciplinas jurídicas. El mismo Werner Goldschmidt apunta que "todas las conductas humanas dentro de la sociedad puedan ser consideradas desde el punto de vista del reparto", aun cuando, naturalmente, la dimensión jurídica no es la única del hombre (5). Evidentemente, existe una faceta social en el mundo jurídico; y en ella se integran repartos y distribuciones; claro está que hablar de adjudicaciones de potencias e impotencias, implica un sugestivo contacto con los hechos políticos, puesto que en ellos, precisamente, es donde se condensa el ordenar, transar, aceptar, obedecer, pactar u otorgar.

En el campo político se ha registrado y desde hace tiempo, una positiva evolución. Muy esquemáticamente, los pasos dados fueron los siguientes: a) la ecuación **política** = **Estado** reduce los hechos políticos a aquellos sucesos referidos, directa o indirectamente, con la organización estatal. Teoría Política y Teoría del Estado coinciden pues en esta posición. b) sigue a la anterior otra fórmula: **política = organización política.** Aquí el hecho político alude al Estado, pero también a organizaciones pre y (en su caso), post estatales. Obviamente, ello implica una ampliación del visor político. c) la ecuación **política** = **ordenación de la sociedad** suministra todavía un material más amplio, como de interés para el mundo político. En efecto, si bien la ordenación comunitaria se practica a nivel de organización política (actualmente estatal), esta posición entreabre la posibilidad de sumar hechos de ordenación social no necesariamente estatales. d) la tesis **política = poder** abre ya, decididamente, las compuertas del mundo político. Si es el problema del poder el eje de los hechos políticos, existirán hechos políticos estatales, pre y post estatales, y hechos políticos no estatales (del jefe de familia, del dirigente sindical, del rector de un colegio, etc. Surge así una "política familiar", otra universitaria, otra sindical. otra deportiva, etc.). Finalmente, e) la tesis **política = fenómeno de control** desemboca en la politización total de los hechos humanos: detectada la influencia de alguien sobre otro, allí habría un hecho político. George Gordon Catlin da el paso último: el político debe considerar los fenómenos de control de las voluntades humanas e incluso animales (v.gr., indicios de totalitarismo en las hormigas, de anarquía en las golondrinas, etc.) (6).

Corresponde ahora registrar las concordancias entre las transformaciones operadas en las disciplinas jurídicas y políticas. Desde que el hecho jurídico ha sido conceptuado como fenómeno de conducta, y el político como de poder e influencia (y ello involucra, necesariamente, conducta también), la delimitación de ellos se torna dificultosa. Por el contrario, ambas posiciones sugieren, más que una disyunción, una coincidencia.

4. **Norma jurídica y norma política.** Tradicionalmente, el estudio y análisis del campo normativo ha sido objeto de las disciplinas jurídicas. Redactar, interpretar, integrar o aplicar normas parece función de derecho, a la que el político es (o debiera ser) ajeno.

No obstante, el problema dista de ser tan simple y su respuesta, tan concluyente. Un nudo todavía no deshecho, es el del origen de la norma. Otro, el de su contenido. En efecto, la imagen del legislador-jurista, y la del legislador-político se han superpuesto y enfrentado ininterrumpidamente en la concepción diferenciatoria del mundo jurídico y del mundo político. Porque sin discusión, el legislador desempeña un rol político al dictar la norma (sea porque tal acto se refiere al Estado, porque implica un acto de ordenación de la sociedad, o por reflejar un fenómeno de poder y de influencia). También cumple un papel jurídico, dado que la norma constituye un ingrediente importante en el mundo del derecho. ¿Es, en síntesis, la norma emanada de los órganos estatales, un material jurídico o político?

El "contenido" de la norma (permítasenos esa discutible expresión), acarreaba la misma duda. En el lenguaje vulgar, ciertas normas (leyes, decretos o reglamentaciones), han sido calificadas como "políticas", presuntamente opuestas a otras políticamente

5. GOLDSCHMIDT Werner, op. cit., págs., 7, 9, 43, 44, 47.

6. V. por ejemplo, sobre estas distintas posiciones: POSADA Adolfo, *Tratado de Derecho Político*, 5ª ed., (Madrid 1935), Librería de Victoriano Suárez, T. I pág., 17 y sigts.; CONDE Francisco Javier, *Introducción al Derecho Político actual* (Madrid 1953) pág., 295 y sigts.; SANCHEZ AGESTA Luis, *Lecciones de derecho político* (Granada 1959), 6ª ed., págs., 15, 60 y 21; BURDEAU Georges, *Método de la ciencia política*, (Buenos Aires 1964), ed. Depalma, págs. 65/6; CATLIN George E. G., *"La teoría de la política"*, (Madrid 1962), Instituto de Estudios Políticos, págs. 29/30.

esterilizadas (piénsese, v.gr., la distinta valoración de una ley que declara el estado de sitio, y los artículos del código de comercio relativos a la forma del endoso en las letras de cambio). En realidad, esa distinta apreciación es relativa, y aun ficticia. Hace política quien interviene a una provincia, pero también regula el desenvolvimiento de las relaciones patrimoniales dentro de un Estado (disponiendo la forma de los testamentos, o los efectos de una compraventa). En cualquiera de estos casos se ordena la sociedad, se influye en las conductas.

Por supuesto, el replanteo de la cuestión obliga a precisar en qué consiste el campo normativo, dentro del mundo jurídico. Werner Goldschmidt advierte que las normas (y también los imperativos) captan lógicamente los repartos de potencia e impotencia; aluden, por tanto, a los repartos autónomos como a los autoritarios. Existen normas generales e individuales (ejemplo de las últimas sería una sentencia judicial). La relación entre conducta y norma es aquí evidente, y lo es también en el pensamiento egológico (la norma concebida como concepto acerca de conductas) (7).

Particularmente, interesa destacar ahora que dentro de las diversas concepciones que puedan manejarse sobre la normatividad (ya sea entreviendo lo normativo como ordenanza, como descripción de repartos o concepto sobre conductas), lo político no puede resultarle ajeno. Si la norma se refiere a la conducta humana —proponiendo, exigiendo, describiendo o aludiendo a ella— también se injerta, propia y específicamente, en el mundo político, que es el mundo del poder, influencia o contralor de unos seres humanos sobre otros.

5. **Valores jurídicos y valores políticos.** Uno de los más insinuantes aspectos del problema aquí considerado, es el de la coincidencia entre los valores jurídicos y políticos. Cuando, por ejemplo, Jean Dabin anuncia los elementos formales del bien común (fin tradicional del estado, dentro de la concepción cristiana), principia por el orden y la paz, conforme a una institución de justicia y a la regla de derecho. Enrique Aftalión, al comentar el pensamiento axiológico-jurídico de la escuela egológica, cita a su vez como valores los siguientes: orden, seguridad, poder, paz, cooperación, solidaridad y Justicia. Por lo demás, y en mérito a la brevedad, es fácil constatar la identidad del valor Justicia (clásicamente estimado como clave), en cuanto al mundo político y el jurídico (8).

Nada de esto debe causar el menor asombro: quien admita que el problema de los valores integra la materia jurídica, como también la política, forzosamente concluirá que normas y conductas deberán responder a criterios de justicia, y apuntar hacia un orden pacífico, solidario y aun seguro. En tal tasitura, resultaría absurdo pregonar como valores finales lo injusto, el egoísmo o la violencia como **modus vivendi** permanente.

Pareciera innecesario ejemplificar el párrafo precedente. Los actos políticos (de gobernantes hacia gobernados, de particulares entre sí, de acuerdo a la visión amplia del mundo político señalada más arriba), son, como actos humanos, estimados justos o injustos, adecuados o no para generar orden y paz. Esa tarea de valoración sobre el material político puede darse entonces, en cualquiera de las escalas o tramos del mundo político: a nivel de la política estatal, sindical, universitaria, etc. Del mismo modo, los repartos denominados jurídicos se prestan al mismo trabajo: leyes, contratos, órdenes, etc., son pasibles de catalogar como justos e injustos.

En síntesis: **prima facie,** no surge incompatibilidad u oposición entre los fines o valores llamados jurídicos, y los políticos. Por el contrario, y por lo menos, cabe constatar una complementación obligada de los mismos. Un análisis más audaz puede anticipar la coincidencia esencial entre ellos: la justicia que debe inspirar al jurista en su trabajo, es la misma justicia que valora el acto de poder. El orden y la paz que animan al hombre de derecho, son también el orden y la paz que deben inspirar al político; por sobre las naturales diferencias de aplicación y detalle, emerge la identidad básica del plexo de valores jurídico-políticos.

7. GOLDSCHMIDT Werner, op. cit., págs. 167/9 y 189; AFTALION Enrique, GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA José, op. cit., T. I pág. 125 y sigts.

8. DABIN Jean, *Doctrina General del Estado* (México 1955), ed. Jus, pág., 46 y sigts.; BIDART CAMPOS Germán J., *Filosofía del derecho constitucional* (Buenos Aires 1969), ed. Ediar, págs. 255, 263 y sigts.; AFTALION Enrique, GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA José, op. cit., T. I pág. 196.

6. **Consideraciones finales.** Un replanteo de las relaciones entre el mundo jurídico y el mundo político, obliga a apreciar seriamente la serie de factores anímicos que rodea al problema; y a advertir las profundas secuencias que surgen de las actuales concepciones sobre el fenómeno jurídico y el político.

a) Parece conveniente insistir en una cuestión, que no por ser vieja, deja de resultar importante ahora: es la incomprensión —y aun menosprecio— que mutuamente se profesan juristas y politólogos. Interesa detenerse, al menos por breves instantes, en esta particular situación.

Comencemos por la llamada "repulsa de la política". Fuera de lo anecdótico o pintoresco, nadie podrá negar que el oficio político conlleva una dosis de suspicacia, desconfianza, aprehensión y hasta desvalorización para ciertos sectores de la comunidad. Para muchos, la política (y sobre todo, la praxis política), involucra una tarea éticamente cenagosa, donde naufragan los buenos más entrenados. Aparte, constituiría un trabajo peligroso y violento. Quien hace política, o quien confiesa ser político, no deja de repetir, en el subconsciente de algunos, la indefinida imagen de un Maquiavelo, en el mejor de los casos, algo domesticado.

Hace poco, José Luis Aranguren ha analizado con singular agudeza este hecho. Paradojalmente, observa, coexiste una repulsa burguesa, y otra anarco-sindicalista al mundo político. La repulsa burguesa estima que la abstención política es un imperativo de su moral: elio supone que el hombre puede amputarse políticamente, y que "se puede preservar mucho más fácilmente la pureza moral en la vida privada que en la vida pública". En último caso, si alguien habrá de hacer política (como "mal necesario"), la solución para la moralina burguesa estriba en subvencionar, por necesidad también, "a la casta venal de los inmorales políticos". Por su parte, el rechazo anarco-sindicalista ve en la política "un mal en sí": por ello se apunta a la destrucción de lo político (el Estado), y el reemplazo de las tácticas políticas tradicionales por otras vías: la denominada **acción directa** (terrorismo, huelga revolucionaria), la abstención del voto, o la actuación de sindicatos en el escenario del poder (9). Liberalismo y anarco-sindicalismo, en síntesis, desconfían del aparato estatal y del mundo político que lo acompaña.

También todo lo jurídico acarrea, en determinados ambientes, una repulsa paralela. Las clásicas críticas de Julius H. Von Kirchmann conservan plena actualidad: "La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aun cuando tienen el derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos". Disciplina orgullosa, inadaptada y estacionaria, tributaria de una ley positiva arbitraria, rígida y abstracta, llena de lagunas y circunloquios, con erudiciones artificiales y distingos farisaicos, concluye, para Von Kirchmann, convirtiéndose alguna vez "en un artículo de lujo reservado a los ricos". Conviene remarcar que la desconfianza hacia lo jurídico desemboca igualmente en su negación; así como el marxismo preconizó la desaparición del Estado, Pashukanis —jurista soviético— postula en la década del veinte la desaparición del derecho (10).

Fácticamente, la negación de lo jurídico, o la negación de lo político (ya a nivel consciente, ya en el plano subconsciente), es un dato todavía permanente en sectores de la sociedad. Negación que se manifiesta en distintos grados e intensidad: desconfianza, abstención, crítica moderada o repulsa total. Claro está que mientras esta situación subsista, la posibilidad de analizar objetivamente las relaciones entre el mundo jurídico y el mundo político, jamás podrá fructificar válidamente. Juristas y políticos, incomprendidos entre sí, rara vez aceptarán reconocer sus comunes denominadores, y menos admitir que puedan cumplir esencialmente un papel análogo.

Por todo ello, el planteo de las conexiones entre política y derecho, **exige** un supuesto previo: la revalorización del mundo político y del mundo jurídico. Impactada por los vicios de algunos, la comunidad rechaza muchas veces el fenómeno del derecho y del poder. No obstante, esa misma comunidad admite que derecho y política son dos ingredientes propios del hombre, cuyo cercenamiento, de ser posible, resulta

9. ARANGUREN José Luis L., *Etica y Política* (Madrid 1968), ed. Guadarrama, pág. 83 y sigts.

10. VON KIRCHMANN Julius H., *La jurisprudencia no es ciencia* (Madrid 1961), Instituto de Estudios Políticos, págs. 31, 77, 41 y sigts.; CONDE Remigio, *Sociedad, estado y derecho en la filosofía marxista* (Madrid 1968), ed., Cuadernos para el diálogo. págs. 34/5.

antinatural. Además, cabe entrever que derecho y política constituyen fenómenos que no están reservados a algunos seres especiales; también "hace" derecho quien adquiere un boleto de ómnibus, y política (política familiar), el padre que aconseja a su hijo. Por último, debe recordarse que como tareas humanas que son, el quehacer jurídico-político puede resultar desvalioso (cuando vulnera pautas de justicia), o altamente valioso (cuando los repartos contribuyen a efectivizar justicia, a proporcionar paz y orden).

Puede, pues, insistirse en esta faceta del problema: solamente a través de actos jurídico-políticos podrá llegarse a un régimen de justicia, porque solamente a través de repartos, y a fenómenos de mutua influencia humana, el hombre —ser social— se realiza dignamente. En resumen: si Enrique Aftalión subraya la "eminente dignidad científica del saber de los juristas", Celso Lafer se detiene igualmente en "la dignidad de la política" (11). De removerse los mutuos prejuicios que empañan la imagen del derecho y de la política, la constatación de las coincidencias será posiblemente inmediata y espontánea.

b) Inadvertidamente, juristas y politólogos han arribado a conclusiones muy similares. Habitualmente incomunicados, y sin percibir las transformaciones que paralelamente se han producido en las dos disciplinas, se encuentran de improviso casi en el mismo riel.

Como ya se señaló más arriba, la delimitación del hecho humano jurídico, del hecho humano político, parece cada vez más difícil. El hombre es, naturalmente, ser jurídico **y** ser político. En el plano de las realidades, el derecho se ocupa de la conducta; la política también. Ahora bien: cuando en ese tramo social el fenómeno jurídico se radica en las conductas, esa "explosión" de lo jurídico promueve consecuencias no previstas, pero ciertas. Algo parecido ocurre cuando el fenómeno político, igualmente en el orden de las realidades, se cifra en el acto de control (o de influencia). De ahí que el hecho jurídico y el político puedan coincidir.

Algo parecido ha ocurrido con el rescate de la dimensión axiológica. Cuando el derecho era norma, y la política acción, tal raquitismo conceptual podía dar pie a alguna distinción. Si el derecho es conducta, como la política, la diferenciación tiende a diluirse. Pero si esa conducta y ese actuar jurídico-político utilizan al mismo patrón valorativo fundamental (la justicia), la coincidencia cobra más cuerpo. Política y derecho, efectivamente, son valorados por la misma justicia (no por dos o más justicias).

7. **Recapitulación.** El replanteo de las relaciones mundo jurídico-mundo político, no puede resolverse en las líneas precedentes. Exige un trato profundo y completo, razón por la que aquí solamente se ha presentado parte de la problemática, como introducción a un estudio más aproximado al tema. Naturalmente, **todo dependerá del concepto de política, y del concepto de mundo jurídico** que utilice el investigador.

No se ha tratado en este trabajo de las conexiones entre derecho y Estado, sino entre el mundo jurídico y el político. Frente a las tres posiciones más definidas que pueden presentarse (separación absoluta, interrelación o identidad), la primera puede darse por excluida. La segunda, a su vez, es la corrientemente más aceptada. La tercera (o sea, la coincidencia entre ambos mundos, o del fenómeno jurídico-político), merece ser considerada, y es de interés. Por cierto, una nueva radiografía del sector jurídico, y otra también nueva del campo político, pueden, como en el caso de los seres humanos, aportar nuevos datos sobre el crecimiento y la evolución de ambos. Inclusive, llegar a advertir que el cuerpo estudiado es el mismo, si bien los radiólogos han sido distintos.

11. LAFER Celso, *De la dignidad de la política*, en Plural (México, 1973), vol. II. Nº 5, pág. 16 y sigts.; AFTALION Enrique, GARCIA OLANO Fernando y VILANOVA José, op. cit., T. I pág. 73.

David Sobrevilla Alcázar

LA INFLUENCIA DE KELSEN EN EL PERU
Una revisión crítica

A la gran memoria de Hans Kelsen (1881-1973)

I

Hans Kelsen es, sin duda alguna, el filósofo del derecho más notable de nuestra época. Al igual que Hegel en la filosofía o Wagner en la música, ha determinado a toda su posteridad. Luego de la Teoría Pura del Derecho se puede estar **a favor** o **en contra** de Kelsen, pero es necesario partir **desde** él. Es por esto que un estudio de la influencia de Kelsen es tan importante: porque él es una piedra de toque, dicho estudio nos puede proporcionar una medida para apreciar la madurez de un pensamiento jusfilosófico.

El presente trabajo es una reseña crítica, esto es, que ha operado con un cierto criterio selectivo y no aspira a ninguna exhaustividad, y que por el propósito que lo guía toma distancia del tratamiento de la Teoría Pura del Derecho que en cada caso se haya hecho. El autor quiere dejar expresa constancia de que pese a su admiración por Kelsen no comparte su doctrina. Las razones no las puede indicar acá.

En lo tocante al procedimiento de trabajo, el autor ha rastreado los ficheros de las Universidades de San Marcos y de la Universidad Católica. Desgraciadamente, ha debido comprobar que en la primera de ellas se han extraviado muchas tesis y por las dificultades provenientes de la reinstalación de la Biblioteca Central no ha podido consultar dos disertaciones (1).

Acá quisiera agradecer muy especialmente a los Dres. Domingo García Belaunde y José Hurtado Pozo por la ayuda que le han prestado para componer este artículo, y al Consejo Editorial de "Derecho" por su acogida. Exponemos a continuación la influencia de Kelsen en el Perú y extraemos seguidamente las conclusiones de la reseña.

II

La influencia de Kelsen en el Perú

Riva-Agüero parece haber sido el primero en referirse a Kelsen en el Perú en un trabajo del año 1936 "Dos recientes opúsculos de Jorge del Vecchio" publicado en la "Revista del Foro" Organo del Colegio de Abogados de Lima, del que por entonces era Decano (p. 368-369). Allí menciona la identificación kelseniana entre Derecho y Estado, la negación de la diferencia entre el Derecho interno y el internacional y la subordinación de este a aquél (lo que, afirma, es socavar la plena sobernaía de las naciones) y que Kelsen excluye que fuera del positivo exista algún otro derecho, y contrapone su posición a la de Del Vecchio (p. 369). Riva-Agüero no cita a Kelsen, de modo que es probable que únicamente lo conociera por una fuente intermedia, quizás a través de Recasens Siches, a quien menciona.

En la tercera parte de "La crisis presente" (Lima, 1940), V. A. Belaunde hace una ligera referencia a Kelsen al exponer su propia concepción del Estado. Este es, según Belaunde, una compleja realidad ético-jurídico-económica que concuerda con la teoría realista del conocimiento. En cambio, se opondrían a ésta tanto el demo-liberalismo como el socialismo; aún más: sería incompatibles con el relativismo críti-

1. SANCHEZ URTEAGA, Moisés (en un repertorio bibliográfico de las tesis presentadas a la ex-Facultad de Derecho de San Marcos hasta 1944 figura como José). El positivismo jurídico y la Teoría Pura del Derecho del Prof. Kelsen, 1939.
RIVADENEYRA BEDOYA, Jorge, Kelsen y el Derecho Natural, 1953.
Tampoco hemos podido ubicar el siguiente trabajo:
EGUIGUREN, Luis Antonio, El Estado y la Teoría Pura del Derecho; Tip. Peruana; Lima, 1945; 36 p.

co, ya que negarían el mundo espiritual y apelarían a un sentido místico, que estaría orientado hacia utopías o reformas sociales consideradas como verdades o fines absolutos. Ahora bien, señala Belaunde, nuestra presentación del demoliberalismo difiere de la de Kelsen en su "Teoría general del Estado" (1925), que sostiene que este sistema no postula verdades o fines absolutos sino más bien un relativismo crítico, porque en él se respeta la voluntad de las minorías y existe la posibilidad de que se conviertan en mayorías. El, Belaunde, discrepa de esta posición: "La verdad es que el sutil alegato de Kelsen envuelve, sin quererlo, una cruel crítica del sistema de la hegemonía del sufragio, pues confirma que despoja a la vida social de toda cohesión y continuidad. El relativismo que elogia apoya nuestra tesis de que el subjetivismo revolucionario conduce a la variable soberanía del instante" (La crisis presente; Mercurio Peruano; Lima, 1940; p. 244). La referencia a Kelsen es tan marginal que no aprovecharía a nuestro trabajo discutirla, ya que al hacerlo tendríamos que cuestionar antes la concepción del Estado de Belaunde que su interpretación de Kelsen. En todo caso, no se ve bien por qué el sufragio haya de privar de cohesión y continuidad a la vida social, y cómo se pueda calificar a la decisión salida de él de subjetivismo revolucionario. La obra de Kelsen que procede de 1925 fue traducida por Legaz Lacambra y publicada en 1934 por la Editorial Labor. V. A. Belaunde debe haber conocido el Compendio publicado por la Editorial Bosch el mismo año —que no hemos encontrado—, pues la cita que trae no corresponde al original de la traducción de Legaz.

En 1948, Jorge Patrón Yrigoyen publicó el único libro que en el Perú se ha impreso sobre Kelsen "Crítica de la teoría pura del derecho" (Gil; Lima, 1948; 125 p.). El libro pretende no sólo exponer a Kelsen sino además, como su título indica, refutar la Teoría Pura del Derecho. El libro consta, además de un prefacio, de seis capítulos: I. Naturaleza y Derecho, II. La lógica del Derecho; III. La norma Jurídica; IV. La unidad del Derecho; V. El Estado; VI. El derecho Internacional. El autor reconoce haber empleado solamente la versión de la "Teoría Pura del Derecho" de 1934 en la traducción de Jorge G. Tejerina (Losada; Buenos Aires, 1946; 216 pág. La primera edición en castellano fue hecha el año 1941). Lo interesante del libro de Patrón Yrigoyen es que pretende ser una crítica marxista y dialéctica de Kelsen y oponerle una visión coherente del Derecho y del Estado. El problema del estudio consiste de un lado en la poca versación filosófica de su autor, que lo lleva a presentar a Kelsen como a un representante destacado de la fenomenología (p. 11), cuando es sobradamente conocido que procede del neokantismo; a afirmaciones inadmisibles, como que la lógica del deber ser es lógica matemática (p. 29-32), a una crítica de detalle y no del planteo íntegro y a hablar de una posición antidialéctica de la Teoría Pura apenas surge una oposición. De otro lado, la exigua bibliografía de Kelsen conocida por el autor, que en 1948 ya hubiera podido emplear "Sociedad y Naturaleza" traducida al español en 1945 y sobre todo la "Teoría General del Derecho y del Estado" aparecida en inglés el mismo año, lo conduce a realizar objeciones que en realidad Kelsen ya había resuelto anteriormente. Así, en el capítulo IIIº, Patrón Yrigoyen acusa a Kelsen de haber empobrecido el derecho al considerarlo como una simple regla coactiva, con lo que resulta que el mandato de un bandolero vendría a ser derecho (p. 44). Pues bien, en el libro de 1945 Kelsen señalaba claramente que el derecho es una técnica social que no sólo está caracterizada por ser una regla coactiva, sino por contener una motivación indirecta, una sanción socialmente organizada y un castigo. Que además la norma jurídica no es un mandato personal sino más bien anónimo y que por fuerza deriva de las condiciones en las que es formulado, lo que nos permite distinguirlo de la orden de un malhechor, la cual podrá estar acompañada de poder pero no es anónima y no proviene de quien está "facultado" para formularla (Teoría General del Derecho y del Estado; UNAM; México, 1969; p. 37). Por último, Patrón Yrigoyen no cumple con su pretensión de oponer a Kelsen una concepción coherente del derecho y del Estado, sino que se limita en los dos casos a afirmar que se trata de fenómenos de síntesis en los que incluye todo lo imaginable, de modo que al final no se sabe qué puedan ser (p. 49 y 108). Pese a todos estos defectos, el autor ha sabido calar en algunas de las grandes dificultades que plantea la Teoría Pura del Derecho, como por ejemplo en el problema de la norma básica y la primera Constitución (p. 66-72), en el de la relación entre el derecho nacional y el internacional (p. 115-118) o en la desatención de lo social por parte de Kelsen (diferente **loci**).

En 1950, Carlos Fernández Sessarego —que había estudiado con Recasens Siches en México— presentó

a la ex-Facultad de Derecho de San Marcos una de las tesis más valiosas que sobre filosofía del derecho se ha escrito en el Perú "Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho" (Lima, 1950; 194 p.). En su conclusión 18ª se refiere a la Teoría Pura: "Hans Kelsen es el creador de la Lógica Jurídica. Su Teoría Pura del Derecho en cuanto es un estudio de la estructura de la norma jurídica como objeto lógico-gnoseológico, como juicio imputativo de deber ser, representa la iniciación de una nueva era en la Filosofía del Derecho. El formidable descubrimiento kelseniano al hallar la estructura lógica adecuada al objeto de la ciencia jurídica —que es Lógica del debe ser— permite reemplazar la Lógica tradicional del ser con la cual se había venido pensando inadecuadamente el peculiar objeto del Derecho, y abre nuevos cauces a la ciencia jurídica. La Teoría Pura del Derecho vale como Lógica Jurídica" (p. 194). Esta interpretación de la Teoría Pura del Derecho como lógica jurídica, que Fernández Sessarego había tomado probablemente de Cossío (Cf. "La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad"; Losada; Buenos Aires, 1944; p. 147, obra que el autor cita en su tesis), es incorrecta como puede verse de la siguiente declaración de Kelsen en sus famosas conferencias en Buenos Aires, que son citadas en el trabajo de Fernández Sessarego: 'Lo que yo había calificado, a tuertas o a derechas, de teoría pura del Derecho, no se limita al examen de la estructura lógica de la regla de derecho, ni, por cierto, a un examen de la estructura lógica de las proposiciones que algo debe ser o debe ser hecho. Una tal disciplina, la lógica del deber ser, del pensamiento normativo, a justo título no podría presentarse como una teoría del Derecho. La Teoría Pura del Derecho se propone determinar el contenido específico de las reglas de derecho, comparadas con las otras leyes sociales; y definir sobre la base de una exacta formulación de la regla de derecho, las concepciones jurídicas, las nociones fundamentales de la ciencia del Derecho tales como: la sanción, la obligación, la responsabilidad, el derecho subjetivo y así sucesivamente. Esas nociones no son nociones lógicas; son nociones jurídicas y únicamente una teoría general del Derecho puede establecerlas" (Kelsen **en** Kelsen-Cossío, Problemas escogidos de la teoría pura del derecho; Teoría egológica y teoría pura; Kraft; Buenos Aires, 1952; p. 58). En 1952 apareció en "Mercurio Peruano" (Lima, 1952; p. 54-56) un breve trabajo de Fernández Sessarego "La Teoría pura del derecho como lógica jurídica formal", Ponencia presentada al Congreso de Juristas de Lima organizado por la Universidad de San Marcos en diciembre de 1951, que es una reelaboración del pasaje pertinente de la tesis. Ambos trabajos fueron después comentados elogiosamente por Cossío.

En el mismo Congreso Internacional mencionado, Luis Antonio Eguiguren presentó una comunicación sobre "La interpretación de la Ley" (Revista de Derecho y Ciencias Políticas; San Marcos; Lima, 1952; p. 637-651). Al comienzo de su trabajo, el autor se refiere a las ideas de Kelsen sobre la creación del derecho y en la conclusión 2ª toma partido contra ellas: "El juez no crea derecho..." (p. 652). Dado el carácter sumario de la comunicación, Eguiguren no ofrece mayores razones, como hubiera sido de desear, ya que este problema —el de la creación del derecho por el juez— es uno de los más controvertidos en el pensamiento de Kelsen, que no entiende la creación en el sentido usual de la formulación de una norma general sino en el de su individualización refiriéndola a un caso concreto.

En el Nº 3º de la "Revista del Foro" correspondiente a set-dic. de 1953, el Dr. José León Barandiarán realizó una presentación de "El movimiento jurídico europeo" (p. 421-430). Allí expone algunos de los conceptos fundamentales kelsenianos. Por la propia índole del trabajo no se formula en él ningún reparo.

En el Nº 278 de "El Derecho", Organo del Colegio de Abogados de Arequipa, correspondiente al primer semestre de 1955, Luis A. Huaco Zavalaga publica un artículo sobre "El Problema de la Justicia en la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen" (Arequipa, 1955; p. 116-123). Allí presenta algunas de las ideas de Kelsen sobre la relación entre la justicia y el derecho y termina pronunciándose en contra de este "conceptualismo de formas vacías y sin contenido" (p. 123).

En 1951, Francisco Miró Quesada sostuvo una ponencia sobre "La lógica del deber ser y su eliminabilidad" en el Congreso Internacional de Filosofía organizado por la Universidad de San Marcos con motivo de celebrar el cuatricentenario de su fundación (reproducida en "Derecho", 30, 1972; p. 153-159). La reelaboración y ampliación de esta ponencia lo llevaron a presentar su tesis de Bachiller en Derecho

ante la ex-Facultad de Derecho de San Marcos sobre unas "Bases y lineamientos de Lógica Jurídica" el año 1953. El año siguiente fue publicada su primera parte con el título de "Problemas Fundamentales de la Lógica Jurídica" en la "Revista de la Facultad de Derechos y Ciencias Políticas" de la Universidad de San Marcos (Lima, 1954; p. 66-155), y el año de 1956 fue reeditada como tomo VIIIº de la Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía, con un prólogo en el que Miró Quesada se refería a la Lógica Jurídica de Ulrich Klug. El carácter pionero de estos trabajos ha sido justamente relievado por Fernando Bobbio, Roque Carrión y Domingo García Belaúnde. La conclusión fundamental de la primera parte publicada de la tesis es que "aunque las normas no son proposiciones, a toda norma corresponde una proposición, que llamamos proposición jurídica" (p. 19 de la edición de la Soc. Peruana de Filosofía según la que citamos). Miró Quesada trae a colación a Kelsen al realizar esta distinción. En su opinión, en los primeros textos kelsenianos, no se plantea el problema de la diferenciación y se emplea una terminología que induce fácilmente a errores de interpretación. En efecto, la Teoría Pura de 1934 "al referirse a la proposición jurídica nos dice "que la norma jurídica se convierte en proposición jurídica que acusa la forma fundamental de la ley". Esta afirmación puede interpretarse en el sentido de que la proposición jurídica describe la ley, es decir, la norma, y al describirla enuncia su forma fundamental. Pero también puede interpretarse como la aseveración de que la ley tiene estructura proposicional, y que el análisis de esta estructura nos permite captar su forma fundamental, que es la del "deber ser". De la lectura cuidadosa de la Teoría Pura y especialmente de los textos aparecidos en la reciente publicación que ha hecho Cossío de las conferencias que dio Kelsen en Buenos Aires en 1949, se desprende sin embargo que la primera interpretación es la correcta. En los referidos textos Kelsen sostiene explícitamente **que la norma no tiene naturaleza proposicional** y establece con la precisión y el rigor admirables que lo caracterizan, la diferencia entre norma como expresión de la ley y proposición jurídica como proposición que describe el contenido de la norma" (p. 77). Esto es, que en sus últimas obras Kelsen sí plantearía claramente la distinción entre norma y proposición jurídica.

Miró Quesada habla luego de un paralelismo entre norma y proposición y lo entiende en el sentido de que a toda norma corresponde una proposición verdadera, esto es, una determinada situación de hecho, aunque, añade, no a toda proposición verdadera corresponde una norma. A este respecto la Teoría Pura mantiene, según Miró Quesada, una posición ambigua. "En efecto, de la lectura de los textos se llega a la conclusión de que Kelsen emplea la expresión "proposición jurídica" en un doble sentido: como descripción de la norma y como resultante de la incidencia de la norma sobre la realidad social" (p. 97). Que esta segunda interpretación es posible se ve en opinión de Miró Quesada de que múltiples párrafos de la obra kelseniana muestran que la proposición jurídica no describe la norma sino más bien su intención que produce una situación específica en una determinada comunidad humana, consistente en la organización tendiente a producir los efectos prescritos por la ley. Así, cuando Kelsen sostiene que la proposición jurídica es un juicio hipotético que enlaza ciertas consecuencias a determinadas condiciones, "no cabe la menor duda de que **el juicio hipotético se refiere a funciones prescriptivas** y es más que una mera descripción normativa" (p. 98). Ahora bien, "El hecho de que para Kelsen, la proposición jurídica sea una proposición hipotética muestra que no se reduce a la pura descripción de la norma, porque esta descripción, por el hecho de referirse a algo dado, debería de ser categórica y no hipotética" (p. 98). Una descripción hipotética es para Miró Quesada una **descripción de situaciones,** de una conexión de un antecedente (la condición, por ejemplo un homicidio intencional) y un consecuente (la prescripción del castigo).

No hay ninguna consecuencia de esta ambigüedad en Kelsen, señala Miró Quesada, ya que la interpretación de la proposición jurídica como descripción de la norma es equivalente a su interpretación como resultante de la incidencia de la norma sobre la realidad social. "Así como hay un completo paralelismo entre las normas y las situaciones producidas por el hecho de su vigencia hay también un paralelismo completo entre las normas y sus descripciones" (p. 100).

Pese a todo lo interesante que es la interpretación de Kelsen ofrecida por Miró Quesada, creemos que no es correcta. En efecto, Miró Quesada sostiene que para Kelsen la proposición jurídica es una descripción hipotética y que por ser tal debe referirse a algo dado, a una situación real, a una dependencia de

hechos. Ahora bien, esto no es así para la Teoría Pura, sino que la proposición jurídica es una descripción de la norma que no se refiere al orden del ser sino al del deber ser. Así lo afirma Kelsen: "Pues si la validez del derecho es identificado con un hecho natural cualquiera, resulta imposible comprender el sentido específico en que el orden jurídico se dirige hacia la realidad y aparece frente a ella. Sólo si advertimos que el derecho y la realidad natural, el sistema de normas jurídicas y la conducta real de los hombres, el "deber ser" y el "ser", son dos reinos diferentes, podrá la realidad coincidir con el derecho o ser contraria a él, y será posible caracterizar el comportamiento humano como legal o ilegal" (Teoría General del Derecho y del Estado, p. 142). Al interpretar este texto téngase en cuenta que para Kelsen la **norma,** que es **prescriptiva** y pertenece *al reino del* **Derecho,** *puede ser expresada por una* **proposición jurídica,** que es **descriptiva** y pertenece a la **Ciencia jurídica.** en forma parecida, a cada **hecho** se hace corresponder generalmente una **proposición descriptiva.** La coincidencia entre el derecho y la realidad a la que alude Kelsen en el último pasaje del texto arriba citado se da pues entre el orden del **deber ser** (la validez de la norma) y el del **ser** (su efectividad), y no como pretende Miró Quesada entre la norma y la proposición jurídica. Esta desinterpretación de Kelsen no significa tomar posición, naturalmente, con respecto al valor de la lógica jurídica de Miró Quesada.

Luis Landeo publicó en 1956 una tesis para obtener el Bachillerato en Derecho en la Universidad Católica con el título de "Naturaleza y orígenes del Positivismo Kelseniano en la Teoría del Derecho" (Lima, 1956; 93 p.). Las conclusiones son las siguientes: "1. La teoría de Kelsen carece de originalidad jurídica y filosófica; sus principales presupuestos se hallan en las doctrinas escépticas, panteísta y materialista./ 2. La teoría de Kelsen parte de un supuesto falso: que no existe Derecho Natural y que sólo tiene calidad de Derecho, el Positivo. 3. **Desnaturaliza** el Derecho, al querer aniquilar los conceptos de persona, haciendo desaparecer el Derecho Subjetivo, en provecho del Objetivo, postulando que el Derecho Interno depende del Internacional y convirtiéndolo en una mera técnica social./ 4. Es inaceptable en el Derecho Interno, por su desconocimiento del Derecho Natural que inhabilita su concepción de Derecho./ 5. Es peligrosa, internacionalmente, porque prepara el campo para la revolución social, la abolición de la propiedad privada y el uso de la fuerza como esencia del Derecho" (p. 91). Estas conclusiones revelan tal grado de dogmatismo, ideologización y desconocimiento de la Teoría Pura que son indiscutibles y nos eximimos de comentarlas.

El 3 de octubre de 1960, Alfonso Cobián y Macchiavello presentó una tesis sobre "Justicia y Seguridad Jurídica, Supuestos del Derecho Positivo" a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, para optar el título de Bachiller en Derecho. En el primer capítulo estudia el problema de la justicia y crítica a Kelsen. En sus conclusiones afirma que el derecho positivo recibe su fundamento axiológico del valor justicia y que este es objetivo, absoluto y trascendente, pero susceptible de actualizarse con el tiempo; y añade que es el valor supremo del orden jurídico, un valor relacional y el fin del derecho, pues el orden positivo tiene como meta la armonía social, el equilibrio y la reciprocidad en las relaciones entre los hombres. Sin la consideración de su supuesto axiológico no se puede comprender ni justificar el orden jurídico, lo que le sucede al positivismo lógico. Las conclusiones que se refieren a la Teoría Pura del Derecho son las siguientes:

> "7ª La concepción de Hans Kelsen sobre los supuestos del derecho indica una superación del positivismo, sin lograr, por ello, fundamentar el derecho. El sistema kelseniano se apoya en una ilícita transposición de los criterios lógicos al campo axiológico. Con ello no *justifica* la obligación jurídica, logrando únicamente una epistemología del derecho de base hipotética. La norma fundamental es sólo un criterio lógico para detener la regresión ad-infinitum a que podía conducir la jerarquización normativa.
>
> 8ª La elucidación que hace Kelsen del valor justicia en el orden jurídico, obedece a una mala concepción axiológica fundamental.
>
> 9ª Las tesis de Kelsen respecto a la *normatividad* del derecho constituyen, a su pesar, una prueba más de la referencia obligada que el orden positivo debe a la justicia" (p. 40).

A estas objeciones contra Kelsen hay que agregar otras dos que Cobián formula en el cuerpo de su tesis, pero que luego no recoge en sus conclusiones: primero, que la Teoría Pura del Derecho suprime de su sistema "la noción de persona, reduciéndola a la expresión unitaria personificadora para un haz de deberes y facultades jurídicas, es decir, para un comple-

jo de normas". Así pierde la persona su dimensión propia y la realidad derecho queda suplantada por un conjunto de formas puras. Y, segundo, que "la separación entre los tipos de valor, la inmanentización de lo jurídico, desligan a la conciencia del hombre de la obligación jurídica, quitan al derecho de su participación en la justicia y descalifican al aspecto teleológico que, al mismo tiempo que informa al orden positivo, lo trasciende" (p. 19).

Las objeciones que Cobián dirige contra Kelsen tienen un gran peso, ya que proceden de una genuina posición filosófica, pero porque ésta es hoy en día muy deleznable, se han tornado insostenibles. En efecto, Cobián parte de aceptar una axiología objetivista, es decir, que existen valores objetivos. Por tanto, entiende que aunque la Teoría Pura sea correcta desde un punto de vista epistemológico recorta el ser del derecho al no tomar en cuenta los valores hacia los que está orientado y realiza, especialmente el de la justicia. Ahora bien, el propio desarrollo de la axiología ha puesto en duda que efectivamente existan valores objetivos y supratemporales, y la filosofía contemporánea ha ido más allá y ha cuestionado incluso la existencia de los valores. Por lo tanto, la asunción de una axiología objetivista es una mala base para objetar a Kelsen. La verdad es que la Teoría Pura puede arreglárselas muy bien sin recurrir a aceptar la existencia de valores. En este sentido, es incorrecto comprender a la concepción kelseniana tan sólo como una epistemología que al lado necesitara de una axiología. No hay tal ni se da acá una **metábasis eis allo génos:** una ilícita trasposición de criterios lógicos al campo axiológico. A este respecto hay que recordar que el deber ser que estudia la Teoría Pura es para Kelsen una categoría de la Lógica Trascendental, es decir, la condición de posibilidad de la experiencia del derecho, o sea, del objeto del derecho. Y esto último es así porque para la filosofía trascendental, como es conocido, las condiciones de posibilidad de la experiencia son las mismas que las condiciones de posibilidad de los objetos de la experiencia.

En cuanto a que la Teoría Pura prescinda de los conceptos de persona o de finalidad es algo que el mismo Kelsen declara. Lo interesante no es por lo tanto comprobarlo sino discutir las razones que él da para hacerlo: que tras de la noción de persona se halla la noción de sustancia, que buena parte de la filosofía moderna y casi toda la contemporánea, además de la ciencia, rechazan; y que el pensar moderno ha prescindido en gran medida de la noción de finalidad en el campo científico. Desgraciadamente, Cobián no discute estos argumentos, sino que se limita a afirmar que las nociones de persona y finalidad son imprescindibles en el Derecho, fundamentando sus dichos sólo con algunas citas. Por último, que Kelsen no reduce el derecho a formas lógicas vacías, y por qué no puede ser juzgada su teoría en esta forma, lo veíamos de la cita que realizamos al comentar el texto de Fernández Sessarego (Cf. supra).

En su "Introducción a la Ciencia del Derecho" (Lima, 1963; p. 315-317), Mario Alzamora Valdez ha expuesto la doctrina de Kelsen al delinear en la novena parte de su libro tres actitudes frente al derecho: el jusnaturalismo, el historicismo y el positivismo, y el formalismo jurídico. En una síntesis apretada y pulcra ha tocado distintos temas de la Teoría Pura del Derecho. En su obra más reciente: "La filosofía del Derecho en el Perú" (Lima, 1968; p. 117) Alzamora realiza una presentación igualmente sucinta y correcta del pensamiento de Kelsen al iniciar el capítulo VIº y como una introducción al estudio de las nuevas doctrinas jusfilosóficas en el Perú.

En el Nº 4 de la Revista "Temis" (Lima, primer semestre de 1967; p. 54-75), Fernando de Trazegnies Granda publicó un artículo con el título "Kelsen y la idea aristotélica del Derecho". En él contaba como al leer los ensayos "¿Qué es la justicia?" y "Justicia y Derecho Natural" de Kelsen se había sorprendido al encontrar una exposición de las ideas de Aristóteles de un esquematismo desconcertante.

Las objeciones de Kelsen a Aristóteles con respecto a la justicia son dos: la primera, que la concepción de la justicia como un término medio entre dos extremos es tautológica, ya que el Estagirita no dice cuál sea dicho término medio, sino que para determinarlo nos remite a los extremos; y la segunda es que la concepción aristotélica de la justicia es conservadora, porque no remite a la moral y al derecho positivo de la época. Finalmente, Trazegnies reconoce que la idea del Estagirita de la justicia está afectada de un relativismo, aunque no del que le acusa Kelsen, sino del que proviene de su condicionamiento temporal. Contra la Teoría Pura declara al terminar que existe un derecho natural formado por las convicciones de los pueblos y que sirve como escala de valoración del derecho positivo, pero que por la

razón anotada su contenido no es absoluto sino que está en permanente proceso de cambio. En el Nº siguiente de "Themis" (Lima, segundo semestre de 1967; p. 81-104), Domingo García Belaunde contestaba a las objeciones planteadas por Trazegnies a la interpretación aristotélica de Kelsen con el artículo "La Justicia en el pensamiento de Aristóteles". Trazegnies había sostenido que Kelsen se había construido un Aristóteles **ad hoc** para consumo positivista; García Belaunde replica que Trazegnies se construye a su vez un Aristóteles **ad hoc** para consumo sociológico, y que por tanto critica erróneamente a Kelsen. En su documentado trabajo realiza las precisiones que hay que hacer en torno al ensayo de Trazegnies, y reivindica con justicia a la Teoría Pura.

Pero en mi opinión, que acá no puedo desarrollar, las objeciones de Kelsen son en verdad excesivas: si, como Heidegger pretende, en Aristóteles trasparece por una última vez en el pensar griego el significado primigenio de la **physis** como **ser,** en toda **areté** habría insitamente una medida; y, de otra parte, si se considera que la meditación política aristotélica está orientada por el afán de salvar a la **polis** griega de la crisis por la que atravesaba, difícilmente se podrá sostener que la ética del Estagirita —que forma parte de su política— era conservadora. Tener a este último respecto otra opinión es cultivar un error de óptica histórica.

Aunque nuestro trabajo sólo tiene por objeto analizar el influjo de Kelsen en el Perú a través de los trabajos que sobre él se han publicado en nuestra patria, justo es no silenciar que en el mismo número 5º de "Themis" (p. 39-46), se publicó una traducción de Kelsen —el artículo de 1957 "¿Por qué debe ser obedecida la ley?"—, probablemente la única realizada en nuestro país, con permiso expreso del autor.

En el Nº 6º de la misma revista "Themis" (Lima, primer semestre de 1968) apareció un artículo de Marcial Rubio sobre "El objeto del estudio del Derecho a través de Hans Kelsen" (p. 53-58). El autor —que por entonces era estudiante— comienza afirmando que a lo largo de la historia se ha visto tres elementos en el Derecho: los valores, la conducta y la norma jurídica, y luego expone como para Kelsen solo esta última es objeto del Derecho. Por lo tanto, sostiene que Kelsen reduce arbitrariamente el campo de lo jurídico. Que el derecho tiene que ver con la conducta le parece obvio a Rubio, apoyándose en Cossío, porque ella da validez y razón de ser a la existencia de la norma y porque es una de sus fuentes en casos como el de la costumbre; y que el derecho se ocupa también con los valores le parece también evidente, ya que si la norma está referida a la conducta, ésta "es contingente de una determinada ideología que es la concreción de los valores inmutables, en los cuales recién se encuentra la inmanencia al proyectarlos sobre el fondo de una visión metafísica y teológica" (p. 57). ¿Se debe aspirar a crear una ciencia del Derecho con un objeto propio y único?, se pregunta Rubio al final, ¿es el hecho de que le falte un objeto unitario un signo de inmadurez? No, contesta, porque el derecho es mucho más que una ciencia: un "deber ser" con características específicas. Y termina: "Evidentemente que una ciencia como la que elabora la Teoría Pura del Derecho, tiene cabida dentro del Derecho, pero no lo agota. Es sólo una parte de una gran disciplina que trasciende cualquier encasillamiento porque no constata algo que "es" sino que prescribe algo que "Debe ser" (p. 58). Es manifiesto que al escribir este artículo Rubio no conocía la "Teoría General del Derecho y del Estado" de 1945, porque si no hubiera podido leer allí que el objeto de la regulación normativa es la conducta humana (p. 55 y sgtes.) y que si la norma jurídica no puede ser fundamentada en un valor subjetivo, como es la justicia según Kelsen, es ella —i.e. la norma— un criterio de valoración objetivo: el valor que permite apreciar es el de la "legalidad" de una conducta, esto es, su adecuación a la norma. Por otro lado, no es cierto que la Teoría Pura del Derecho posea solamente una coherencia intrínseca, pero que no permita una confrontación con los hechos, como Rubio sostiene en una parte de su trabajo (p. 54). Kelsen ha explicado detenidamente como hay una tensión entre la validez de la norma —que repetimos se da en el plano del "deber ser"— y su eficacia —que se da en el plano del "ser"— y cómo debe haber un cierto grado de correspondencia entre ambos. Si existiera una coincidencia total, dice, el orden jurídico carecería de sentido; pero tampoco lo tendría si el orden íntegro perdiera su eficacia. La concordancia necesaria no puede exceder de un cierto máximum ni quedar por debajo de un cierto mínimum (Cf. por ej. la "Teoría General del Derecho y del Estado, p. 141-142). Por estas razones es claro que las objeciones de Rubio no tocan a la Teoría Pura.

En 1966, Luis Felipe Guerra Martiniére presentó a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica

una tesis sobre "El Derecho Natural en el Pensamiento de Hans Kelsen" para optar el Grado de Bachiller en Derecho. En un primer capítulo presenta la problemática de la tesis, en el segundo y tercero expone y critica a Kelsen poniendo un énfasis especial en los fundamentos filosóficos de su doctrina y en los capítulos cuarto y quinto discute el problema del Derecho Natural en el pensamiento de Kelsen y como problema en sí. Finalmente, formula sus objeciones que se pueden resumir en una sola: "que el Derecho Natural es imprescindible" (p. 5). Las objeciones que Guerra Martiniére dirige contra el rechazo del jusnaturalismo por parte de Kelsen son que el Derecho no puede reducirse a una simple estructura lógico-formal, ya que tiene un contenido (conclusión 7ª). Que él necesita de una fundamentación más profunda, ya que no se limite al deber ser, sino que en el fondo es una relación entre el ser y el deber ser (8ª y 9ª). Su fin no sería únicamente la paz social, sino la justicia (10ª). Que el Derecho no es tan sólo un convencionalismo (12ª y 13ª), y no se identifica con el Estado (14ª). El no es una realidad monista sino pluralista, en la que se articulan el ordenamiento natural y positivo (15ª). Kelsen rechaza la noción de persona como individuo, explica Guerra, porque rechaza la noción de sustancia (16ª-17ª). Otra conclusión es que el Derecho Positivo no puede prescindir del Derecho Natural, porque éste le señala sus principios y fines y lo fundamenta científicamente (24ª-25ª). A su vez el Derecho Natural es concretado, espacializado y temporalizado por el Positivo (26ª). El Derecho no es pues ni convencional ni relativo, sino que tiene un ser absoluto (27ª). En las otras conclusiones el autor pasa a desarrollar sus propios planteamientos. Nosotros quisiéramos formular en primer lugar algunos reparos formales y metodológicos. Ante todo que en la bibliografía no figura el importante trabajo de Kelsen "Justicia y Derecho Natural" que apareció en francés en 1959 y cuya ausencia no se puede disculpar ni por la imposibilidad de conocer toda la literatura sobre el tema, ni por las limitaciones bibliográficas de nuestro medio (p. 6), ya que acá se trata de un trabajo esencial para la tesis. Luego, que es loable que el autor recurra al procedimiento histórico de mostrar cómo y por qué razones ha variado o ha sido cuestionada una idea, pero que ello no basta para seguirla manteniendo. Así no es suficiente mostrar cómo y por qué se ha rechazado la noción de sustancia (p. 33-34, 63 y sgtes.), para declarar intempestiva e inapelablemente en la conclusión 17ª: "Pero existe la substancia aún en un mundo donde todo evoluciona hacia un fin: la substancia sería la permanencia y la consistencia de la dirección hacia ese fin". ¿Cuál es el fundamento de esta conclusión? Para realizar esta afirmación se necesitaría haber absuelto, aunque sea sumariamente, las objeciones que se han planteado a la idea de sustancia, y que Guerra aclarara un poco más la reformulación de la idea que propone. Los argumentos en contra de la Teoría Pura que el autor maneja son en gran parte los que ya hemos mencionado en relación a otros trabajos: que ella posee una estructura lógico formal y está privada de contenidos, que el derecho necesita de una axiología (p. 120 y sgtes.) —esta consideración no está recogida en las conclusiones—, que dentro de lo jurídico no se puede prescindir de la idea de fin. Un grave malentendido constituye la aseveración de que la idea kelseniana de que la norma hipotética es la primera Constitución lleva a una concepción convencionalista del Derecho, ya que ella es —como Kelsen ha indicado innumerables veces— antes bien una idea gnoseológico-trascendental, que nada tiene que ver con una aceptación convencional. Finalmente, no se puede acusar a Kelsen de recortar la realidad del derecho, porque no admita el Derecho Natural u ofrecer como argumento en contra que de no aceptarse este se estaría justificando los crímenes nazis (p. 74). A este respecto, baste recordar que si Kelsen no admite el Derecho Natural, ello se debe a que no cree que ofrezca la base suficientemente segura para fundamentar el derecho **como ciencia** y que es un demócrata convicto y confeso.

Carlos Thorne publicó un breve artículo titulado "Notas sobre la teoría del Estado en el pensamiento de Hans Kelsen" en el Nº 316 de la "Revista de Jurisprudencia Peruana" (Lima, mayo de 1970; p. 521-524). Allí expone como "Para la teoría pura el Estado no es sino un orden jurídico superior, cuando alcanza cierto grado de desarrollo, al nacer los órganos del Derecho" (p. 521). Thorne ve un logro positivo de la Teoría Pura en la resolución del dualismo entre Derecho y Estado, y luego explica tres axiomas kelsenianos con respecto al derecho: el primero, que no hay realidad social alguna que exista fuera de su orden jurídico; segundo, que el poder del Estado no es sino la efectividad del orden jurídico; y tercero que es imposible justificar el Estado por el Derecho. Para Thorne ofrece reparos la relegación a un segundo plano de la investigación jusfilosófica de la realidad social. "Por eso, las dos con-

clusiones axiomáticas reseñadas anteriormente en primer y segundo lugar, carecen de severidad y escrupulosidad metodológicas" (p. 523). Pero hay un reparo aún mayor que opone y es que Kelsen "olvida que el Derecho es también conducta intersubjetiva, como dice Del Vecchio, y que ve el ordenamiento jurídico como un despliegue de normas vacías de contenido, aunque plenas de contenido en el campo de la facticidad, nueva contradicción que entraña suponer que el Derecho es una facticidad abstracta, ideal, acontecido en el tiempo, sin residir en la pura conducta existencial que integra la norma como su otra faz. Todo el edificio del Derecho positivo —o sea el Derecho— descansa sobre esa realidad social que constituye su instancia ontológica suprema" (Ibidem). Aunque el trabajo de Thorne es muy sucinto, sus objeciones son extraordinariamente agudas; pero a ellas podría contestar Kelsen que no tienen cabida dentro de una ciencia del derecho sino dentro de una sociología jurídica.

En su "Teoría del Estado, Derecho Constitucional" Studium; Lima, [3] 1971), Raúl Ferrero expone la identificación kelseniana entre Derecho y Estado y la critica porque mutila ambos conceptos y porque excluye todo lo que el Derecho tiene de extraño al orden estatal. "Para sortear el peligro de identificar Estado y Derecho, que ha determinado el monismo de Kelsen, basta considerar que el Estado es creador del derecho positivo en tanto toda norma supone un enunciador" (p. 135). El autor piensa también que la concepción kelseniana peca de falta de realismo, "ya que la relación entre Estado y Derecho no puede ser analizada solamente en el plano abstracto. Hay Estados en que las relaciones jurídicas de los hombres y la comunidad se rigen por el Derecho, así como hay otras en que dichas relaciones están determinadas por el Poder" (p. 136-137). Además, el autor añade una crítica general a la Teoría Pura por prescindir del finalismo que él cree que es imprescindible tanto en el Derecho en general como en el Constitucional en particular, "ya que la normalidad legal es insuficiente para explicar el dinamismo de la vida real; los cambios que han afectado **la sustancia de las constituciones han requerido fundamentación fuera del derecho positivo,** puesto que la ley no estructura la realidad sino que la expresa" (p. 136). Lo sucinto del tratamiento debilita la crítica, además de que uno tiene la impresión de que Ferrero toma muy poco en cuenta dos argumentos de Kelsen para identificar Estado y Derecho: que, primero, no se puede hipostatizar al Estado ni, segundo, legitimario por el Derecho. En cuanto a la dualidad entre el Estado como Poder y el Derecho, Kelsen solo la admite en cuanto aparece como la dualidad entre la eficacia y la validez del orden jurídico (Teoría General del Derecho y del Estado; p. 227). Puntos sobresalientes de la exposición son su claridad y la función que ocupa dentro del libro íntegro.

III

Conclusiones

El influjo de Kelsen en el Perú aparece hacia el año de 1936 y se concentra hacia 1950, fecha alrededor de la que aparecen los trabajos de Patrón Yrigoyen, Fernández Sessarego y Miró Quesada que conjuntamente con los de Cobián y Guerra son los mejores que se han realizado en nuestro país sobre la Teoría Pura del Derecho. Estos nombres muestran que la recepción de Kelsen ha sido especialmente feliz en las Universidades de San Marcos (Fernández Sessarego, Miró Quesada) y Católica (Cobián, Guerra).

Los mejores trabajos sobre la Teoría Pura del Derecho son aquellos en los que no sólo se ha tratado de exponer a Kelsen, sino además de criticarlo desde otra posición, ya sea desde el marxismo (Patrón Yrigoyen), la fenomenología y el existencialismo (Fernández Sessarego), posturas axiológicas y jusnaturalistas dentro del pensamiento católico (Cobián y Guerra) o desde una posición personal (Miró Quesada).

Una buena parte del resto de los trabajos son puramente expositivos. La mayoría de ellos denuncian debilidades bibliográficas, metodológicas —por ejemplo el excesivo recurso al argumento **ad verecundiam**— o, peor aún, incomprensiones que hubieran podido ser salvadas con una mejor lectura. Pero no son solamente los conocimientos sobre Kelsen los que faltan; se carece de una comprensión más adecuada de la filosofía y su historia, de las concepciones de ciencia vigentes y de una mayor parsimonia y orden para el trabajo intelectual.

El análisis de la influencia de Kelsen en el Perú nos permite afirmar que nuestra meditación sobre la filosofía del derecho todavía se halla muy inmadura y que requiere de menos trabajos de ocasión y de segunda mano y de un pensar mejor pertrechado y más sostenido.

Lima, primavera de 1973

Fernando Vega Santa Gadea

LA EVOLUCION DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN EL PERU

Consideraciones Generales acerca de la Punición Incaica, La Cárcel en la Colonia y La Administración Penitenciaria durante La República.

Al Dr. Julio Altmann Smythe
Primer Penitenciarista de América.

INTRODUCCION

Un conocimiento integral sobre la punición incaica, es esencial para entender el régimen carcelario en el antiguo Perú. Y es que, como dice Pacheco Vélez, "no podemos trasmitir una visión coherente de nuestra historia, no podemos colaborar en una verdadera comprensión de nuestro pasado, que es requisito para la comprensión de nuestro presente, si antes nosotros mismos no poseemos una visión y una vivencia integral del tema" (1).

Con la convicción de que el estudio de la historia del Derecho de Ejecución penal del Tahuantisuyo, debe abarcar no sólo la legislación sino, como recomienda Jorge Basadre, también las ideas y costumbres jurídicas y en general "el sistema jurídico dentro del cual se ha vivido en el pasado", consideramos oportuno incluir aspectos de la organización judicial y el sistema de penas vigente en el imperio de los incas a la llegada de los españoles, porque esa realidad trasmitida por los cronistas, es la primera versión acerca de la administración de justicia y el derecho penal incaico, indesligables ambos de la etapa de privación de la libertad.

Cuando iniciamos el estudio de la pena y su cumplimiento durante la colonia, pensamos que era imprescindible referirnos a las distintas categorías de personas, en razón de su raza, rango social, jerarquía eclesiástica o fuero privativo, porque la subsistencia de esa estructura económico-social, permitió el predominio de la élite peninsular, la coexistencia de distintos tipos de carcelería y la desigualdad en el trato del recluso, que esa misma sociedad legalizó.

La etapa penitenciaria republicana es la que menos problemas ha planteado en la preparación de este trabajo, quizás porque las instituciones nos son más proximas, se ha escrito algo sobre el tema, y todavía subsisten —desgraciadamente— los vicios del sistema carcelario que hace más de 100 años, denunciara Mariano Felipe Paz Soldán.

El testimonio de los cronistas, la Recopilación de Leyes de Indias y el Derecho Indiano en general y los estudios realizados por notables historiadores, etnólogos y antropólogos específicamente, han sido la fuente principal que ha posibilitado preparar un esquema de las 2 primeras etapas. El informe de Mariano Felipe Paz Soldán, la investigación realizada por el Dr. Julio Altmann Smythe, las disposiciones legales y reglamentarias de la administración carcelaria, la indagación efectuada por la cátedra y su personal experiencia en la vida penitenciaria han permitido culminar la tercera.

LA PUNICION INCAICA, EL RELATO DE LOS CRONISTAS Y LA NECESARIA PRECAUCION EN LA INTERPRETACION DE SU TESTIMONIO

El primer escollo con el que se tropieza al estudiar la etapa de la ejecución penal en el Antiguo Perú, radica en otorgarle el crédito debido a la versión algunas veces infantil, exagerada, llena de prejuicios, carente de visión histórica de los cronistas españoles. No existe lamentablemente, una información completa sobre la punición incaica —conocida por los conquistadores—, menos aún se conoce de la organiza-

1. La Independencia Nacional. Conferencias dictadas por encargo de la Comisión del Sesquicentenario. Segundo Ciclo., pág. 47.

ción judicial y el régimen de penas en las culturas Tiwanaku, Wari, Chimú, Mochica o Chavín. Basadre estima que resulta si no imposible, por lo menos muy aventurado ocuparse en detalle de las instituciones en general, y especialmente las de carácter jurídico, anteriores a los Incas (2).

El relato de los cronistas y su interpretación han sido objeto últimamente de meritorios trabajos de investigación y análisis, de historiadores y etnólogos nacionales y extranjeros. El estudio de esas fuentes ha permitido reconstruir —conjuntamente con las crónicas, entre otros, de Cieza, Murúa, Cobo, Garcilazo y Guamán Poma, un cuadro tentativo de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el incario.

Hemos considerado necesario puntualizar algunas de las razones que aconsejaron enmarcar nuestro trabajo dentro de la reserva con que se deben tomar las primeras crónicas españolas, "única información sobre el pasado andino a través del filtro cultural de los europeos", concediéndoles el valor histórico como fuentes indirectas, en cuanto signifiquen —para los efectos del presente ensayo— un aporte al estudio de la evolución de la pena privativa de la libertad. Esta actitud de reserva —no de rechazo— se convalida en los estudios de quienes como el Dr. Horacio Urteaga desconfiaban del testimonio de los que —"desconociendo la fonética Kechua, adulteraban los nombres espantosamente" (3) Federico Kauffmann sin ser tan cáustico decía de los cronistas que "en buena cuenta sólo trasladaron a caracteres fonéticos las antiguallas que escucharon en boca de los indios" (4). Riva Agüero sugería no aceptar, sino con grandes precauciones y desconfianza la cronología y geografía de los cronistas, los cuales no hicieron sino fijar por escrito las tradiciones populares (5). Jorge Basadre señala que "serán insuficientes todas las recomendaciones que se haga para el cuidado en la manipulación de esas fuentes" (6). Juan M. Ossio en un excelente trabajo incluido en "Ideología Mesiánica del Nuevo Mundo", afirma: "Así a través de Guamán Poma, he podido constatar que las tradiciones orales fueron efectivamente despojadas por los europeos de su sentido original" (7). Y hasta Raúl Porras Barrenechea, declarado hispanista, aceptaba que sólo dentro de los causes de presencialidad, pasión, objetividad, inmediatismo, tradición popular, se puede hablar de los cronistas del Perú", y al respecto glosaba los comentarios de dos de ellos: Uno, cuñado de Atahualpa, Juan de Betanzos, que censuraba "cuan diferentemente los conquistadores hablan dello y muy lejos de lo que los indios usaron". El otro Gonzalo de Oviedo que criticaba a historiadores latinos "pués cuentan muchas cosas al revés de como son, e otras que nunca fueron e hartas dellas ques imposible que sean" (8).

El Dr. José Mejía Valera explica por su parte el paciente desbrozamiento que tuvo que hacer de las fuentes en su más alto sentido etnológico, "porque los recopiladores de las costumbres vernáculas no tuvieron el vuelo intelectual necesario para comprender el significado íntimo de algunas prácticas; atormentados por pasiones religiosas"... "no es dable exigir una escrupulosa investigación a quienes no estaban capacitados para hacerlo" (9).

Estas opiniones serían razón suficiente para recelar de las crónicas y restarles la importancia prioritaria que algunos autores les han concedido, pese a ser fuentes de valor histórico-documental, más que jurídico. Para Louis Baudin la principal dificultad de los primeros españoles fue tratar de entender a un país tan distinto del suyo. "Nosotros evitaremos así a la vez criticar con ligereza instituciones peruanas que los cronistas han explicado mal y formular sobre estos cronistas mismos, juicios sumarios desfavorables" (10).

La apreciación de Baudin nos parece valedera y además sensata, porque para el conquistador español venido de un mundo inquisitorial y severo, algunas formas de comportamiento —especialmente las referidas a formas de respuesta sexual de los habitantes del Tahuantisuyo— eran censurables. Su rígida formación, basada en categorías ético-cristianas, les impulsaba a calificar como pecado a toda relación sexual. Esta diferente concepción que sobre costumbre e instituciones tenían españoles y peruanos, la advierte Pease Olivera, en reciente trabajo: "La propiedad —por ejemplo— no era para los incas una mera rela-

2. Historia del Derecho Peruano, pág. 71.
3. La Organización Judicial en el Imperio de los Incas, pág. 26.
4. Guaman Poma de Ayala, pág. 55.
5. Historia del Perú, pág. 91.
6. Ob. cit. pág. 31.
7. Ideología Mesiánica del Mundo Andino, pág. 155.
8. Los Cronistas del Perú, pág. 15.
9. Organización de la Sociedad en el Perú Precolombino, pág. 5.
10. El Imperio Socialista de los Incas, pág. 19.

ción entre cosa y dueño que se traduzca en el ejercicio de los derechos que la legislación contemporánea considera, sino que ella llega a significar una relación mística entre la cosa y el hombre que la usa" (11). Otro ejemplo lo encontramos en la curiosa opinión del cronista Bernabé Cobo, que al referirse a la virginidad, expresaba: "nunca conocieron el resplandor y la hermosura de la castidad para hacer estima della, antes les era muy ofensiva", (12) equivocada identificación entre la institución matrimonial europea —consagrada por el rito católico-romano— y la refrendada por el servinacuy o costumbre andina.

Organización Judicial

Los inicios del sistema judicial en el Antiguo Perú fueron —como en cualquier organización tribal— rudimentarios. Consolidado el Ayllu agrícola, se verificó la evolución económica con el consiguiente afianzamiento de la actividad administrativa. Así se superó el derecho de venganza de los ayllus primitivos y sus normas consuetudinarias, perfeccionándose el régimen judicial.

La función de represión le correspondía al Estado, que administraba justicia en nombre de la colectividad. Se superó —con ventaja— la intervención del jefe de tribu o del consejo de ancianos, en su caso, —característica del clan primitivo— en la investigación y sanción de los delitos, reemplazándolo por una eficiente ordenación jurisdiccional. "Pese al aparente absolutismo del Gobierno —dice el Dr. Bustamante y Rivero— la descentralización administrativa es una de las más aventajadas características del régimen incaico y las noblezas regionales gozan del privilegio aristocrático y reivindican en sus circunscripciones el usufructo parcial del poder" (13).

La organización judicial, según Horacio Urteaga, empezaba con el **Chunca-Camayoc,** especie de cuidador, juez de faltas y controversias de grupos de diez familias; los **Pachac-Camayoc,** jueces revisores de los anteriores, que, en vía de apelación veían las sentencias de diez chuncas, o sea de una centena de familias; los **Huarancca-Camayoc,** superiores en jerarquía a los anteriores, que resolvían asuntos de agrupaciones de mil familias; los **Huno-Camayoc,** gobernadores, jueces e inspectores de diez mil familias; y, finalmente, los **Tucuyricuc,** magistrados a cargo de las cuatro grandes regiones o "Suyos", nombrados directamente por el Inca, entre sus parientes cercanos, que conocían las denuncias contra los jueces inferiores, curacas vecinales y los delitos de usurpación y despojo de tierras del Estado. Podían imponer la pena de muerte en todos los casos, menos cuando el reo era de sangre real, en cuyo caso, el Gran Consejo sugería al Inca, el fallo correspondiente. Al respecto, cuenta Cobo que el Trocicoc o Tucuyricoc "tenía poder de administrar justicia y castigar los delitos conforme a su gravedad, hasta condenar a muerte, salvo si el culpable era noble o caballero, en tal caso no determinaba la causa sin dar parte al Rey, lo mismo guardaba en todos los negocios arduos o de importancia" (14).

Además el Inca contaba con un **Tribunal Supremo o Consejo de los Doce ,** al que le estaban encomendados los fallos en última instancia, tanto en la contención civil, cuanto en la criminal. Esta Corte de Apelación estaba conformada por seis hanancusquenses y seis hurincusquenses, asesorados por un funcionario especial, "entendido en la Ley" el **Quipocamayoc.** Finalmente, el **Consejo Supremo de los Apocuna,** presididos por el Inca, e integrado por cuatro miembros de la alta nobleza, aparte de sus funciones políticas, conocía sólo en apelación del Fallo del Tribunal de los Doce.

Así, la descentralización administrativa-judicial, que se iniciaba en grupos familiares hasta llegar a la decisión final del Inca, funcionó con una precisión que hoy, comparativamente, deberíamos imitar —para superar la lentitud del procedimiento—, y es que su organización constituye el mejor ejemplo de cómo se debe ir planificando la estructura gubernamental, acomodando los pueblos recién conquistados al sistema de subordinación jerárquica y centralista, genuina del imperio teocrático de los hijos del Sol.

"El Inca estuvo, sin duda —dice Basadre— "históricamente más cerca del déspota que del tirano. No fue un simple jefe o príncipe porque su autoridad vino a resultar mucho más alta y más efectiva y además, porque estuvo mezclada con el sentimiento de la devoción religiosa. No fue el primero entre sus iguales; fue superior a los más grandes señores en privilegios,

11. Aproximación al Delito entre los Incas, pág. 57.
12. Historia del Nuevo Mundo, XI, Cap. VII, 22.
13. Revista Penal y de Tutela Nº 7, pág. 344.
14. Cobo. T. III, pág. 234, también Cieza, Morúa, Guamán Poma, Urteaga, Varallanos.

autoridad y fuerza. Ejerció por ello funciones de legislador, de gran Capitán, de Juez, y de hijo de Dios" (15).

Sistema Penal y de Procedimientos

La ley no se impuso simplemente con una finalidad intimidatoria, sino con el propósito de que fuera cumplida estrictamente, y es que —narra Garcilazo— "las leyes de los incas estaban hechas, no simplemente para asombrar a los súbditos, sino para ser observadas, punto por punto" (16).

De otro lado, es obvio que la forma jurídica no pudo estar desprovista de rezagos religiosos, morales y costumbristas; no olvidemos que el Estado incaico fue teocrático; de esta suerte, la ley tenía algo de decálogo divino desde que los incas, por su origen eran considerados hijos del Sol.

La severidad y el rigor de la norma, que resalta Garcilazo, sorprende indebidamente a Triborn cuando precisa que ésta se hace todavía más drástica cuando las infracciones se cometen contra las personas consideradas intangibles por su carácter religioso o divino. "No cabe duda, dice, que nuestros cronistas estaban acostumbrados a castigos drásticos desde su patria y el hecho de que hagan resaltar el carácter draconiano del sistema penal incaico, demuestra que se procedía con rigor sorprendente, inclusive en su concepto" (17). Esta afirmación no es de las más felices del ilustre germano, desde el momento en que magnifica la justicia penal incaica minimizando la inhumana dureza de las leyes peninsulares. Los fueros españoles de la época —como el de Béjar por ejemplo— difícilmente pudieron ser superados en cuanto a su brutalidad. Es cierto que en el antiguo Perú se impusieron penas muy severas, pero ello tiene su explicación en el carácter expansivo del Estado Incaico. La necesidad de conservar la cohesión y la unidad del imperio frente a los Ayllus disidentes y los caciques rebeldes, justificaba su rigor. Por lo demás, esa política no fue exclusiva de los antiguos peruanos ni ha caído en desuso. Muchas de las conquistas logradas por Alemania en la Segunda Guerra Mundial, se aseguraron mediante la aplicación de un régimen de intimidación feroz, como en Lídice, Checoslovaquia. Norteamérica exterminó prácticamente a toda una aldea, en Vietnam; y Portugal, en su colonia de Mozambique, efectuó una matanza que ha merecido el rechazo unánime.

La clasificación de los delitos no siguió un criterio preciso que hoy pueda comprobarse, por la carencia de escritura que se plasmara en una codificación. De las clasificaciones estudiadas, aparte de las de Triborn y Basadre, la de Pease Olivera cataloga los delitos en: a) delitos contra el Estado, el culto y el Inca; b) delitos contra la persona; c) delitos que afectan a los bienes; y d) delitos sexuales (18).

Para sancionar estos delitos, las penas tuvieron una finalidad intimidatoria y reparadora, que iba de mayor a menor, según las categorías señaladas. Se tomó en cuenta, las causas personales, edad, función, etc., para la calificación del delito y la aplicación de las penas. "Respetaban la edad que tenían para quitar o añadir la pena —escribe Garcilazo— conforme a su inocencia" (19). Se consideró factores tan importantes como la reincidencia, la tentativa, la complicidad y el encubrimiento. Cobo cuenta que, "al indio que era inobediente a su cacique que, por primera vez, le daban el castigo que al Inca parecía; por la segunda tenía pena de piedra y por la tercera, la pena de muerte" (20).

El derecho penal incaico fue inflexible en su aplicación, aunque algunos cronistas afirman que existió un trato de preferencia para los nobles. Esta aparente suavidad contenía, sin embargo, un excesivo rigor moral, porque era preferible la muerte a la desaprobación del monarca y al descrédito que significaba la rebaja de rango social para el infractor. El mismo Cobo repara que la justicia no era igual entre los Incas "porque, aunque se preciaban de hacerla y castigar todos los delitos, siempre se daban diferentes penas a los nobles y ricos, que a los humildes y pobres, por una imaginación que tenían, que era decir, que harto mayor castigo era para un Inca de sangre real la represión pública, que para un plebeyo la muerte" (21).

Se impuso la pena de muerte para el homicidio calificado, el adulterio, la violación, el incesto, la sodo-

15. Ob. cit. pág. 187.
16. Comentarios Reales L. IV, Cap. 3.
17. El Delito en las Altas Culturas de América, pág. 29.
18. Ob. cit. 54.
19. El Derecho Inca, pág. 11.
20. Cobo, citado por Varallanos, ob. cit. pág. 11.
21. Cobo, citado por Varallanos, ob. cit. pág. 12.

mía, el robo de bienes imperiales, la defraudación, la traición, etc. Dentro de las penas corporales, la flagelación se utilizó a menudo, la paliza, los azotes y la bebida de orina y mala hierba impuesta al ocioso y sucio, se usaron con frecuencia.

La función punitiva es ejercida por el Estado en nombre del interés general y el trámite de oficio sustituye a la gestión del agraviado. La justicia era verbal, los juicios sumarios y las sentencias se cumplían inmediatamente. No se justificaban las detenciones prolongadas, por lo que no hubieron lugares de detención preventiva, sino "cárceles para el cumplimiento de la pena".

La drasticidad de la ley, que al decir de Garcilazo *hacía a los hombres "aborrecer el delito", la destacan* también Horacio Urteaga, Lastres, Varallanos, Basadre y Triborn. La aplicación de la pena de muerte se caracterizaba por las distintas modalidades adoptadas, según se tratase del delito cometido y de la calidad del agraviado. Se empleó la decapitación sólo para los nobles, el descuartizamiento, el despeñamiento, la asfixia por sofocación, la lapidación, la muerte por tormento, etc. El descuartizamiento se aplicaba sólo en los casos de traición militar o contra el culpable de homicidio de algún miembro de la nobleza; la hoguera se consideraba como una forma vil de muerte. Otra pena conocida era la de colgar al reo por los cabellos hasta morir en unas peñas llamadas Aruey.

La apreciación de las pruebas seguía el ritual que definía la sentencia de acuerdo a lo que los amuletos, señales o "juicios de Dios", expresaban. Esta especie de ordalía inca, que condicionaba la pena a la buena suerte del procesado, le representaba —si era absuelto— el respeto de toda la comunidad. Murúa cuenta que en la cárcel del Cusco si al condenado no lo comían las fieras, "lo restituían en su honra y el Inga los favorecía mucho" (22) y Cieza añade, que al comprobar su buen estado de salud, los guardianes "sacábanlos mostrando grande lástima, y dejándolos volver a sus tierras" (23).

Esquema tentativo de la cárcel incaica

La pena privativa de la libertad se utilizó en el Incario. En ese aspecto, son coincidentes todos los cronistas, que discrepan sólo en detalles de menor importancia, sobre todo en las formas de detención. La pena se cumplía en cárceles especiales, con un régimen de cierta flexibilidad para los nobles y de extrema dureza, en cuevas llenas de animales, para el reo común. Lo que no se ha logrado determinar es, si para las penas de larga duración, existían establecimientos ad-hoc, ya que descartada la cárcel de la ciudad del Cusco —porque era casi imposible salir con vida de ella— otras prisiones debieron suplir esa necesidad fuera de la capital. En los pueblos había locales de detención provisional o "cárceles de segunda", hasta que el reo era sometido a juicio.

La administración carcelaria corría a cargo de toda una estructura de funcionarios dependientes de uno *muy cercano al Inca y que Guamán Poma identifica* como el "Runayanapac" o protector de presos. En ese sentido, es posible que la descentralización penitenciaria abarcase a una jerarquía de alcaides, "carceleros" y verdugos encargados de la custodia, manutención de los internos y de la ejecución de los condenados a muerte.

Cieza de León, reconocido como el más culto y serio de los cronistas, menciona en "Señorío de los Incas" a los guardas de las prisiones y da una buena descripción de la cárcel del Cusco, a la que no identifica porque "aunque me dijeron el nombre, no me acuerdo y por eso no lo pongo"... "Si había algunos motines o conjuraciones o levantamientos, los principales y más movedores eran llevados al Cusco a buen recaudo, donde los metían en una cárcel que estaba llena de fieras, como culebras, víboras, tigres, osos y otras sabandijas malas" (24).

Murúa, complementa la versión de Cieza, refiriendo que, aparte de la cueva llena de animales, "otra cárcel tenía el Inga, la cual era para los principales caciques e hijos de grandes señores", y agrega otra característica que agrava el tormento en la cárcel del pueblo: "La manera y el orden que el Inca tenía para castigar, y las cárceles que para ello tenía, era que en esta gran ciudad del Cusco había un soterrano o mazmorra debajo de la tierra, que ellos llamaban Desanca, el cual estaba muy cubierto y empedrado de piedras de gran manera agudas y esquinadas que cortaban como cuchillos o navajas muy agudas y dentro de él había gran cantidad de animales muy feroces" (25).

22. Morúa, citado por Varallanos, ob. cit. pág. 124.
23. Cieza, citado por Varallanos, ob. cit. pág. 123.
24. Ob. cit. Cap. XXIII, pág 93.
25. Ob. cit. Cap. XXIII, pág. 172.

Cobo, destaca otro detalle al diferenciar la cárcel del Cusco "debajo de tierra en que tenían encerrados leones, osos, tigres, serpientes", con la que él llama de reclusión perpetua: "Se hallaba fuera de la ciudad, en frente de la parroquia de San Sebastián que se llamaba Arabaya (lugar donde ahorcan), la cual estaba en un sitio llamado Upillay (horca), donde eran castigados los ladrones y otros fascinerosos con la pena de muerte. Ejecutábanla en el interior de la cárcel, colgando a los malhechores de la cabeza para abajo y dejándoles así colgados hasta que morían" (26).

Hermann Triborn atribuye una finalidad intimidatoria al hecho de que las prisiones eran especialmente pequeñas y oscuras y cita a Gómara que dice: "las cárceles eran bajas, húmedas y oscuras para que temiesen de entrar allí" (27). Baudin, menciona no sólo la cárcel situada en el Cusco, "cuyo solo nombre hacía temblar de espanto", sino otro presidio en las plantaciones malsanas de coca, situadas al Este de los Andes" (28).

Basadre, citando a Guamán Poma, subraya una peculiaridad en las cárceles que llaman de "segunda". La observancia de la regla del silencio para los procesados; prohibición que fuera luego, en los regímenes norteamericanos, su principal característica y su peor defecto (29).

En la ciudadela de Machu Picchu, aledaño al barrio Industrial, se ha identificado una zona llamada de "cárcel", en la que se aprecia claramente, al lado de la grieta natural en plena roca y junto a unas hornacinas o nichos, la existencia de dos orificios que algunos historiadores creen sean cepos de tortura.

La Iconografía de Guamán Poma, un testimonio invalorable

En desacuerdo con los que niegan validez al testimonio de Felipe Guamán Poma de Ayala, creemos que su aportación es de capital importancia para un conocimiento integral de la etapa de privación de la libertad en el incario. En esta apreciación, felizmente coincidimos con quienes estiman que sus dibujos son la parte más aprovechable de su obra "Nueva Crónica y Buen Gobierno", aunque no son desechables sus noticias sobre la cárcel del Cusco, llamada Sancay, Sancay Huasi o Sanca Kancha. Es sobre todo, dice José Varallanos, el Libro escrito por un indio peruano: "La voz de Guamán Poma es la auténtica voz india; desconsolada y elegíaca" (30). Juan M. Ossio, resalta la coherencia interna de la "Nueva Crónica y Buen Gobierno", manifestada a través de las categorías con que este autor pensó el tiempo, el espacio y las relaciones sociales" (31).

La descripción que hace de la prisión del Cusco o Sancay-cárcel, es la más completa de cuantas se conocen y concuerda, en lo principal, con la versión de Martín de Murúa y Cieza de León. "Castigo y prisiones y cárceles de los ingas para la justicia que tenían en este reino para el castigo de los malos —Sancay cárceles— de los traidores y de grandes delitos como de la inquisición. Sancay debajo de la tierra hecho bóveda muy oscura —dentro criado serpientes, culebras ponzoñosas, animales de leones y tigre, oso, zorra, perros, gatos de monte, buitre, águila, lechuzas, sapo, lagartos, destos animales tenía muy muchos para castigar a los bellacos y malhechores delincuentes" (32); cuenta también que en un paraje en el cuarto distrito de Acomayo, capital de Rondocán, junto al río Apurímac, existía en la hondonada rodeada de altas cimas casi inaccesibles para el paso del hombre, un lugar de reclusión que, a semejanza del que sugería Platón en Atenas, sirvió de "cárcel de tormentos". Por esa razón, dice el cronista, la gente de Sancaca no era bien vista por sus vecinos.

El texto escrito de Nueva Crónica es fragmentario y en muchos pasajes, incoherente, pero los dibujos, trazados con rasgo ingenuo, complementan eficazmente la información. Destacamos aquél que muestra la cárcel cusqueña Sancay, en la que un hombre se encoge aterrorizado al verse rodeado de un zoológico de fieras que lo huelen y miran con no buenas intenciones. Quizás sea ésta una visión un poco distorsionada de la prisión incaica, pero es la única que existe.

Hay quienes —sin saber— han censurado este tipo de carcelería afirmando que fue la más cruel de cuantos existieron, sin equivalente en el mundo de esa época. Sin dejar de reconocer que la cárcel del Cus-

26. Ob. cit. T. III, L. XXIV. C. XXVII.
27. Ob. cit. págs. 27-28.
28. Ob. cit. pág. 288.
29. Ob. cit. pág. 208.
30. Ob. cit. pág. 7.
31. Ob. cit. pág. XXIX.
32. El Derecho Inca, págs. 57-58.

co era terrible, no fue la única en su género; es más, hubo otra por lo menos que se le asemejaba bastante. En una de las novelas de la picaresca española "Periquillo el de las Gallineras", citada por Daniel Sueiro, se describe la que usaron los gentiles romanos como tormento: "uno bien extraño y espantoso fue abrir una hoya y sepultarle vivo, metiendo en su compañía espantosas y crueles sabandijas como dragones, serpientes, tigres y basiliscos; y tapando la hoya con una losa le dejaron así, para que pereciese sin compasión o remedio" (33). ¡Extraña similitud!

Kauffmann, señala que los dibujos de este cronista indio, constituyen un caso original y único en la historiografía de los Siglos XVI y XVIII: "son instrumentos eficaces para expresar, en la simplicidad de sus trazos, los sentimientos, el pensamiento de su autor. Sin duda alguna la obra de Guamán Poma constituye la fuente iconográfica más preciada; la única en su género de los tiempos pre-hispánicos" (34). El Dr. Lastres, precisa que, "el lenguaje de la crónica es arcaico, monótono, viscoso, pero no deja de tener períodos llenos de colorido, agudeza chispa criolla" (35).

Dice el cronista, que además de la cárcel del Cusco, otras prisiones se usaban como detención provisional, hasta que expedida la sentencia se imponía al reo la sanción correspondiente: pena de muerte, azotes, destierro, trabajos forzados. En la cárcel para nobles, "a los presos se les daba ración alimenticia y se les permitía sus necesidades, pero estaban incomunicados". Cerca al Inca había un protector de los presos, que se llamaba: **Runayanapac o Huacchay--pac,** (el que ayuda a la gente). "Estas cárceles tenían un aposento especial, con corral y patio, para los príncipes, quienes se hallaban en prisión bien alimentados servidos y custodiados".

Sólo se permitían cárceles del Inca en las principales ciudades porque la sanción de privación de la libertad era privilegio exclusivo del monarca. "No podían haber en otra parte porque no se podía sustentarse sino que sólo el Inga lo podía sustentallo, ni lo podían tener otros señores deste reyno por lo primero que sólo las grandes ciudades requería tenella y la segunda, la magestad del Inga era justicia mayor, lo tercero con este miedo no se alzaba la tierra, pues que abia señores desendientes de los reyes antigos que eran mas que el Inga, con este miedo callaban" (36).

Menciona también que a los que esperaban proceso se les enviaba a "Cárceles de Segunda". Sin embargo, sobre este aspecto es preciso aclarar que algunos historiadores se han llevado de una mala traducción y han entendido **"Pinas cárcel",** como un tipo de carcelería llamada específicamente "pina", en lugar de **"penas de cárcel",** que es la traducción correcta y que Guamán Poma relaciona con las cárceles "del pueblo" para detención provisional, que duraban, dice, "sino el tiempo para sentenciar". Así en el dibujo del príncipe delincuente-Huachayoc, se traduce textualmente: "mis recuerdos me arrastran, mis lágrimas me arrastran, mi corazón está **con pena** haray haravi, cárcel cruel suéltame" (37).

Otras noticias sobre carceleros y diferentes modalidades en la ejecución de la pena, se diluyen en las versiones contradictorias e insuficientes de los cronistas. Se usó el destierro de dos formas: una por motivos políticos en el caso de los mitimaes, o sea el traslado de pueblos enteros; otra, transportar a los presos levantizcos a la selva a "merced de salvajes antropófagos"; los trabajos forzados, con los pueblos vencidos también se emplearon; y es posible que otros establecimientos penales sirvieran no sólo de contención, sino de tortura, como la "cárcel de Aquira", en plena puna del Departamento de Apurímac, cerca del límite con el Cusco, mencionada por Paz Soldán; que siendo prisión inca, se usó durante la colonia y aun en las primeras décadas de la República; pero el fragmentarismo de la información impediría conformar por ahora, un cuadro más completo de la carcelería incaica. Es de esperar que las nuevas investigaciones interpretativas y los descubrimientos de formas insospechadas de escritura, posibiliten, después, llenar los vacíos que hoy tenemos que reconocer y lamentar.

LAS CARCELES EN LA COLONIA

Descubierta América, y luego de una etapa de anarquía y guerras civiles por el predominio del poder,

33. El Arte de Matar, pág. 79.
34. ob. cit.
35. Historia Pre-Hispánica del Perú, pág. XIV.
36. Historia Pre-Hispánica del Perú, pág. 462.
37. Historia Pre-Hispánica, pág. 223.
Historia del Derecho Peruano, pág. 208, Lámina IV.
El Derecho Inca, pág. 61.
Historia General del Perú, Perú Antiguo, pág. 300.

los españoles implantaron una modalidad penitenciaria similar a la peninsular, adaptándola luego, a las peculiares condiciones de la nueva tierra. Así se establecieron tantos tipos de carcelería, cuantas categorías sociales, jurisdicciones civiles y eclesiásticas existían en la metrópoli, destinándose locales especiales a cada una de ellas: cárcel para nobles, para presos comunes, clérigos, y jurisdicción inquisitorial.

Debemos precisar que las formas de carcelería que se describirán más adelante, estuvieron amparadas en dispositivos legales de la Corona, como las "Leyes de Indias"; pero las medidas destinadas a la protección de los naturales, no alcanzaron la eficacia deseada. Ya en esa época escribía Alonso Enríquez de Guzmán: "Los gobernantes del Perú se atienen más a la fuerza que al Derecho", Recuérdese también la frase famosa: "Se acata pero no se cumple".

La justicia estaba coactada, la anarquía gobernaba, nadie quería obedecer. Juan José Vega, transcribe la queja de Vicente Valverde a Carlos V, que lo envió como Obispo y protector de los indios, en donde suplicaba, en carta del 23 de junio de 1540; "un alguacil particular y cárcel por mí, porque de otra manera no puedo ejecutar bien las cosas que tengo que ejecutar, que los alguaciles de la ciudad lo hacen de mala gana y los carceleros peor", y luego menciona la respuesta soberbia del conquistador Francisco Pizarro ante un enviado de España para fiscalizarlo: "no hay Juez que venga, ni Rey a quien yo no haga con dineros que haga lo que yo quisiese" (38). Esta postura del rebelde extremeño quizá tenga explicación en el hecho resaltado por Basadre, de que la conquista fue una aventura privada, no una Empresa del Estado: "Este se limitó a pactar o contratar con los aventureros: les dio licencia para conquistar y poblar" (39) o lo que es lo mismo, para hacer y deshacer.

El proceso de acondicionamiento de instituciones hispánicas a pueblos recién conquistados, tipifica la prisión colonial con características propias, que debemos juzgar con la necesaria perspectiva histórica para no caer en la especie muy común de criticar lo que hoy nos parece imposible que sucediese, sin considerar la existencia de un abismo de tiempo y criterio entre las costumbres de esa época y nuestra moderna y civilizada sociedad de consumo, todo lo cual relativiza la censura.

38. Revista del Foro, Año LVIII, págs. 287-292.
39. Ob. cit. pág. 237.

Cárcel de Nobles

La cárcel para nobles, estuvo destinada a personas de alcurnia y caballeros, "porque entonces no todos eran iguales ante la Ley", y los indios fueron considerados inicialmente como "animales brutos e inhábiles para la fe católica". El Rey Carlos I, por ley 15 de la Recopilación de Leyes de Indias, decía en 1531: "Ordenamos a los virreyes, Presidente, Audiencias y Justicias que cuando mandaren prender algún regidor o caballero o persona honrada, señalen la carcelería conforme a la calidad y gravedad de sus personas y delitos". El Padre Rubén Vargas Ugarte cita varios casos de nobles encarcelados, entre los que reconocemos a Cristóbal Vaca de Castro, comisario regio y pacificador del Perú, que estuvo detenido primero en Lima y luego en un navío surto en la bahía del Callao, y a Blasco Núñez de Vela, que fue preso en Lima y después en la Isla de San Lorenzo. Menciónese también la que le hizo sufrir en su propia casa —señalada como cárcel— el Virrey Marqués de Cañete al Oidor Saravia (40).

La Cárcel Común u Ordinaria

La estableció Felipe II en 1578 por Ley 1º del Tomo 2º Novísima Recopilación de las Leyes de Indias: "Mandamos que en todas las ciudades y villas y lugares de las indias se hagan cárceles para custodia y guarda de los delincuentes y otros que deben estar presos". Así en Lima, se construyeron dos en la Plaza de Armas: una, debajo de la plaza junto a la Iglesia Mayor. Que probablemente se ubicó en los años primeros, debajo de la Iglesia del Sagrario, La segunda, se construyó de adobe y quincha y no era muy segura "a la otra parte frontera a la plaza, está la cárcel de Corte bién bellaca y que se van cada día los presos della" (41). Luego se edificó un buen local en el mismo sitio, en la hoy calle de Pescadería, que se utilizó hasta el Siglo XVIII. El Virrey Toledo informaba a su Rey en 1570: "En estos pueblos en que agora están reducidos estos naturales, se les hicieron obras públicas y de policía, como en los de españoles: cárceles, casas de cabildo y hospitales en que se curen". En el largo recorrido que realizó este penitente viajero por todo el Perú, figura una visita a Huamanga "a la cual dotó de casa de cabildo

40. Historia General del Perú, T. I. pág. 117.
41. Relaciones Geográficas de Indias 1881, Madrid.

y cárcel de que carecía" (42). Durante la rebelión de Túpac Amaru, en el último tercio del Siglo XVIII, se construyeron cárceles, como la de Oruro en el Alto Perú, versión confirmada, en parte, por el informe del arzobispo-obispo, Dean de la Paz, Fray Joaquín de Cieta en 1778 (43).

La Cárcel Eclesiástica o de Corona

Se establecieron locales carcelarios en la primera etapa de la conquista, por los llamados curas doctrineros, los que en su afán de lucro y tomando como pretexto el nombre de la iglesia y la conversión de infieles, instauraron un feudo en cada pueblo o caserío inca "velando mucho en ellos y en que sean doctrinarios e instruidos en los misterios de Nuestra Santa Fe". Disponían de estipendio de la Caja Real, cárcel propia y alguaciles para el cobro de tributos, con la complicidad de caciques pueblerinos. El local, adjunto al domicilio del cura, servía como lugar de reclusión y tormentos. Este abuso incalificable fue denunciado airadamente por los indios, pero se consintió por muchos años. Poco a poco su influencia fue menguando hasta desaparecer conforme llegaban de España, órdenes religiosas y se hacían efectivas las disposiciones que para prohibirlas había dictado desde antes la Corona. El Virrey Don Francisco de Toledo en una carta a Felipe II en relación a los abusos de algunos clérigos refería que, "cobraban ellos mismos de los caciques e indios con mucha vejación y molestia de los naturales, porque los dichos sacerdotes, tenían cárceles, alguaciles y cepos donde los prendían y castigaban como y porque se les antojaba, sin que hubiese quien les fuese a la mano"... Guamán Poma ha dibujado a un doctrinero azotando a un indio desnudo, atado de pies y manos, mientras otro observa en el cepo inmovilizado. Por cédula de 20 de mayo de 1679 dirigida a los arzobispos y obispos del Perú y Nueva España, les encarga el Rey que eviten los agravios que los doctrineros infieren a los indios. En otra de 2 de setiembre de 1687, ante las denuncias presentadas, se vuelve a insistir sobre lo ordenado (44).

El propio Arzobispo de Lima en carta al Rey de España en 1613, reconocía la codicia de los doctrineros: "creo a estado la falta en los que los han doctrinado, que solamente an atendido a su provecho é interes y no al bien de las almas destos desventurados" (45).

El Virrey de Montesclaros se refería a este aspecto en sus memorias, diciendo: "se van todos tan desenfrenadamente que la más ruín doctrina vale más el día de oy que ningún repartimiento... tienen en las doctrinas cárceles y cepos para los indios y tratan y contratan con ellos muy en su perjuicio (46).

El Padre Vargas Ugarte confirma estos atropellos en la "Historia General del Perú: "Se había extendido aún más el abuso de exigir a los indios algunos servicios personales y hasta se atribuían los curas una especie de jurisdicción civil sobre ellos, llegando hasta inflingirles castigos corporales por sus delitos". Relata el mismo historiador que una de las "instrucciones" del Virrey Toledo dirigida a los religiosos mandaba: "no se atribuyan jurisdicción Civil, como algunos lo hacen y no pongan estorbo para ser visitados por los obispos en cuanto párrocos. Que no se metan a tratar del derecho y señorío de los Incas y de otras cosas que traen consigo mucho escándalo" (47).

Enrique Márquez Guerrero destaca en su artículo "La sujeción del Nuevo Orbe a la Corona de España por sus Magistrados", el trato inhumano que se otorgaba a los reclusos de la audiencia de Quito, por lo que se prohibió a los misioneros y al clero "el uso de grillos y cepos para los indígenas" (48).

En "Notas a la Recopilación de Indias", de Manuel Josef de Ayala (49), se inserta la orden para que los prelados y jueces eclesiásticos no saquen indios de sus pueblos; y si algún delito hubieren cometido, los castiguen en ellos". En el mismo libro, la Ley VI manda "que los clérigos y religiosos doctrineros no prendan, ni hagan condenaciones a los indios, ni nombren fiscales y guarden aranceles"; y en la nota al margen se aclara que esta ley se dio al comprobarse que los religiosos de las Ordenes de San Francisco, Santo Domingo y San Agustín en México, tenían en

42. Historia General del Perú T. II, pág. 95.
43. Las Memorias de Juan Bautista Túpac-Amaru, pág. 146.
44. Cedulario Americano del Siglo XVIII, pág. LXVII.
45. Imprenta de Lima, T. I, pág. 368, José Medina.
46. El Cronista Huamán Poma de Ayala, pág. 61.
47. Ob. cit.
48. Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios, Nº 56.
49. Notas a la Recopilación de Leyes de Indias, T. I. Madrid, 1945.

cus "Monasterios cepos para poner en ellos a los indios que querían, y los aprisionaban y azotaban por lo que les parecía y los trasquilaban, que era género de pena que solía darse a los indios, lo cual sentían mucho" (50).

Esta misma pena —que es pertinente aclarar se usaba con los "galeotes"— se empleó también en el Perú Colonial a raíz del poderoso pronunciamiento del Taki Ongoy, o levantamiento peruano del Siglo XVI. La represión española consistió en azotar y trasquilar al indio común: "pena que causaba mucho pesar en el aborigen ya que el tocado de la cabeza era distintivo tribal" (51).

El Virrey del Perú, Príncipe de Esquilache, en carta al Rey, justificaba el motivo por el cual había ordenado la reclusión de los insurrectos: "Ordeneles a los visitadores que prendiesen a todos los dogmatizadores de los indios y que los remitiesen a una reclusión que fabrico en el Cercado, donde estarán ocupados y enseñados, sin comunicación de otros indios, porque con esto se atajará la contagión que con su mala doctrina ha cundido entre tantos"; y agrega en otra carta, que ha fundado en Santiago del Cercado dos casas, "la una para cárcel y reclusión de los delincuentes y la otra para seminario de los hijos de los caciques presos" (52), tipo de encierro que ya había establecido en Lima, sin ese rigorismo, el Virrey Toledo, en cumplimiento de un Acuerdo del Segundo Concilio Limense en 1567, sobre castigo de "Hechiceros" al habilitar corralones como presidios a cargo de sacerdores doctrineros.

Según Luis Millones (53) "fueron recluidos en la doctrina de Santiago del Cercado bajo la supervisión de los jesuitas. El internamiento era ilimitado hasta la total catequización de los profetas. El régimen extraordinariamente severo: obligación de labor (hilado) que los mantenía, sermones y prácticas religiosas diarias, misas los días de fiesta; todo esto dirigido por **"un español honrado y de confianza".** Aunque sería aventurado establecer comparaciones entre el durísimo régimen del Establecimiento Holandés "Rasphuis" y el implantado en Lima para "desterrar idolatrías", existe sin embargo, un lazo común que los hermana: El sentido correccional de su creación. No sabemos si en México existieron establecimientos similares; si así no fuera, el Perú colonial sería indudablemente, el que implantó primero un régimen correccional celular, aún antes que Inglaterra y Holanda. Recuérdese que en esa época el hacinamiento promiscuo en locales, era el común denominador y que las "galeras" significaron sólo una solución para la hegemonía marítima de los Estados. Pero un régimen fincado en el trabajo diario, la educación religiosa intensiva, la duración indeterminada de la pena y las medidas extremas de vigilancia —"todo en redondo está cercado de un muro y lo cierran de noche con sus puertas—" (54), sólo se dio en los penales correccionales europeos de fines del Siglo XVI y, salvando las distancias, en el Perú de la colonia. El profesor Altamira acepta que el sistema de penalidad que regía en las misiones —se refiere a los regentados por Jesuitas— era duro. "Comprendía —dice— desde la penitencia pública hasta las penas perpetuas, excepto la muerte" (55).

La Cárcel de Inquisición

En América, el establecimiento de la Inquisición siguió a la conquista española. El Rey Felipe II ordenó que se crearan en estos nuevos reynos por cédula de 25 de enero de 1569, que es la ley 1ª... título 19, lib. 1 de la Recopilación de Indias. El Tribunal del Santo Oficio funcionó en Lima desde el 29 de enero de 1570, inaugurándolo don Serván de Cerezuela, en la casa fronteriza a la portería e iglesia de La Merced, utilizando en los primeros años dicho convento como centro de reclusión. "Tratábase de escoger sitio para sede del Tribunal y parecieron buenas unas casas, fronteras a la Merced, que eran de la Real Hacienda;... como eran pequeñas hubo que adquirir la vivienda próxima para cárcel, que exigía aposentos separados para el Alcaide, alguacil y presos" (56). Es anecdótico el hecho de que esta primera casa resultó con el tiempo estrecha, por lo que hubo que adquirir otras, llegándose a contar 19 en 1634 y 79 en 1636, en vista de los numerosos arrestos efectuados por el Santo Oficio (57). Posteriormente se trasladó a lo que hoy es el local del Senado, en la Plaza de la

50. Ob. cit. pág. 230.
51. Ideología Mesiánica del Mundo Andino, pág. 89.
52. Historia General del Perú, R. Vargas. 4.
53. Nuevos Aspectos del Taki Ongoy, pág. 99.
54. Ideología Mesiánica del Mundo Andino, pág. 99.
55. Historia de España, T. III, 351.
56. Historia General del Perú, R. Vargas U.
57. Ob. Cit.

Inquisición. Las Cortes de Cadiz en 1813, la clausuró definitivamente, al declarar que "El Tribunal de la Inquisición es incompatible con la Constitución".

Quedaban fuera de su jurisdicción los judíos y paganos no convertidos y los indios "por ser nuevos en la fé, gente flaca y de poca sustancia". Pese a que la Bula "Veritas Ipsa" expedida por Paulo III en 1537, declaraba a los indios seres racionales. Luego, el mismo Tribunal solicitó una variación en su política segregacionista, como se aprecia de la consulta de 13 de julio de 1767, que hizo el Tribunal, porque "es llegado al tiempo de haver pasado más de dos siglos desde la conquista y que los indios ya no son tan salvajes, incultos é ineptos, antes igualan ó exceden a los más discretos europeos, para que se permita al Santo Oficio, sino el conocimiento de todo género de causas, a lo menos en las que fuesen reos".

"Los hermanos legos del convento de Santo Domingo eran los torcineros o encargados de aplicar tormento y los de la orden hospitalaria de San Juan de Dios los que cuidaban a los enfermos en la cárcel del Tribunal. Además, en todos los pueblos existían delegados de la Inquisición con el encargo de dar informes sobre las denuncias que los requiriesen, y de enviar las sumarias y las personas de los acusados" (58). En el edificio que hoy subsiste, se habilitó una sala de tormentos y confesiones llamado "El Infiernillo", celdas de reclusión y penitencia bajo el régimen de aislamiento absoluto. Las ejecuciones, eran públicas y se llevaban a cabo en la Plaza Mayor, hoy Plaza de Armas.

José de la Riva Agüero, denuncia en las "28 causas de la Revolución": "Que toda ilustración pública es prohibida, y se castiga a los que han leído obras filosóficas, de instrucción pública, para los que la Inquisición tiene preparadas sus cárceles, y el gobierno sus cadalsos" (59). Pese a ello, Ulloa Cisneros, sin aportar mayores pruebas, alaba a la Inquisición Limeña porque en el Perú durante la vigencia del Tribunal del Santo Oficio, se instruyeron "sólo 400 procesos y se condenó únicamente a 30 personas a la hoguera". Fuentes, en su estadística de Lima dice que fueron 59 quemados vivos y 458 procesados. Carlos Pereira afirma que "El Tribunal de la Fe salvó al Nuevo Mundo de profundas desviaciones en las costumbres; impidió que se propagasen algunos extravíos mentales... se opuso con firmeza a todas las supersticiones y en este orden lo hemos arrancado desde las beatas revelanderas hasta las brujerías de indios, negros, zambos y mulatos" (60). Esa benignidad de la Inquisición Limeña, difiere de la empleada por su similar española, famosa por la refinada crueldad en las torturas y la carencia de escrúpulos para quemar herejes. "Pulgar, Secretario de la Reina Isabel, cuya crónica empieza en 1490, hace llegar el número de herejes quemados a 2,000 y la de Zurita estima que antes de 1529, sólo en Sevilla habían perecidos 4,000". Alfonso Torres de Castilla, citado por Sueiro, imputa sólo a Torquemada, Inquisidor general entre los años 1480-1498, 105,304 víctimas entre quemados en persona, en estatua y los sometidos a otros suplicios (61).

La Inquisición Española, no fue, sin embargo, un caso aislado de crueldad, sino que, como sostiene Balmes, en el Siglo XVI todas las naciones utilizaban el fuego y la espada para solventar querellas religiosas. Y así como en España se quemó en nombre de la fe católica a herejes y se torturó a hechiceras, en la calvinista Ginebra también fue quemado Servet.

"No podemos llegar a comprender el fenómeno del Santo Oficio, ni aún dar razón de su existencia, a menos que hagamos un esfuerzo para apreciar la mentalidad de los que lo fundaron y de los que lo nutrieron y sostuvieron" (62). El Padre Rubén Vargas Ugarte, dice al respecto: "muchos, por estrechez de miras o por falta de imparcialidad no ven en el Santo Oficio sino una institución sombría y cruel y contraria a la libertad humana. Combatió el mal, quizá algunas veces con dureza, pero la sociedad le debió verse libre de más graves inconvenientes (sic).

Curioso episodio, que no por esporádico se debe silenciar, fue el empleo en el Puerto del Callao, de barcos prisión, 200 años antes de la utilización de las prisiones náuticas Inglesas. Esta pena —que indebidamente se denominó "galeras", equiparándola al trabajo forzado de los remeros o al encierro en prisiones en tierra— fue luego prohibida por la Ley 24, título 17, libro 2º de la Colección de Indias: "Mandamos a

58. Tradiciones Peruanas, Anales de la Inquisición T. VI, pág. 313.
59. Las 28 Causas de la Revolución de América, págs. 56, 57.
60. Citado por G. Lasala, pág. 582.
61. El Arte de Matar, pág. 131.
62. La Inquisición Española, págs. 266-267.

los Alcaides del Crimen de nuestra Real Audiencia de Lima, que no hagan prisiones en las galeras o navíos que estuvieren en el Callao; y si en algunos casos conviniere y no se pudiere excusar, se dé primero cuenta al Virrey, y con su orden sean recibidos los presos detenidos y guardados de forma que no se huyan de la prisión".

El Establecimiento Penal más conocido "La cárcel de Corte", estaba ubicado en la Calle de La Pescadería, al costado de la Plaza de Armas. Para las mujeres se empleó, como en España, "galeras" en conventos de monjas, como el Real Abaterio de Amparadas de la Concepción (63). Otro presidio famoso fue el de Casas Matasen de la Fortaleza del Real Felipe del Callao, a cargo de oficiales de presidio y cabos de vara. La isla de San Lorenzo también se usó como prisión de reincidentes y presos políticos. En Lima los locales destinados a cárceles coloniales han desaparecido, demolidas por el "progreso".

En la cárcel de la Inquisición, en Lima, que en la actualidad se conserva como museo, existe una Sala de tormentos con todos los instrumentos de tortura medioevales y la temida celda de castigo en un sótano profundo, oscuro y estrecho al que sólo se ingresa, de pie. Gregorio Lasala afirma que en sus celdas se empleó "el sistema celular con trabajos obligatorios" y agrega —con afán de apologeta y desconocimiento sorprendente —que los inquisidores— con el régimen que implantaron en esas cárceles, "son los verdaderos precursores de los modernos sistemas penitenciarios" (64).

La prisión colonial española importó los vicios y errores de la cárcel peninsular. Permitió el derecho de carcelaje, toleró un trato de preferencia para nobles y caballeros, frente a un régimen inhumano y de maltratos para el resto de penados, abusó de las torturas e hizo escarnio de los derechos más elementales de los condenados. "Con mucha frecuencia se aplicaba la de azotes, administrados con tiras de cuero seco y duro sin abobar". También se solía castigar echando sobre la piel del culpable lacre o brea hirviente. "Mandamos que, después de ejecutadas penas corporales en los presos de azotes, vergüenza pública, o clavar la mano o semejantes, no sean vueltos a la cárcel sin derechos ni costas". El testimonio del Padre Galilea, mencionado por Lasala, es interesante porque observó personalmente en las cárceles de Casma y Yaután la existencia de cepos y potros de tortura (65).

La manutención de presos de las cárceles para nobles, dependía del Cabildo o de sus familiares; los curas doctrineros gozaban de autonomía y administraban sus propias cárceles con el sínodo que el Rey o los encomenderos les pagaban; los presos comunes generalmente se alimentaban de la caridad pública. Las órdenes religiosas mantuvieron el régimen de penitencias en celdas de aislamiento. En muchos casos, especialmente en las sentencias del Tribunal del Santo Oficio, la pena para los condenados de privilegio, podía —con misericordia— ser condonada y se cumplía en el domicilio del reo: "puedan los Inquisidores señalar como cárcel perpétua la casa propia del penitenciado, mandándole que no la quebrante bajo las penas prescritas por derecho".

Dentro de la prisión común el tratamiento difería según se tratare de peninsulares e indios. A los primeros se les atendió con solicitud, en la parte mejor conservada del local, permitiéndoseles, por cédula de 1767, alimentarse de sus bienes si los tenían. A los indios se les colocó en cárceles especiales, como la descrita anteriormente, habilitando solares en lugares distantes, sucios y malolientes. Su manutención estaba supeditada a las limosnas que les alcanzaban los transeúntes al mediodía por entre los barrotes. A los negros, que no habían sido ajusticiados por sus amos se les discriminó aislándolos aún más, según se tratase de mulatos y zambos. Las penas impuestas por delitos menores se cumplían en el Presidio del Callao, a donde se destinaba a los reos para "las obras reales, a ración y sin sueldo". Esta modalidad de sanción también se usó en Lima para la limpieza de calles y plazas, subsistiendo en la República hasta los primeros años del presente siglo.

A los presos sentenciados por el Santo Oficio que no ingresaban a la cárcel de la Inquisición y a los reos por sublevación e insurrección, se les daba pena de destierro en los presidios de Valdivia, Castillo de Bocachica en Cartagena, Chagres, Castillo del Morro en La Habana, Ceuta o las islas de Juan Fernández.

63. Tradiciones Peruanas, T. I, pág. 321.
64. La Cárcel en la América Española, pág. 583.
65. Ob. cit. págs. 592-593.

En los conventos de la Lima colonial siempre se destinaba una celda como "cárcel" para monjes infractores nobles o refugiados. Así se distingue en el plano de planta del convento de Santo Domingo, celda 47, dibujado por Fray Rodrigo Meléndez, que se conserva en la sala de Libros Raros y Curiosos. R/3419 de la Biblioteca Nacional de Madrid.

Los alcaides eran nombrados por los Alguaciles Mayores y juraban el cargo luego de depositar la fianza de Ley: "ordenamos que todos los alcaydes y carceleros no usen sus oficios sin dar fianzas legas, llanas y abonadas, en la cantidad que pareciere a la audiencia del distrito, con obligación de tener los presos en custodia", fianza que recuperaban con creces durante la vigencia de su administración. Consecuentemente el derecho de carcelaje se permitió y autorizó por ley, como compensación por los gastos de la subasta a la que se sacaba la cárcel pública. "Se saquen a pregón y se rematen en el mejor postor". Tantos fueron los abusos que se dictó una ley para que "todos los carceleros guarden los aranceles y lleven los derechos ajustándose a ellos, y no más como está ordenado". "Por los derechos de carcelaje y costas de la justicia y escribanos, sucede que los carceleros quitan los vestidos y otras prendas a los presos, exceso que no se debe consentir. A los indios presos porque se embriagan no lleven costas, derechos ni carcelaje las justicias alguaciles y carceleros".

Siguiendo la costumbre implantada por los Fueros Españoles, se ordenó la obligatoria visita de autoridades judiciales a las prisiones. Carlos I mandaba en 1553: "Ordenamos y mandamos que en las ciudades donde residieren Nuestras Reales Audiencias vayan los oidores todos los sábados como el Presidente los repartiere, a visitar las cárceles de audiencia y ciudad y asistan presentes nuestro fiscal y alcaldes ordinarios, alguacil y escribanos de cárceles; y donde hubiere alcaldes del crimen hagan visitas en las cárceles del crimen".

Posteriormente, en 1567, la Ley 14º del título 7º libro 7º de Felipe II, decía: "De las visitas de cárceles hechas por los oidores han resultado incovenientes en daño y perjuicio de los indios, dándoles a servicio por deudas civiles a otras personas que a sus acreedores por más tiempo que el necesario para pagar deudas".

Esta ordenanza para que las autoridades judiciales visitasen periódicamente las prisiones resolviendo in-situ problemas urgentes, injusticias y retardo en los juicios, significó no sólo una decisión acertada que reivindica —en parte— la desatención de los corona con los reclusos, sino que cronológicamente fue una medida muy anterior a la que recomendaba Howard en "Estado de las Prisiones", y, que hoy, perfeccionada, se ha convertido en una institución penológica muy apreciada en Europa, especialmente en Italia, Francia y Portugal: el "Magistrado de Ejecución Penal".

Las disposiciones reseñadas revelan preocupación por corregir abusos que se cometían aunque no puede usarse como sólido argumento por quienes —en un afán muy comprensible, por tratarse de españoles— niegan hechos evidentes y atropellos producidos a diario contra indios privados de la libertad, explotados y maltratados en exceso, en abierto desafío a las leyes que muy pocas veces alcanzaron efectividad. Ya Carlos Daniel Valcárcel ha definido severamente a estas Leyes de Indias, como el "Supremo Código Virreynal, justo en sus mandatos aunque ordinariamente burlado" (66). Y Basadre dice, que "una circunstancia fundamental que precisa anotar, es el abismo entre la ley escrita y la realidad; el divorcio entre el Derecho y el hecho" (67).

Hoy nadie puede decir que ignoraba el trabajo forzado en las minas, institución conocida como "la mita", a la que se destinó también a los reclusos, "como si se les enviara a galeras o cosa parecida"; y está comprobada la mortalidad de los mitayos, en una proporción tal, que se puede afirmar sin exageración, que constituyó un genocidio de la población serrana.

Es innegable que las leyes y ordenanzas de Indias se dictaron para remediar los abusos del régimen de repartimientos, encomiendas, mitas y rescates, pero la aparente atenuación de la legislación colonial y la preocupación de los que en España no ignoraban los atropellos, discriminación e injusticias, fue insuficiente para combatirlas con éxito, porque el control interno para evitarlas, se empleó comúnmente con temor o timidez, o se omitió por complicidad. El Virrey Toledo decía a su majestad: "para hacer mucha parte de esto tenía V. M. proveídas y despachadas muchas cédulas en aquel reino, santas y justas y buenas, más estábanse en los archivos sin ejecutarse ni ha-

66. Túpac Amaru Revolucionario, pág. 42.
67. Historia del Derecho Peruano, pág. 270.

cerlo hacer los ministros mis antecesores" (68). El juicio lúcido y sereno de José Luis Bustamante y Rivero, se subleva cuando expresa que "Esta innobjetable tendencia humanizadora de las leyes de Indias sufrió duro rebote en su aplicación a la realidad colonial peruana, sea por la menguada calidad personal de muchos de los conquistadores, sea por la natural tendencia al desenfreno en quienes actúan sobre medios de mentalidad inferior y bajo el acicate de pasiones fuertes como el mando, la codicia y el sexo, sea en fin, por la imposibilidad en la metrópoli de organizar a la distancia un Poder Virreynal suficientemente austero y firme para contener los desmanes de desobedientes e infractores" (69).

No debe sorprendernos pues, el empleo de una variedad de formas de torturas ni el sadismo que primó en las ejecuciones. La barbarie y el horror gobernaron en esta etapa de la ejecución penal en Europa, y las colonias americanas no podían sustraerse a ello. Por esta razón, discrepamos de los que afirman que la pena impuesta a nuestro caudillo José Gabriel Condorcanqui, Túpac Amaru, excedió en mucho, a la modalidad de sanción empleada en esa época, y que así se hizo, porque significaba una advertencia para los que intentaban rebelarse contra la corona. Si bien, así se hizo constar en la sentencia de muerte del precursor, "pena de muerte con los añadidos que causen terror y espanto al público, para que a la vista del espectáculo se contengan los demás, y sirva de exemplo y escarmiento" (70), no es menos cierto que durante la Edad Media, el feudalismo y la monarquía absoluta, en Europa se realizaban ejecuciones similares y aún más salvajes.

Recuérdese la de don Alvaro de Luna en 1452, y la de don Pedro Maldonado Pimentel en 1522, o el Edicto de Francisco I de Francia, de 4 de febrero de 1534, contra bandoleros y ladrones: "los brazos, los riñones, las piernas y los muslos serán rotos y divididos en 2 partes de arriba abajo, con la cara vuelta al cielo, quedarán vivos para hacer penitencia (71).

Howard, Barnes y Teeters, Cuello Calón y últimamente Daniel Sueiro, son pródigos en ejemplos. Jiménez de Asúa tiene un excelente trabajo sobre el tema, en el tercer tomo del "Criminalista".

La leyenda negra de la dominación española, referida en este caso, a la etapa de privación de la libertad, no es invención de hispanófobos resentidos que tratan de desprestigiar la labor de colonización ibérica a— la que nadie niega algunos aciertos— sino que se sustenta en pruebas documentales de una seriedad irreprochable, como la Recopilación de Leyes de Indias, los informes de los Virreyes y las denuncias de los criollos, contra un régimen de castas y elitista, que en base a una explotación indiscriminada de nuestras riquezas y al atropello permanente de la dignidad humana, cometieron a diario, encomenderos, corregidores, curas doctrineros y demás autoridades peninsulares.

Infortunadamente la mayoría de las vicios de la prisión colonial que hemos criticado, subsistieron durante la República en el siglo pasado y se consienten en la actualidad. El Perú pareciera ser inmune a las corrientes científicas renovadoras, que subrayan la finalidad resocializadora de la pena y la creación de institutos penológicos que posibiliten su realización, prefiriendo, en un cómodo "dejar hacer", la estagnación, el empirismo, el favor político, el atropello a la dignidad humana y la corrupción administrativa, características de la cárcel de la colonia. Que el conocimiento integral de nuestro pasado penológico sirva —por lo menos— para tratar de desterrar lacras ancestrales.

LA ADMINISTRACION PENITENCIARIA DURANTE LA REPUBLICA

Consideraciones previas

Los primeros años de vida republicana no aportan nada destacable como innovación efectiva en el régimen de prisiones. Este fenómeno apreciado ahora dentro del proceso de esclarecimiento histórico de nuestra independencia, no fue un caso aislado, sino un ejemplo más de cómo la presencia de España, se manifestaba de muy distintas formas durante la República. Hoy, a 152 años de esa primera independencia política, todavía nos encontramos empeñados en buscar soluciones propias, tratando de afianzar nuestro destino como Nación soberana. Aceptando este hecho, podremos comprender mejor, como el sistema carcelario colonial subsistió en la República durante el Siglo XIX, conservando las características de abandono,

68. Historia del Derecho Peruano, pág. 245.
69. Revista Penal y de Tutela, Nº 7, Volumen II, 1945, pág. 345.
70. La Rebelión de Túpac Amaru, pág. 160.
71. El Arte de Matar, pág. 221.

inmoralidad, tortura y discriminación. Hasta las cárceles del pueblo y eclesiásticas se mantuvieron, variando sólo de denominación más acorde con la nueva división geográfico-administrativa, en "cárceles provinciales" y "cárceles distritales".

Sería aventurado entonces, elogiar todas las disposiciones del protectorado y de los primeros gobiernos nacionales en favor de los reclusos cuando sabemos que la mayoría de ellas nunca se aplicaron, manteniéndose por muchos años al status negativo de las prisiones. En ese aspecto, como en muchos otros, se siguió la inveterada costumbre colonial —de la que todavía hoy no podemos sacudirnos— "Se acata pero no se cumple". ¿Qué seriedad tendría reseñar disposiciones que nunca se efectivizaron en beneficio de los presos, pese a los buenos deseos e intenciones de sus autores? y en que medida, si las mencionáramos ¿merecerían figurar como aportes penológicos?

Este preámbulo —aparentemente innecesario— explicará mejor la evolución de la pena privativa de la libertad. Las conquistas logradas, los errores cometidos, las experiencias frustradas, los dispositivos legales —anacrónicos o acertados— que normaron sus funciones, y los precursores que con esfuerzo y sacrificio, lucharon y consiguieron mejoras sustanciales para los que sufren prisión. Apreciaremos también como ese esfuerzo fue desaprovechado lamentablemente por otras administraciones y veremos —en la medida en que la objetividad del autor no se desborde inconcientemente en calificativos personales— debido a qué causas y razones ésto se produjo, aunque podemos adelantar que —aparte de la incapacidad consustancial de los funcionarios de prisiones—, primó un factor negativo muy nuestro: el aspecto político.

Creemos honestamente que una visión integral de la problemática carcelaria puede servir de enseñanza y ejemplo para discernir entre lo que hay que respetar y continuar —como acción efectiva de gobierno— y lo que definitivamente debe desecharse —como esquema empírico de trabajo— si es que se quiere crear una infraestructura debidamente planificada, asentada en sólidos principios doctrinarios, que permitan la elaboración y puesta en marcha, de un sistema acorde con los postulados que propugna la ciencia penitenciaria.

El profesor Julio Altmann Smythe ha establecido cuatro períodos en el régimen de prisiones republicano: 1.—Desde la independencia hasta el primer gobierno del Mariscal Castilla; 2.—Desde las reformas propuestas por Paz Soldán hasta la creación de la Inspección de Prisiones en 1927; 3.—La gestión de Augusto Llontop y de Bernardino León y León; y 4.—Las reformas emprendidas durante el trienio 1945-1948 (72). A la que nosotros agregaríamos una 5º y última fase: La llamada "reforma carcelaria 1963-1968". Desde esa fecha hasta mayo de 1973, nada destacable merece reseñarse y lo poco que podría decirse se traduciría en severa crítica a lo que consideramos la etapa más negativa del penitenciarismo peruano.

1.—El gobierno del Marqués de Torre Tagle promulgó el primer reglamento de prisiones el 23 de marzo de 1822. Pese a que no derogó el mandato colonial que autorizaba el derecho de carcelaje, ni el uso de cadenas y grillos, ordenó una clasificación primaria de reos adultos y menores y otra de varones y mujeres, permitiendo —en un alarde de humanidad que se aplaudió en esa época— que los presos tuvieran oportunidad de salir al patio de la cárcel a "respirar aire puro", una hora por la mañana y otra por la tarde.

El Derecho de carcelaje —especie de canon a favor del concesionario o administrador de la prisión— fue suprimido por Decreto Supremo de 4 de octubre de 1832, al derivar a las municipalidades la mantención de los presos. El Dr. Altmann reconoce que esa disposición fue burlada frecuentemente pese a ser reiterada por sucesivos decretos. En 1853, Mariano Felipe Paz Soldán, denuncia todavía su existencia.

El General Santa Cruz expide el Reglamento de Tribunales del Estado Nor-Peruano el 10 de diciembre de 1836, en cuyo título sobre el régimen de prisiones, estipulaba: Los penados deberán ser tratados con blandura y suavidad y sin producirles mortificaciones más allá de lo que fuere mandado por la autoridad competente; los alcaides deberán ser nombrados por el Poder Ejecutivo, a propuesta del Poder Judicial; El Derecho de carcelaje deberá ajustarse al arancel vigente, llevándose al efecto la contabilidad por dicho ingreso, etc.

72. Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal, pág. 264.

El Doctor Bernardino León y León alaba sin reservas el reglamento que para el presidio del Cusco expidiera el gobierno de Castilla el 1º de Julio de 1850. "Era evidentemente algo superior al medio y a la época, en América del Sur". Este notable instrumento legal, contenía las siguientes innovaciones: a) Trabajo obligatorio para todos los reclusos, excepto los menores de 14 años y los mayores de 60; b) Percepción de un jornal diario para el recluso, que se dividía en 4 partes: una de ellas para pagar su manteción y otra como fondo de reserva al salir en libertad; c) Clasificación según la gravedad del delito y la duración de la pena; d) Separación de sexos, nacionalidad, artes y oficios; e) etapa de prueba con régimen disciplinario suavizado; y f) redención de la pena por buena conducta.

El reglamento de 1850 se empleó únicamente en el presidio del Cusco, representando un avance importante no sólo en el ámbito latinoamericano, sino comparativamente a nivel de las experiencias revolucionarias que pocos años antes habían iniciado Montesinos en Valencia y Maconochie en Australia. Y aunque no pretendamos equiparar la figura del general Miguel Medina, entonces prefecto del Cusco e inspirador de las reformas que destacamos, con la de los creadores del régimen penitenciario progresivo, el hecho de que el Perú —casi coincidentemente con España e Inglaterra— legislase sobre redención de penas, medidas gradualistas de tratamiento y etapa de prueba, hace imprescindible que se estudie con más detenimiento la obra de este olvidado funcionario, ensalzada en su oportunidad por Paz Soldán.

2. La Obra de Mariano Felipe Paz Soldán

Así como Bélgica tiene a Vilain e Inglaterra se enorgullece de Howard, el Perú puede ufanarse de poseer en Mariano Felipe Paz Soldán, al máximo exponente del penitenciarismo latinoamericano del Siglo XIX.

Juez de Primera Instancia de la Provincia Litoral del Callao, Auditor de Marina, estudioso autodidacto de la ciencia penitenciaria, reformador por propia iniciativa de la cárcel de Cajamarca, logró despertar el entusiasmo del general Echenique, entonces Presidente del Perú, quien lo comisionó para que viaje a norteamérica a estudiar su sistema penitenciario, en los primeros meses de 1853. Producto de ese viaje fue el famoso informe publicado en Nueva York en noviembre de ese mismo año, que consta de dos partes: Los sistemas penitenciarios pensilvánico y auburniano y las penitenciarías visitadas; y el estado de las cárceles y presidios del Perú, las soluciones propuestas y el plano de los penales que en Lima y Cusco sugería se construyeran.

"Mi propósito es santo, no critico nuestro estado, no descubro nuestros males para burlarme de ellos: quiero contribuir a la reforma de un ramo esencial a la ventura común y hacer como el médico que pinta la enfermedad con sus más vivos colores, para llamar la atención del enfermo y arrancarle a la indolencia que le consume, a fin de aplicar después el remedio. Haré lo primero, refiriendo con sencillez lo que son nuestras prisiones: no sé hasta donde vaya acertado en lo segundo; pero al menos diré mi sentir, apoyado en las ideas de autores respetables" (73).

Partiendo del diseño clásico del panóptico de Bentham, Paz Soldán introdujo variantes sustanciales en atención a nuestras limitaciones fiscales y a las peculiares caracteristicas del régimen carcelario peruano, consiguiendo la anuencia del gobierno para iniciar la construcción de la Penitencairía Central de Lima en 1856. Concluidos los trabajos, seis años después, se inauguró solemnemente el local el 23 de julio de 1862, durante el gobierno del Mariscal Castilla, con un sistema auburniano nacionalizado, o sea, trabajo en comunidad durante el día y aislamiento nocturno en celdas. El reglamento, que el mismo redactó, constaba de sólo 13 artículos y seguía los lineamientos trazados por las ordenanzas del Presidio Cusqueño: clasificación de adultos y menores; castigos y recompensas; y fondo de reserva para cuando el recluso saliera en libertad.

La Penitenciaría de Lima tuvo una existencia azarosa en sus 96 años de funcionamiento. Muchos hombres públicos sufrieron prisión y vejámenes en sus celdas en épocas de dictadura, pero los presos comunes disfrutaron —salvo las excepciones de las que ningún penal en el mundo ha podido librarse— de un régimen benigno, oportunidades de trabajo, percepción de un salario adecuado y aprendizaje de un oficio.

Este penal, que motivara encendidos elogios y acerbas críticas, propició con su demolición, un hecho anecdótico que debe denunciarse: Destruido apresu-

73. Informe de Mariano Felipe Paz Soldán, pág. 89.

radamente en 1961 conjuntamente con la Cárcel Central de Varones, la administración carcelaria de ese entonces se sorprendió de encontrarse —de la noche a la mañana— con una población penal a la que no tenía donde recluir porque se había "olvidado" de construir un local compensatorio. Y, aunque se dio —con ligereza— una ley de indulto extraordinario que inundó Lima de delincuentes, no pudo, aunque seguramente habría sido su deseo, liberar a la totalidad de reclusos, por lo que tuvo que habilitar "por corto tiempo", los sótanos del Palacio de Justicia.

Así, por una medida política totalmente desacertada, se propició durante casi ocho años, 1961-1968, la existencia de un local carcelario propio del medioevo, que ha pasado a la historia penitenciaria peruana como el ejemplo clásico del empirismo, la indignidad y el atropello: la famosa: "Carceleta Judicial", que albergó, en condiciones infrahumanas, mucho peores que las que tenía el penal destruido, a un promedio de 1,000 reclusos. El 26 de julio de 1968, se clausuró definitivamente ese antro, como lugar permanente de detención.

Pero Paz Soldán no se contentó con proyectar el edificio de la Penitenciaría de Lima, sino que preparó un ambicioso plan de reforma carcelaria que contemplaba entre otros aspectos: La modificación del régimen anacrónico de prisiones; la especialización del personal carcelario, porque "muchos carceleros y alguaciles no tienen sueldo y son lo peor de la sociedad: ignorantes por lo mismo y corrompidos: su nombramiento se debe a empeños o porque no habiendo ningún hombre honrado que se encargue de un oficio envilecido por el actual sistema de prisiones, la necesidad obliga a encomendarlo al primero que quiera recibirlo" (74).

Criticó el trabajo de los reclusos en obras públicas, considerándolo nefasto para la seguridad de la población y denigrante para los propios presos "cargados de cadenas a la vista de todos los que pasan, pierden en tan degradante pílori hasta el más pequeño resto de vergüenza".

Fustigó el estado ruinoso de las cárceles "que un borracho rompe de una puñada la puerta de seguridad", y la desatención del Estado en relación a la alimentación de los reclusos, obligándolos a que vivan de la caridad pública "aumentando la carga de la sociedad que acaban de ofender".

Reclamó el trabajo obligatorio en los penales porque "donde quiera que se mantengan prisiones de encierro sin trabajo y aislamiento de noche, "el ocio genera vicio y perversión". Propuso para remediarlo, el trabajo en comunidad durante el día característico del régimen aubirniano y el aislamiento en celda por la noche".

Para la construcción de futuras prisiones presentó un completo plan que incluía una penitenciaría en el Cusco, que por falta de recursos no se pudo construir, con los siguientes requerimientos básicos: **buena localidad,** o sea en terreno seco, sano, inmediato a puerto o ciudad; **seguridad,** para que el preso no pueda fugarse; **ventilación,** que debe ser libre, directa para que el aire se comunique con facilidad en todas las estaciones del año; **aseo,** tan necesario a la salud como la buena ventilación; recomendaba **pisos de locetas** para pasadizos, corredores y talleres, y no de madera "que dificultan la limpieza; **agua,** limpia, corriente y abundante, para las celdas, talleres, comedor y servicios higiénicos; **luz,** que "ha de ser directa y de tal modo dispuesta que los talleres y celdas reciban el sol de la mañana", así como lámparas para la noche, porque es inconveniente tener el penal a oscuras; y finalmente, buena **distribución,** con arreglo a un sistema arquitectónico que permita al Director o Guardián tener centralizada su inspección y vigilancia permanente.

Mariano Felipe Paz Soldán adquiere cada vez mayor dimensión continental, porque recién ahora se aquilata su visión precursora de enmiendas fundamentales. Lo que aprendió en norteamérica, que fue mucho —en esa época no se había popularizado como ahora el turismo oficial— lo adecuó a nuestras peculiares características, suavizando la regla del silencio absoluto, consiguiendo un óptimo rendimiento en los talleres y una buena disposición de la población penal al tratamiento aplicado. Casi no impuso castigos físicos por indisciplina y las torturas se abolieron definitivamente.

Cuando al estudiar su obra comprobamos que muchos de sus anhelos y proyectos se perdieron por la incapacidad, mezquindad y envidia de burócratas y políticos de ocasión, apreciamos mejor sus palabras premonitorias: "A los que irrite la verdad, diré sólo que el remedio no es vituperio a quien dice la verdad con

74. Informe de Mariano Felipe Paz Soldán, pág. 95.

miras honradas, sino unirse para conseguir un fin hermoso y laudable, cual es la mejora de las cárceles... que se haga la cruzada de la regeneración no con el entusiasmo férvido que se apaga al primer revés, sino con la constancia tesonera y capaz de llevar a cabo la obra más difícil: que las autoridades den el ejemplo, considerando una obligación primordial la empresa de regenerar una parte de nuestra sociedad, que hasta hoy aparece como incorregible" (75).

El Código Penal de 1863, estableció el régimen de prisiones en sus artículos 71 al 75, conteniendo entre sus principales disposiciones las siguientes: Las penas de penitenciaría se cumplirán en Lima en el local recientemente construido y de acuerdo a su reglamento. Las penas de prisión y cárcel se cumplirán en la capital del respectivo departamento en las casas públicas denominadas "cárceles". Las penas de arresto mayor en las capitales de provincia y las de arresto menor en los distritos. El trabajo en cárcel se sujetará a lo que los reglamentos establezcan y el producto se distribuirá en tres partes: una para indemnizar los daños causados al establecimiento, otra para la indemnización civil y la tercera como fondo de reserva. Las mujeres cumplirán las penas de cárcel, reclusión y arresto en lugares distintos y separados de los hombres; para las penas de confinamiento, el reo podrá elegir el penal donde cumplir su condena, siempre y cuando diste no menos de cincuenta leguas del lugar donde se cometió el delito (76).

Los principales establecimientos penales durante el Siglo XIX, fueron:

a) La Penitenciaría Central de Lima;

b) La Cárcel de Guadalupe, ubicada en lo que hoy es el Palacio de Justicia;

c) La Cárcel para Mujeres de Santo Tomás, en el antiguo Convento del mismo nombre, inaugurada por Sor Ermelinda Carrera en 1892;

d) El Presidio de Casas Matas en la Fortaleza del Real Felipe del Callao;

e) El Presidio de la Isla de San Lorenzo, con trabajo forzado en las canteras;

f) El Presidio del Cusco, habilitado por el General Medina en el antiguo Convento de los Jesuitas;

g) El Presidio de Cajamarca, reconstruido en 1848 por Paz Soldán.

El trabajo en "obras públicas", se empleó preferentemente en la construcción del ferrocarril de Lima al Callao. Esa fue una medida muy criticada en la época por las continuas fugas y el bandolerismo que se generó en la zona. También se utilizó a los penados en labores de adoquinado y limpieza de calles de las ciudades. Los reclusos eran alimentados por los municipios y la beneficencia. Usaban uniforme amarillo, grilletes y estaban rapados para su fácil identificación.

Durante el gobierno del General Remigio Morales Bermúdez, a sugerencia de la religiosa franciscana Sor Ermelinda Carrera se creó la Cárcel de Mujeres, trasladándose las reclusas del penal de Guadalupe, al Convento de Dominicos de Santo Tomás, cedido previamente para ese efecto el 27 de febrero de 1892. Desde esa fecha, se conoció la prisión de mujeres como la de "Santo Tomás". "Ahí cumplen su condena de penitenciaría y demás penas privativas de la libertad las condenadas de Lima y Callao y, solamente, de penitenciaría, las mujeres de toda la República. El trabajo es obligatorio y realizan las penadas obras propias de su sexo" (77).

En 1901, se dictó un nuevo reglamento para la penitenciaría de Lima, que reemplazó —al de 1863—. Su autor, luego excelente Magistrado Supremo, don Anselmo Barreto, no era desde luego, un especialista en prisiones; sólo así se explica que estableciera como premio a la buena conducta de los reclusos, "el uso de la coca"; y como castigo, "el baño de lluvia".

Por iniciativa del Ministro de Justicia don Lizardo Alzamora, el Presidente Eduardo L. Romaña expidió, en mayo de 1902, un Decreto Supremo que separaba, por primera vez, el régimen de adultos, del tutelar de menores, fundándose, al efecto, la Escuela Correccional de Menores.

Finalmente en 1924, por Ley 4868, se promulgó el Código Penal de 1924, obra del maestro sanmarquino Víctor M. Maúrtua, que creaba, en su artículo 136, el cargo de Inspector General de Prisiones: "Nombrado por el Poder Ejecutivo, que tendrá a su cargo la dirección técnica y la inspección de todos los establecimientos penales".

Con la dación del Código Penal, hoy vigente, se inicia en el País, la etapa más positiva en la ejecución

75. Informe de Mariano Felipe Paz Soldán, pág. 104.
76. Código Penal de 1863, págs. 438 y ss.
77. Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal, pág. 269.

penal y empieza a formarse la infraestructura administrativa que ha permitido conseguir —pese a desaciertos constantes— los escasos pero meritorios avances en el tratamiento técnico-científico de rehabilitación del penado. Así mismo, desde 1927, se crea el Organismo que iba a tener la responsabilidad de establecer la política penitenciaria en el País, y la administración, el control, y la vigilancia de los centros carcelarios, la Inspección de Prisiones, convertida luego en Dirección General de Establecimientos Penales.

3. La Inspección de Prisiones

La Inspección de Prisiones, empezó a funcionar a comienzos de 1927 bajo la dirección del Dr. Augusto Llontop, inteligente y probo funcionario que supo trazar los lineamientos científicos básicos que permitieron a su sucesor, don Bernardino León y León, continuar su obra y realizar una magnífica labor, elogiada internacionalmente.

El mérito del Dr. Llontop radicó en sentar las bases técnico-administrativas de un organismo que antes se había caracterizado únicamente por la administración rutinaria de las prisiones. En ese sentido, la implantación de reformas sustanciales, como la creación de la Escuela de Vigilantes, tomando como modelo la que funcionaba en Argentina por iniciativa de Eusebio Gómez —le permitió contar con un personal— si bien reducido porque la Escuela sólo pudo sacar dos promociones— por lo menos apto para entender básicamente la finalidad readaptadora de la pena y los derechos de los reclusos.

Los cursos que formaban el plan de estudios, tal como lo señalaba el artículo 7º del Decreto Supremo de 12 de febrero de 1927, que creó la Escuela, eran: Nociones de Criminología, Psiquiatría, Penología, Toxicomanía e Higiene Sexual, Lecciones sobre el Código Penal, Cultura Cívica, Castellano, Historia y Geografía del Perú. Su primer Director y magnífico guía fue el penalista Víctor Modesto Villavicencio.

Cuatro han sido las Escuelas de Vigilantes que han funcionado en el País. Ninguna pudo cumplir con la metas propuestas porque, lamentablemente, fueron prematuramente clausuradas. El autor ha tratado de encontrar una explicación que justifique —en algo— la decisión de cerrar los Centros de Capacitación o Escuelas Penitenciarias, y la única que fluye de la documentación oficial revisada, demuestra que ésta se debió a decisiones apresuradas, aconsejadas por los aúlicos enquistados en toda administración penitenciaria. En tres de las cuatro oportunidades, 1930, 1948 y 1968 la Escuela fue cerrada inmediatamente después de la caída del gobierno que la estableció, y en ninguna de ellas, se dio una razón oficial que explicara técnicamente la conveniencia de esa medida. Pareciera ser, y, quisiera equivocarme en esa apreciación, que se deseaba conservar la imagen feudal del carcelero insensible ignorante e inhumano. O dicho en otras palabras: "cuanto más bruto, mejor".

Así, al personal carcelario peruano, elemento principal en toda política moderna de ejecución penal, se le ha mantenido marginado del conocimiento de ciencias penales básicas en tratamiento readaptador; alineado —generalmente por temor— al régimen de turno; impedido de alcanzar mejoras económicas debido a su escasa preparación; condicionado en los ascensos más por razones de amistad, servilismo, complicidad o padrinazgo, que por méritos en el escalafón; expuesto a la inestabilidad laboral porque su conducta funcional ha sido juzgada siempre con severidad y casi nunca con comprensión.

El Dr. Llontop consideró necesario contar con una Sección Estadístico-Penitenciaria y consiguio su oficialización por Decreto Supremo de 23 de julio de 1927. Hoy, 45 años después, muy pocas administraciones han comprendido la enorme trascendencia de la estadística como ciencia auxiliar indesligable del proceso científico de tratamiento del delincuente, que posibilita —en interpretación cuantitativa y causal— el estudio del comportamiento promedio post-delictual, el movimiento penal carcelario diario. Permite racionalizar el gasto público a la vista de las proyecciones que se desprendan de las "Constantes Graficadas" o curvas de intensidad, así como la planificación de medidas a mediano y largo alcance.

Durante su gestión se creó la Cartilla Biográfica del recluso, el servicio de Identificación Dactiloscópica y empezó a publicarse el Boletín de Criminología, órgano oficial de la Inspección de Prisiones.

El Dr. Bernardino León y León asumió el cargo de Inspector el 26 de marzo de 1928 y consiguió elevarlo a la categoría de Dirección General. Su labor fue sumamente fructífera, dice Altmann, y "sus resultados prácticos todavía perduran en nuestro régimen de establecimientos penales. Seguramente en el Perú nadie

ha realizado, hasta ahora, una acción más beneficiosa y científica para las prisiones, que este distinguido jurisconsulto, tan ampliamente conocido por sus estudios en todos los centros de cultura del mundo" (78).

El Dr. León y León logró significativas realizaciones, alcanzando durante su mandato prestancia internacional la política carcelaria peruana, que fue mostrada como ejemplo por distinguidos especialistas como Jiménez de Asúa, Constancio Bernaldo de Quiróz y Mariano Ruíz Funez, que elogiaron la obra emprendida, destacando los siguientes resultados:

a) Por D. S. de 26 de abril de 1930 se crea el cargo de Director Inspector General de Prisiones, dándole categoría de Dirección General a la administración carcelaria.

b) Se creó y reglamentó el funcionamiento del Instituto de Criminología, prescrito por el art. 409 del C. P., por Decreto Supremo de 13 de febrero de 1929. El reglamento del Instituto fue preparado por una Comisión presidida por el Dr. Angel Gustavo Cornejo, e integrada por los Drs. Bernardino León y León, Honorio Delgado y, como Secretario, el Dr. Carlos A. Bambarén.

c) Se dictó el Reglamento de Clasificación de conducta de reclusos.

d) Se estableció como requisito obligatorio para ser Director de los Establecimientos Penales de Lima, el título académico de Abogado, Médico o Pedagogo "con dedicación demostrada en estudios penales". Este dispositivo perseguía algo tan elemental —la orientación científica y técnica en las prisiones —que parece imposible que la medida no abarcase también a los niveles superiores de la Dirección General de Penales.

Pero esta condición nunca fue cumplida; es más, se ignoró exprofesamente por las sucesivas administraciones, y la razón es dolorosamente simple: ¿Cómo iban a exigirla si el hacerlo representaba su propia renuncia? En los cuarenticinco años de funcionamiento de la Dirección General de Prisiones, no más de cinco Directores han demostrado tener especialización previa en ciencia penitenciaria, Derecho Penitenciario y política carcelaria, y ha sido justamente en esas etapas, cuando se gestaron las conquistas más relevantes para el penitenciarismo peruano.

78. Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal, pág. 270.

Enjuiciar en cambio la gestión de otras administraciones sería incidir en una crítica permanente al empirismo rutinario y al abandono de programas trazados e iniciados anteriormente, sólo porque no supieron o no quisieron entender las razones y fundamentos técnicos que los avalaban.

Esta afirmación que podría interpretarse como ligera o mal intencionada, encuentra en lo sucedido durante los últimos años, la mejor demostración de que no es exagerada: Desde finales de 1968 hasta abril de 1973, la conducción de la política carcelaria y la enorme responsabilidad de proponer y realizar acciones coherentes en el régimen de ejecución penal, ha estado encomendada —a nivel de asesores y peritos en la materia— a un funcionario con estudios parciales en jurisprudencia y experiencia en fomento y obras públicas, y a un profesor de Educación Física. Y aunque no menospreciamos sus conocimientos en esas materias, ni lo hacemos tampoco con las especialidades en Infantería y Caballería de los Directores Generales —sus jefes inmediatos— si nos preguntamos: ¿Qué pueden saber de readaptación social del recluso? Lógicamente el resultado no podía ser otro que el folklorismo de las disposiciones, la desorganización administrativa y la conducción de los penales con un criterio doméstico y simplista: Dar de comer diariamente a los reclusos, pagar mensualmente el sueldo a los empleados y tratar —en lo posible, aunque con escaso éxito— de evitar la fuga de las prisiones. Estos cuatro años y medio han sido considerados por los entendidos, como los más contradictorios y anticientíficos en la historia del penitenciarismo peruano.

Consciente de este hecho y en una rectificación valiente que merece destacarse, el gobierno ha nombrado en abril último, como Director General de Prisiones, a un Catedrático universitario, criminólogo y experto en ciencia penitenciaria, quien se encuentra empeñado en conformar un equipo de colaboradores, especialistas de las diferentes disciplinas afines, a efectos de presentar su programa de acción. Y aunque es prematuro pronunciarse sobre los alcances de alguna de las medidas propuestas, las objeciones y críticas que se formulen, pueden mantenerse en un respetable nivel académico, ya que existe ¡por fin!, un lazo común que hermana: La utilización de un lenguaje científico mediante el cual se puede encontrar puntos de coincidencia. Lo positivo y concreto en esta decisión, parece hallarse en el ingreso de un grupo multidisciplinario de profesionales, que ha formulado un ambi-

cioso proyecto de sistema penitenciario. Los planes programados abarcan un quinquenio. Esperemos los primeros resultados para expresar una apreciación basada en mayores elementos de juicio.

e) Por Resolución Suprema de 7 de abril de 1928, se habilitó para cárcel o establecimiento represivo y de detención, la sección de la Penitenciaría que se encontraba desocupada. Así, se independizó el ala izquierda de ese establecimiento, para el funcionamiento de la Cárcel Central de Varones, clausurándose la antigua cárcel de Guadalupe.

f) Por Decreto Supremo de 20 de marzo de 1929, se dictaron normas de control técnico para la construcción y reparación de locales penitenciarios, carcelarios y demás del Ramo.

g) En 1930 se presentó un proyecto de Decreto Supremo sobre política sexual de prisiones y aunque no se concretó ninguna acción al respecto, por el derrocamiento del gobierno, merece destacarse, porque fue la primera vez que se planteó una solución parcial al problema, basado en un excelente trabajo de tesis universitaria del entonces bachiller Julio Altmann Smythe, asesorado por el Dr. Hermilio Valdizán.

El Dr. Bernardino León y León renunció al cargo de Director General en agosto de 1930. Desde su retiro, hasta el año 1945 sólo algunas disposiciones aisladas, como el reglamento de la penitenciaría central, aprobado por D. S. 97 el 17 de agosto de 1937, proceden mencionarse. El Art. 5 establece que el "tratamiento de los penados será humanitario y científico y estará orientado de acuerdo con la criminología dentro del **sistema progresivo** y hacia la readaptación social".

Hasta esa fecha, ésta es la única referencia en toda la reglamentación carcelaria, de que el sistema penitenciario nacional debería basarse en el régimen progresivo de tratamiento del recluso y, en ese sentido, representa una declaración de principios importantísima por su contenido doctrinario. Recuérdese que en la legislación comparada se señalaba desde mucho tiempo atrás el régimen escalonado de tratamiento, como el más adecuado para la readaptación social del interno. El Perú, tardíamente, cumple por lo menos declarativamente, con definir su posición.

El Dr. Gabriel Seminario Helguero, consiguió algunos logros interesantes durante su corta gestión como Director de Prisiones, al final del primer gobierno del Sr. Prado, y entre sus aciertos, uno de los más destacables fue el de reabrir la Escuela de Vigilantes, por Decreto Supremo de 2 de julio de 1944. De vida efímera —la Escuela sólo funcionó un semestre— permitió, por lo menos, reiniciar la capacitación del personal de Guardas del Cuerpo de Vigilantes. El Dr. Seminario preparó además, un plan carcelario que luego fue publicado bajo el título de "Notas sobre la reforma del régimen penal en el Perú", en el que expresaba lo siguiente: "La reorganización de nuestro sistema carcelario, concebida en su cabal amplitud, reclama la adopción de un plan integral que encare los múltiples aspectos que conforman el complejo problema de la lucha contra la delincuencia" (79). Este meritorio trabajo desarrollaba en capítulos muy didácticos, las distintas fases del proceso de ejecución penal y contemplaba soluciones al problema del personal penitenciario, construcciones carcelarias, reglamentación carcelaria, etc. Poco de lo proyectado pudo llevarlo su autor a la práctica, pero su sucesor, el Dr. Altmann, recogió alguno de estos proyectos, los hizo suyos y los ejecutó adaptándolos al plan de política penitenciaria que empezó a aplicar en 1946. Fue una de las contadas ocasiones, en donde en la Dirección de Prisiones, se continuó la obra de un gobierno anterior, en una demostración de patriotismo y desinterés personal, que hoy deberíamos recoger e imitar, ya que la evolución de regímenes penitenciarios, para alcanzar su madurez y perfección, requieren de continuidad, adaptabilidad y fluidez.

4. El trienio 1945-1948. La obra del Dr. Julio Altmann Smythe

25 años es tiempo suficiente para juzgar con la necesaria perspectiva, ahora en 1973, la proficua labor realizada por quien fuera uno de los más brillantes ejecutivos en la administración carcelaria. El Dr. Julio Altmann Smythe llegó a la Dirección General de Prisiones con un conocimiento profundo de nuestra realidad, sólida formación doctrinaria y un enorme deseo de corregir y enmendar rumbos.

Si bien se han destacado las realizaciones innegables de algunos de sus antecesores, éstas se circunscribieron al ámbito capitalino. En cambio durante la pionera gestión del Dr. Altmann, es recién cuando la política carcelaria se proyecta a nivel nacional, con

79. Notas sobre la Reforma del Régimen Penal en el Perú, pág. 13.

una clara orientación científica, acorde con las más avanzadas concepciones penológicas de la época y en una coordinación de acciones, que estudiadas en conjunto, se encuadran en lo que debe reconocerse con justicia, como el primer sistema penitenciario nacional.

La finalidad readaptadora que se le asigna a la ejecución de la sanción privativa de la libertad —que fuera en anteriores administraciones mera declaración lírica de principios— alcanza en las medidas logradas por Altmann, la cabal demostración de que no es cierto el aforismo criollo, del divorcio existente entre lo que manda la ley y su imposibilidad de llevarla a la práctica, cuando se posee valentía, experiencia, formación profesional, método de trabajo y respaldo.

Hemos criticado siempre y lo seguiremos haciendo, la concepción —tradicionalmente empírica— enquistada en la administración de prisiones, de que la misión de la Dirección General consiste únicamente en mantener el orden interno en los establecimientos penales, alimentar a los reclusos, otorgarles la libertad cuando cumplen su condena y pagar puntualmente el sueldo o remuneración a los empleados. Este cómodo automatismo burocrático, producto del grado de incompetencia del principio de Peter (80), ha constituido siempre una barrera muy difícil de vencer cuando alguien quiere hacer obra; porque esa decisión que equivale a esfuerzo y trabajo, hace peligrar el cómodo status conquistado a fuerza de "no hacer nada".

En ese aspecto, Altmann consiguió romper el mecanismo oficinesco y la resistencia pasiva de funcionarios y empleados, reglamentando actividades, estableciendo niveles de responsabilidad e imprimiendo a sus funciones, un ritmo desacostumbrado pero efectivo, que le permitió en el campo de las realizaciones prácticas, conseguir estos resultados:

a) Proyecto de Ley, luego Ley de Congreso Nº 10834 de 10 de marzo de 1947, que autorizaba al Poder Ejecutivo para la venta del terreno y fábrica que ocupaban la Penitenciaría y la Cárcel Central de Varones. El permiso concedido importaba la financiación de la primera parte de un plan nacional carcelario que fue consultado a expertos de la Dirección de Prisiones Norteamericana "quienes aportando algunas interesantes sugestiones, lo aprobaron elogiosamente". La fase inicial consistía en la construcción de dos modernos núcleos carcelarios para Lima, que reemplazarían a la Penitenciaría y Cárcel Central de Varones. Lo interesante del Plan residía en la obligación contenida en el Art. 3º de la Ley, que condicionaba la posesión de los inmuebles, a la terminación de los nuevos locales que se construyan. Si la Ley se hubiera respetado, no se habría producido el funesto episodio de 1961, cuando contra todas las opiniones autorizadas, se demolieron los dos establecimientos penales, sin haberlos reemplazado por otros nuevos, por lo que tuvo que habilitarse los sótanos del Palacio de Justicia para trasladar a cerca de 1,000 reclusos. Una vez más, un magnífico proyecto, debidamente financiado, quedó trunco, incumpliéndose una ley de la República, por razones de Estado, seguramente muy poderosas, pero que atentaban contra una acertada planificación de construcciones carcelarias.

b) Creación de la Escuela del Personal Auxiliar de los Establecimientos Penales y de Tutela, por D. S. de 12 de marzo de 1946, que tuvo una duración de 2 años y medio.

Altmann pensaba —con razón— que ninguna reforma penitenciaria es completa si falta personal idóneo. "Por eso, cualquiera que sea el sistema carcelario en vigor, la calidad del personal de Prisiones tiene una importancia capital, muy superior, al contenido moderno de las disposiciones legales y a la construcción de establecimientos penales, específicamente apropiados" (81). La Escuela del Personal Auxiliar consiguió formar 2 promociones con un total de 60 graduados. Por el equipo de profesores, el plan de estudios y su reglamento, fue la que mejores resultados prácticos consiguió, inclusive superiores al Centro de Capacitación Penitenciaria de 1966-1968. El golpe militar que derrocara al Presidente Bustamante y Rivero, frustró los planes de expansión de ese Centro de Estudios, desaprovechando la preparación de los egresados, hasta el punto que el mismo Altmann refiere que hacia 1960, sólo 5 de los 60 alumnos seguían prestando servicios en Prisiones.

c) Reorganización del Servicio Médico en los Establecimientos Penales y de Tutela.

d) Creación de la "Revista Penal y de Tutela" que alcanzara a publicar 7 números, en un esfuerzo enco-

80. Las Fórmulas de Peter, pág. 16.

81. Bases para un Plan de Futura Política Penitenciaria Nacional, pág. 253.

miable por llevar al conocimiento del País y del extranjero, la filosofía y la doctrina de la política penitenciaria peruana. En sus páginas colaboraron distinguidos especialistas de renombre mundial y el mejor elogio que se pueda hacer a su calidad, lo representa el hecho de que las Universidades, los peritos y técnicos del mundo, la tienen en sus bibliotecas.

e) Organización de la ficha psicofísica de reclusos y tutelados.

f) Creación del Servicio Social en los establecimientos penales y de tutela de Lima, designándose a personal graduado de la Escuela del Servicio Social. Este servicio establecido en el Perú en 1947, contribuyó a la eficaz tarea ya emprendida, de recuperar al hombre privado de la libertad. El trabajo de Asistentes Sociales de carrera, requisito exigido con acierto por Altmann, permitió una labor efectiva en las múltiples facetas que tenían asignadas: Colabora en la profilaxia del delito, investigando las causas de la criminalidad; interviene en la protección del detenido y de su familia; ayuda constructivamente a las víctimas del delito y sus familiares; presta asistencia al liberado en una acción post-penitenciaria, etc.

g) Se iniciaron las primeras investigaciones de las condiciones psíquicas, antropológicas y sociales de la población penal de la penitenciaría.

h) Creación de Hogares de Menores en Trujillo y Cusco y reorganización de los establecimientos tutelares de Lima y Huancayo. Hasta 1965 la Dirección de Prisiones, lo fue también del régimen tutelar de menores.

i) Orientación científica al personal de prisiones y tutelar por medio de circulares y comunicaciones "en procura de la implantación de nuevos métodos humanos y científicos".

Esta es, en una apretada síntesis, el resumen de una labor altamente positiva en la política científica de prisiones. El abandono de prácticas obsoletas y represivas y la implantación de métodos coherentes de tratamiento, así como la formulación y aplicación de un plan nacional carcelario, acreditan como sobresaliente la obra del Dr. Altmann Smythe. Durante su período, el Perú consiguió prestigio internacional en diversos congresos de especialidad, como el de la Habana en 1947, presentando la delegación Nacional —presidida por él mismo— ponencias concretas, que merecieron la aprobación y el aplauso de las otras delegaciones. Derrocado el Gobierno Constitucional, se produjo también la renuncia de este penitenciarista de renombre.

En el gobierno del Señor Odría, la construcción de tres establecimientos penales, son los únicos aportes mencionables: **El Centro de Reeducación,** Taller y Escuela para mujeres de Chorrillos, en 1951, fue una buena obra, debida al empeño de un mejor Ministro de Justicia, don Alejandro Freund Rossell. **La Colonia Penal Agrícola del Sepa,** creada con el propósito de iniciar, como en las tierras vírgenes de Australia „ programas de colonización y trabajo penitenciario, fracasó en su propósito y se ha convertido en una prisión-isla. "Tiene una población promedio de 500 reclusos, sentenciados a penas de internamiento, penitenciaria o relegación. Vías de comunicación: por tierra, ninguna; navegación fluvial 8 días en lancha desde Pucallpa; por vía aérea, esporádicamente sólo aviones de la Fuerza Aérea Nacional, en viaje que dura dos horas y cuarto. La Colonia Penal fue inaugurada solemnemente en el año 1951, durante un régimen de gobierno que se llamó "Restaurador", y por lo menos en lo que a política carcelaria se refiere, el nombre le resultó adecuado: ¡Restauró la pena de deportación, abolida en toda nación civilizada!" (82). **La Cárcel Pública de Recuay,** que por mucho tiempo constituyó el mejor edificio de esa localidad y el único moderno, aunque por su escasa población penal, siempre estuvo desocupado.

5. La Reforma Carcelaria, 1963-1968

Considerando que el planeamiento es la expresión ordenada de una política económica global y consistente y que este requerimiento significaba —en la administración penitenciaria— esfuerzos sistemáticos para encausar y acelerar los procesos de desarrollo en direcciones pre-establecidas y hacia metas cuantificadas, se seleccionó, por un equipo de jóvenes profesionales, determinados objetivos, señalando política, programas y prioridades, a fin de solicitar acertadamente, los recursos necesarios para su realización.

Ello obligó a un estudio del problema carcelario nacional, que fue presentado al Gobierno. El Plan contenía una cantidad adecuada de proyectos concretos,

82. El Drama Sexual de la Prisión Peruana, Revista Fascinum, Año I, Nº 6, pág. 35.

con estudios de viabilidad y una básica interrelación entre ellos.

Sin embargo los proyectos elaborados inicialmente, adolecieron de un grave error de enfoque. Los estudios realizados se basaron en la información proporcionada por antiguos funcionarios de prisiones, que, en apreciaciones "al cálculo", determinaron cifras antojadizas y necesidades inexistentes. Así, alguno de los planes durante su desarrollo, no tuvieron éxito y otros, se empantanaron en la rutina. Esta equivocación, fue enmendada luego, al realizarse una evaluación e inventario serio de nuestra realidad carcelaria, en una operación que se denominó "Primer Censo Penitenciario Nacional". Hay quienes han criticado el nombre dado, perdiendo de vista los valiosos resultados preliminares obtenidos. Los definitivos, que hubieran permitido establecer una proyección más ambiciosa y completa, con toda la documentación que les servía de recaudo, fueron archivados y perdidos posteriormente, en una actitud de irresponsabilidad incalificable que debería sancionarse. Los que permitieron este atropello, ignoran el daño irreparable que han causado, porque para realizar un trabajo similar sería necesario un gasto considerable, además de movilizar a más de mil funcionarios de diversos sectores de gobierno —que fueron los integrantes de los equipos censales— para que efectúen una nueva encuesta. Este es un típico ejemplo de como el empirismo, en forma de polución burocrática, se posesiona cíclicamente de cargos de alto nivel y propicia decisiones totalmente desacertadas.

Los fundamentos básicos del proyecto de reforma carcelaria 1963-1968, descansaba en los siguientes postulados:

a) **Una Legislación Penitenciaria,** con una Ley de Bases de Ejecución Penal como instrumento jurídico principal, un reglamento, un Estatuto del Personal Penitenciario y los proyectos de Ley modificatorios de algunas disposiciones anacrónicas de los Códigos vigentes;

b) **Un Plan integral a nivel nacional de construcciones carcelarias,** con Centros de detención, Centro de Observación, Casas de Inculpados, Centros Penitenciarios, Colonias Penales agro-industriales, Institutos de Readaptación, Hospital Penitenciario y, posteriormente, experimentación en establecimientos abiertos;

c) **Preparación de un Personal Penitenciario idóneo,** con el funcionamiento de un Centro de Capacitación Penitenciaria, que abarcara los siguientes niveles de instrucción y complementación: personal directivo, administrativo, oficiales, jefes de grupo y auxiliares de readaptación. Posteriormente se pensaba —en programas de mediano plazo— ampliar la Escuela para calificar a profesionales en Arquitectura, clasificación, higiene y sanidad, y Asistencia Social Criminológica. En esta etapa de expansión, se debía procurar adiestrar al personal de mando medio de prisiones, para Estudios de Población Penal, tales como estadística, censos, incrementos, etc.

d) **Tratamiento del Recluso,** con la creación de dos Institutos: el Técnico Educacional, para educación común y capacitación técnica; y el Técnico Industrial, para la administración, comercialización y salario de los reclusos.

Este ambicioso plan requería, además de la financiación necesaria con partidas específicas tanto en pliego presupuestal anual, cuanto de empréstitos de la Banca Nacional o Internacional y la inversión del Sector Privado.

En realidad, se trataba del planteamiento de un sistema penitenciario, con estudios de factibilidad y desarrollo de programas complementarios.

Pero ¿Cuánto de lo programado se pudo cumplir, y cuáles fueron los errores cometidos que impidieron su total culminación?

En realidad una serie de factores —entre los que incluyo la inexperiencia administrativa y el conocimiento incompleto de nuestra realidad— atentaron contra el cumplimiento integral de las medidas propuestas.

La redacción del proyecto de Ley de Bases de Ejecución Penal se encomendó a una comisión presidida por el Dr. Domingo García Rada, Magistrado Supremo y catedrático universitario, e integrada por los doctores, Juan Arce Murúa, Luis Bramont Arias y Eduardo Mimbela de los Santos.

Proyecto de Ley de Bases de Ejecución Penal

El proyecto, que en líneas generales se ajustaba a las recomendaciones de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas, con la correspondiente exposición de motivos —disposiciones generales, ocho capítulos y ochenticinco artículos— fue remitido al Poder Legislativo

en setiembre de 1965, en donde nunca pasó de las comisiones de estudio de la Cámara de Diputados. El gobierno actual lo adoptó con muy ligeras modificaciones y promulgó el D. L. 17581 "Unidad de Normas para Ejecución de Sentencias Condenatorias", el 15 de abril de 1969. El Dr. Altmann, que no integró la segunda comisión, fue llamado para asesorarla, sugiriendo variantes sustanciales que mejoraban el proyecto de la comisión García Rada. Desgraciadamente, casi ninguna pudo prosperar y esto tiene también una explicación: la comisión nombrada en 1969, no estaba conformada por ningún especialista en ciencia penitenciaria e inclusive, dos de sus miembros, no eran profesionales. Muy poco entusiasmo y escaso conocimiento de la realidad carcelaria demostraron quienes a la postre se llevaron —indebidamente— el mérito de figurar como autores de una Ley que sólo se limitaron a reproducir. No hay que ser muy perspicaz para captar la ironía de H. H. Cooper cuando sugiere comparar los dos textos para establecer diferencias o encontrar semejanzas: el plagio es evidente (83).

El proyecto de Ley de Bases y el Decreto-Ley promulgado tienen una misma fuente legislativa: La Ley Penitenciaria Argentina de 1958 y la Ley de Régimen Penitenciario Venezolana de 1961. En la exposición de Motivos, la Comisión García Rada manifestaba: "El Proyecto de Ley de Bases contiene normas generales para la mejor ejecución de las sentencias condenatorias a penas privativas de la libertad. El proceso de ejecución de la pena persigue la rehabilitación del condenado, haciéndolo apto para vivir en sociedad; con ese objeto debe mantenerse la vinculación con su familia y proporcionársele trabajo calificado con remuneración suficiente, que le permita llevar una vida normal al margen del delito" (84).

En el Capítulo I, se preveía el funcionamiento del Instituto de la clasificación, integrante del Sistema Penitenciario Nacional. Los criterios doctrinarios, indicados en el Art. 12, eran referidos a conceptos que la administración carcelaria deberá poner en movimiento para lograr los fines clasificatorios de orden administrativo y social. Dentro de ellos, se consideraba algunos que estaban en directa relación con nuestra realidad penitenciaria, geográfica y cultural. Se tuvo también en consideración, los principios jurídico-penales, tan útiles para la ubicación carcelaria del hombre delincuente.

El Capítulo II, se refería al Régimen Penitenciario común. El proyecto adoptaba la progresividad como principio básico de tratamiento en el régimen penitenciario, que debía descansar en los resultados obtenidos y su finalidad, conforme lo señalan las Reglas Mínimas recomendadas por Naciones Unidas, a fin de asegurar al recluso, un retorno progresivo a la vida en sociedad. La innovación en este Capítulo, se advierte en la fórmula del cumplimiento de la pena: a) el destino a establecimientos abiertos; b) el trabajo fuera del establecimiento; y c) la redención de la pena por el trabajo.

El Capítulo III, contemplaba los regímenes especiales, como una exigencia legal de la clasificación de los condenados, lo que obliga a la creación de establecimientos o secciones especiales para esta función. Como el proyecto incluye la necesidad del tratamiento individualizado, se justifica la existencia de estos centros o secciones de clasificación.

El trabajo es un derecho natural del hombre, del que no puede privarlo la prisión. El trabajo como elemento constitutivo del tratamiento, instrumento de reeducación social del penado y de especulación comercial, abarca el capítulo IV.

El proyecto también estimaba que la acción reeducadora integra nuestro sistema penitenciario. El Censo Penitenciario corroboró con sus cifras lo que ya la criminología había establecido como premisa: la influencia del analfabetismo y la educación elemental en las curvas delictivas. Por ello, el capítulo V establecía como uno de sus fines principales, la reeducación o educación del condenado.

El Capítulo VI declaraba la necesidad del orden y la disciplina en los establecimientos penales y establecía pautas para aplicar medidas con mesura, aboliendo el uso de medios compulsivos.

El Capítulo VII era de suma importancia, porque incluía normas de especialización, selección, estructuración orgánica y formación del personal penitenciario. En cumplimiento de estos objetivos, empezó a funcionar el Centro de Capacitación Penitenciaria, destinado a formar a un selecto plantel de auxiliares de readaptación, con suficiente preparación técnica que asegurase a los reclusos un tratamiento dirigido a su

83. Comentarios sobre la nueva legislación penitenciaria en el Perú, pág. 12.
84. Recopilación de Disposiciones Legales y Reglamentarias Penitenciarias, págs. 481 y ss.

readaptación. El proyecto, recogía las recomendaciones de Naciones Unidas al declarar que la función penitenciaria constituye carrera pública con los derechos a los goces que fija la ley, y que es requisito indispensable para ingresar al cuerpo, haberse preparado en el Centro de Capacitación Penitenciaria.

El servicio social criminológico ocupaba el VIII y último capítulo, fijando la doctrina y funciones del Instituto, en el sentido de que su gran tarea consistía en mantener la vinculación entre el recluso y su familia. El trabajador social readquiere así, la importancia que ya le concedía Altmann en 1947.

La comisión dejaba constancia que la orientación principista había sido tomada de los estudios practicados por las Naciones Unidas, complementándola con legislación comparada de los países más avanzados en la materia.

Alguna de las conquistas contempladas en el proyecto de Ley de Bases, se empezaron a aplicar aún antes de la aprobación de la ley por el Congreso. El trabajo Penitenciario a través del Instituto Técnico Industrial, alcanzó algunos resultados en el Sexto y en el Penal del Cusco; luego se burocratizó y tuvo que cerrarse. El Centro de Capacitación logró terminar tres ciclos semestrales y 180 auxiliares de readaptación ingresaron a trabajar en penales de Lima, especialmente a Lurigancho.

Centro de Capacitación Penitenciaria

Mucho se ha criticado —y no sin razón— la política de establecer, como lo hicimos, cursos acelerados semestrales en el Centro de Capacitación Penitenciaria. Reconocemos el error de plantamiento a la luz de los resultados obtenidos, que no fueron buenos. Luis Alberto Sánchez dice en un reciente artículo periodístico, que este tipo de instrucción puede ser complementario, más nunca supletorio, y su juicio es certero. Los Auxiliares de Readaptación, en su gran mayoría, demostraron —con su mediocre rendimiento— una proclividad de asimilación a la rutina imperante, método de trabajo usual del carcelero, al que creíamos iban a reemplazar con ventaja, y no fue así; al contrario, se limitaron a desempeñar labores de vigilancia, con un desgano y superficialidad, reveladoras de una enseñanza a "marchas forzadas".

Los principios básicos en ciencias penales quedaron olvidados y la función de readaptadores sociales nunca la ejercieron con eficacia. Fue un gran esfuerzo, frustrado, en gran medida, porque no basta ese entusiasmo de querer hacer muchas cosas en poco tiempo, cuando lo aconsejable era, reiniciar las clases en ciclos curriculares bianuales, en donde el último año debía ser obligatoriamente de internado, para compensar las clases teóricas, con las prácticas en los establecimientos penales. Quizás se pueda esgrimir como explicación —no como justificación— que la carencia absoluta de un personal de vigilancia calificado, nos forzó a una acción apresurada. Reconocemos la parte de culpa que nos corresponde, y que ese reconocimiento sirva para que otras administraciones no incurran en la misma falta de perspectiva.

Construcciones Carcelarias

Durante el Quinquenio 1963-1968, se emprendió la construcción de varios establecimientos penales. Recuérdese que en Lima, demolidas la Penitenciaría y la Cárcel Central de Varones, sólo contábamos con cuatro penales de hombres, si así se les puede llamar: **La Colonia Penal del Frontón,** prisión insular habilitada por Leguía como lugar de detención de presos políticos, que en 1963 contaba con una población de 1,500 reclusos, siendo su capacidad real 350; **el Sexto** o **Establecimiento de Sentenciados,** que bordeaba los 1,000 reclusos en un agobio de espacio que obligaba a tener en celdas de 2 metros por 1.80, de 4 a 6 personas; **la Carceleta Judicial,** en los Sótanos del Palacio de Justicia, también con una población penal cercana a los 1,000 detenidos, en condiciones infrahumanas; y, **la Cárcel Pública del Callao,** chalet de 4 dormitorios, con 200 presos, hacinados.

"El plan comprendía la edificación de modernos locales carcelarios en las ciudades de mayor congestión poblacional de reclusos y la refacción de los locales en uso y que no prestaran las seguridades indispensables para su funcionamiento" (85).

El plan se llevó a cabo porque se pudo conseguir la financiación de la Banca Estatal. Con recursos económicos suficientes, se licitaron tres establecimientos para Centros Penitenciarios: en Lurigancho, Ica y Cusco; cárcel departamental de Huancavelica; cárceles provinciales de San Pedro de Lloc, Urcos, Huancabamba y Pomabamba; y obras de refacción y habili-

85. Informe sobre la Política Penitenciaria en el Perú, pág. 664.

tación urgentes, en los penales de Tumbes y Chimbote.

La construcción del Centro Penitenciario de Lurigancho, motivó objeciones sobre la inconveniente capacidad calculada de 2,340 reclusos. El reparo se sustentaba en recomendaciones de Naciones Unidas y en principios elementales de la Moderna Arquitectura Penitenciaria, que aconsejaban una población penal menor, y debió ser escuchado y atendido, cuando se discutió el proyecto. Entendemos que al desestimarlo, las autoridades de esa época pensaron más en la urgente necesidad de descongestionar las prisiones de Lima, proporcionando a los reclusos condiciones elementales de seguridad y dignidad en un penal moderno, que en la validez de las observaciones.

Al autor le correspondió la tarea de continuar una obra iniciada y tratar de terminarla aún cuando discrepaba —por elementales razones de orden técnico— en aspectos estructurales que fueron descuidados por los proyectistas y continuó los trabajos hasta su finalización, convencido de que en un país de escasos recursos económicos, la discrepancia no puede ser determinante para ordenar la paralización y el abandono de una obra, cuando se ha invertido en ella más del 50% del monto presupuestado; y así corrigiendo en lo posible las fallas, se terminó físicamente el edificio, que desde finales de 1968, permanece con el tercio de pabellones ocupados, los dos tercios a la espera de equipamiento y los costosos equipos de cerrajería, lavandería, cocina y panadería adquiridos en el extranjero, completamente abandonados. La terminación de la zona de mínima seguridad de ese Centro Carcelario, posibilitó, el 26 de julio de 1968, la clausura de la Carceleta Judicial de Lima, como lugar permanente de detención.

El Centro Penitenciario del Cusco, construido en un 80% hasta 1968, está situado en la localidad de Quenqoro y Qochopata y constituye una solución de carácter regional sin precedentes en la política carcelaria. Por la amplitud del área disponible, la capacidad máxima de 600 reclusos y la extracción social de los internos, mayoritariamente campesina y semiurbana, permite iniciar programas piloto de carácter agropecuario. Exceso de adicionales y reclamaciones obrero-patronales, paralizaron la obra hace 5 años. Anteriormente, por omisiones graves en el proyecto y la falta de un estudio de suelos que asegurase, previamente, la existencia de agua suficiente en la zona, el Director General de Prisiones elevó un severo informe al Ministro del Ramo (86).

El Centro Penitenciario de Cachiche, en Ica, que fue inaugurado en diciembre de 1967, con una capacidad de 300 internos, es el establecimiento de mejor diseño arquitectónico en el País y funciona con un criterio moderno de clasificación y sin las dificultades que confrontaron los otros penales. Además cuenta con un local anexo diseñado para "visitas íntimas", que permitirá experimentar una solución parcial al agudo problema de la abstinencia sexual del recluso.

Primer Censo Penitenciario Nacional

La planificación como expresión de una política global, debe apoyarse en datos ciertos, logrados mediante la exploración concienzuda de todas las actividades relacionadas con la vida penitenciaria. Sólo así, es factible adoptar, tanto estructural, como operativamente, acciones coherentes y científicas.

Demostrado como estaba, que alguna de esas acciones aplicadas en vía de experimentación durante 1965-1966, tropezaban con serias dificultades y que éstas se debían —en gran medida— a un fragmentarismo informativo, se consideró conveniente realizar, por primera vez, una investigación tipo encuesta, en todo el territorio nacional, en base a 9 padrones diferentes, aprobados por la Dirección General de Estadística y Censos, destinados a obtener un conocimiento integral de las distintas aristas del quehacer carcelario. Se le llamó, quizás indebidamente, Censo Penitenciario Nacional, y ello ha servido para objetarlo por quienes, desconociendo sus antecedentes, no han analizado sus resultados.

Se trataba de conocer por esa indagación, la situación jurídica del recluso, su actividad laboral, educativa y social; el estado de los locales carcelarios, especialmente los provinciales, perdidos en la inmensidad de una geografía aún desconocida por el centralismo limeño; el personal penitenciario, identificado en fichas individuales que sirvieran para volcar —no sólo sus generales de ley— sino sus ambiciones y sus quejas; las condiciones socio-geográficas de la región circundante a la cárcel, a fin de determinar el tipo de actividad que cada zona requiera para su desarrollo, adecuando, en consecuencia, la actividad laboral del recluso a esas necesidades, etc. etc...

86. Documentación particular del autor. Dic. 1967.

Se pensaba, en suma, realizar una encuesta nacional para conocer, en un día determinado, cuál era la situación real de la cárcel peruana. Los resultados preliminares obtenidos el día 18 de junio de 1967, por intermedio de equipos profesionales presididos por el representante del Ministerio Público, e integrados por delegados de los Sectores Salud, Gobierno, Educación, Fomento, fueron los siguientes:

a) **Población Penal total:** 12,065 reclusos; 11,590 hombres y 364 mujeres. La diferencia de 111 se debía a internos en hospitales y centros de salud. Lima contaba con el 34% de la población penal, 4,178 reclusos; y provincias, con el 64% o sea 7,776.

b) **Condición jurídica:** 8,392 internos tenían el 18 de junio de 1967, la condición de procesados, 69% de la población censada; 3,613 estaban cumpliendo sentencia, o sea el 29%. No fue posible determinar la situación jurídica de 60 reclusos por deficiencia de información.

c) **Condición delictiva:** 8,282 reclusos eran primarios y 2,397 tenían antecedentes, correspondiendo a Lima 1,201; 409 internos figuraban con ese casillero en blanco, lo que demuestra una seria deficiencia en la estadística penitenciaria provincial.

d) **Clasificación por delitos:** patrimonios, 36% honor sexual, 26%; contra la vida, el cuerpo y la salud, 21%; otros 17%.

e) **Educación:** analfabetos, 3,421 reclusos; con instrucción primaria elemental (transición y 1er. año) 4,017, o sea, entre ambos, 61%. Con instrucción primaria (entre 3er. y 5º año), 3,004 reclusos, 25%. Con instrucción secundaria, 1,458 internos, 12%. Con educación universitaria superior, 156 reclusos, 1%.

f) **Trabajo y ocupación:** Los índices de reclusos con ocupación no calificada o semicalificada es alarmante, llega al 80%, acentuándose más en las poblaciones de la sierra, especialmente en los Departamentos del Cusco (90%), Apurímac, Cajamarca y Junín. "Son pues, 5,546 reclusos que necesitan aprender un oficio y 4,885 que requieren perfeccionar o ampliar sus conocimientos para enfrentarse a la vida sin estar recurriendo al delito. Son pues, 10,431 personas marginadas prácticamente de la renta nacional y que constituyen un problema socio-económico, íntimamente ligado al desarrollo del país" (87).

g) **Capacitación técnica en prisión:** de 146 establecimientos censados, sólo se impartía capacitación técnica en tres: Sexto, Lurigancho y Chorrillos, con un total de 204 reclusos beneficiados, menos del 2% de la población penal del país.

Las respuestas a las ocho fichas restantes, que hubieran permitido un cabal conocimiento de los otros problemas, inclusive planos a escala de cerca del 80% de las cárceles departamentales y provinciales, se han extraviado en estos 5 últimos años.

Mediante convenio con el Ministerio de Educación, se consiguió el concurso de 54 maestros primarios para 32 establecimientos penales. "En 25 de estos penales, la educación se concreta a la alfabetización, en 3 de ellos a la educación básica de adultos y en los 4 restantes a la Educación primaria en grados elementales" (88).

Por Resolución Directoral Nº 047-EP de 10 de marzo de 1967, se declaró la obligatoriedad de la alfabetización en todos los establecimientos penales de la República, publicándose un completo manual de educación básica.

Se proyectó la creación del Expediente Social Criminológico, que ampliando la cartilla propuesta por el Dr. Bambarén y oficializada por el Dr. Altmann, constituyera el reflejo de la observación científica del Gabinete multidisciplinario de tratamiento del penado.

Finalmente, por D. S. 022-68-JC, se reintegró a la Administración Civil Penitenciaria, la administración, control y vigilancia de la Colonia Penal del Frontón y la Cárcel Pública del Callao, a cargo de la Guardia Republicana. Esta fue una conquista lograda con mucho esfuerzo y no pocos ataques interesados, pero constituyó el primer paso para reintegrar a la Dirección General de Establecimientos Penales, el control pleno de las prisiones del País, que sólo podrá lograrse, con la creación de un cuerpo civil de vigilancia externa, integrante del Cuerpo General de Guardias penitenciarios.

CONCLUSION

Hubiéramos deseado que esta radiografía de la cárcel peruana fuese más positiva. Los hechos demuestran infortunadamente que la realidad es dolorosa-

87. Informe sobre la política penitenciaria en el Perú, pág. 663.

88. Informe Preliminar del Primer Censo Nacional Penitenciario.

mente negativa. Desde una herencia colonial de la que aún nos estamos liberando, el empirismo de la mayoría de quienes tuvieron la responsabilidad de dirigir la política de prisiones, el desinterés del gobierno que en muy contadas ocasiones ha entendido o le ha importado la finalidad readaptadora de la pena y la recuperación del delincuente, la interferencia política y la censura social, la evolución penitenciaria peruana ha tenido una existencia azarosa, con aisladas gestiones de gran positivismo, con etapas de estagnación, matices folklóricos, personajes pintorescos y un común denominador: el hombre privado de la libertad sigue en la misma constante de la época colonial: hacinado, humillado, sin posibilidad de regeneración. En muy pocas ocasiones se ha concretado una política coherente y científica que parta de la creación de una infraestructura económico-administrativa que posibilite la formación de institutos penológicos.

Las causas varían y están analizadas in-extenso en cada uno de los puntos tratados, pero concretando, podemos resumirlas en cuatro:

A) **Los desacertados nombramientos políticos** en los cuadros ejecutivos de la Dirección General, que llevan a esos cargos a personas, seguramente con intención de hacer obra, pero sin el conocimiento elemental en ciencias penales ni la experiencia necesaria. La improvisación y el anacronismo se posesiona cíclicamente de la administración carcelaria.

B) **La falta de continuidad en la política específica de prisiones.** Quizás uno de los males que aquejan a países en vías de desarrollo, sea la paralización casi absoluta que se produce con el cambio de régimen. Ello representa un daño irreparable, porque en lugar de superar etapas, acortando la distancia que nos separa de otras naciones, nos alejamos, irremediablemente, a un abismo de diferencias sustanciales cada vez más difícil de reducir. Este retardo en reiniciar la marcha administrativa, significa, en la mayoría de los casos, el fracaso de la planificación y puesta en marcha de proyectos a mediano y largo alcance, que son los que —por carencia actual de infraestructura— deberíamos propender a crear y fortalecer.

C) **La falta de idoneidad del personal de prisiones.** No puede dejar de mencionarse el factor humano. Los planes mejor trazados, tropiezan con el problema de no presentar una sólida compatibilidad entre los recursos humanos disponibles y los propósitos que se pretenden alcanzar. El vigilante —imagen del carcelero insensible del medioevo— es todavía el que propicia el tráfico de estimulantes y alcohol en las prisiones. Mientras no se cambie a todo ese personal antiguo, corrupto e inmoral, todos los planes fracasarán irremediablemente. En cambio el readaptador social profesional con estudios en la Escuela de Vigilantes, puede constituirse en el mejor colaborador en la aplicación de medidas individuales de tratamiento del recluso. Pero no basta con un personal de vigilancia idóneo, los cuadros profesionales deben especializarse:

"Nadie que conozca lo que es un programa de ejecución penal, puede concebir que éste se lleve a cabo sin el auxilio del psicólogo, el psiquiatra, el sociólogo, el sexólogo, el asistente social y los expertos en trabajo y educación penitenciaria" (89).

D) **La desatención del Estado a todo lo que se relacione con prisiones,** se refleja en su renuencia a proporcionar recursos económicos indispensables. Este argumento, cierto en gran medida, ha sido esgrimido como excusa, por quienes —en un tremendo error de enfoque— no han podido demostrar como "saldo positivo" de su gestión, la construcción de nuevos establecimientos penales.

Este es uno de los males endémicos que nos califican, todavía como sub-desarrollados. El dinero fiscal no debe necesariamente encausarse a construcciones masivas, sino a lograr modificaciones estructurales. Desgraciadamente el hombre público, a semejanza de los antiguos faraones, se siente obligado a dejar una obra, cuanto más grande mejor, —que lo perennice, porque cree que el no hacerlo, puede significar un baldón.

Por esta equivocación, generalizada, el Perú se encuentra plagado de edificaciones faraónicas, fáciles de inaugurar, difíciles de equipar e imposibles de administrar competentemente. Esa falacia ancestral de que una administración estatal es buena, si demuestra obra material ejecutada, y es mala si, no la realiza, a generado una fiebre de obras públicas, de las que no está libre ningún régimen. Los proyectos defectuosos, los costos excesivos y la deficiente recuperación de la

89. El Drama Sexual de la Prisión Peruana Nº 8, pág. 68.

inversión, ha sido la consecuencia. La infraestructura no debe medirse exclusivamente por la profundidad del cimiento físico, sino fundamentalmente —y eso es lo trascendente— por las ideas y la doctrina que sustentan y acreditan un sistema, traducido en planes de acción, científicamente desarrollados.

La construcción masiva de establecimientos penales puede contentar a los ilusos que ignoran que esa es sólo una faceta del complejo problema carcelario, dentro del cual, si esa realización material no va acompañada de otras acciones concomitantes y progresivas —como la preparación de un personal penitenciario idóneo, el equipamiento de talleres que permita el trabajo del interno, la educación y capacitación del recluso, el tratamiento readaptador por equipos multidisciplinarios y la experimentación de nuevos sistemas penitenciarios, etc.—, la obra física se queda en eso: estructura vacía sin contenido ni trascendencia, y el problema no sólo subsiste, empeora, hasta alcanzar las proporciones alarmantes que hoy existen.

Esos requerimientos y otros más que deberá adoptar la nueva administración penitenciaria, son indispensables para lograr una auténtica política de rehabilitación, en donde la progresividad del tratamiento deje de ser una profecía de teóricos, para convertirse en realidad tangible merced a la aplicación de actualizados métodos individuales.

"En esta fase de la relación punitiva —Estado-reo—, lo que en última instancia importa, es la recuperación del sentenciado. Ese hombre, momentáneamente segregado y permanentemente estigmatizado, es, quiérase o no, el sujeto principal de la historia y la célula básica de una sociedad que no ha sabido darle la importancia prioritaria que en realidad se merece" (90).

90. El Drama Sexual de la Prisión Peruana, Nº 8, pág. 68.

BIBLIOGRAFIA

1. ALTMANN SMYTHE, Julio. *Reseña Histórica de la Evolución del Derecho Penal.* San Martí & Compañía, Lima, 1944.
2. ALTMANN SMYTHE, Julio. *Bases para un Plan de Futura Política Penitenciaria Nacional.* Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., Lima, 1962.
3. BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano.* Ed. Antena S. A., Lima, 1937.
4. BASADRE, Jorge. *Historia de la República del Perú.* Talleres Gráficos P. L. Villanueva S. A., Lima, 1962.
5. BAUDIN, Louis. *El Imperio Socialista de los Incas.* Editorial Zig-Zag. Santiago de Chile, 1970.
6. BUSTAMANTE y RIVERO, José Luis. *Discurso Pronunciado en la Inauguración de la V Conferencia Interamericana de Abogados.* Revista Penal y de Tutela, Año II Nº 7, Lima, 1947.
7. BUSTIOS GALVEZ, Luis. *Historia Pre Hispánica del Perú. La Nueva Crónica y Buen Gobierno escrita por Felipe Guamán Poma de Ayala.* Editorial Cultura, Lima, 1956.
8. CIEZA DE LEON, Pedro. *El Señorío de los Incas.* Instituto de Estudios Peruanos, Lima, 1967.
9. COBO, S. J. Bernabé. *Historia del Nuevo Mundo.* Biblioteca de Autores Españoles. Ed. Atlas, Madrid, 1964.
10. COOPER, H. H. A. *Comentarios sobre la nueva Legislación Penitenciaria en el Perú.* Dirección Universitaria de Biblioteca y Publicaciones. U. N. M. S. M., Lima, 1972.
11. CUELLO Calón, Eugenio. *La Moderna Penología.* Ed. Bosch. Barcelona, 1958.
12. DE AYALA, Manuel Josef. *Notas a la Recopilación de Indias.* Ed. Cultura Hispánica, Madrid 1945.
13. DEL BUSTO D. José Antonio. *Historia General del Perú (Perú Antiguo).* Editorial Universo, Lima, 1970.
14. DEL BUSTO D. José Antonio. *Perú Preincaico.* Ed. Universo, Lima S/F.
15. ESPINO PEREZ, Julio. *Código Penal.* Ed. Castillón Silva Lima, 1956.
16. GARCIA CALDERON, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana.* Imprenta del Estado, Lima, 1862.

17. GARCILAZO DE LA VEGA, Inca. *Comentarios Reales de los Incas.* Peuser S. A. Buenos Aires, 1959.

18. JIMENEZ DE ASUA, Luis. *El Criminalista.* Tomo III, Ed. Tea, Buenos Aires, 1949.

19. KAUFFMANN DOIG, Federico. *Los Incas y el Tahuantisuyo.* Imprenta Rávago e Hijos S. A., Lima, 1963.

20. KAUFFMANN DOIG, Federico. *Guamán Poma de Ayala.* Biblioteca Hombres del Perú T. IV, Ed. Universitaria, Lima, 1964.

21. LASALA, Gregorio. *La Cárcel en la América Española.* Revista de Estudios Penitenciarios Nº 162, Madrid, 1963.

22. LUMBRERAS, Luis Guillermo. *De los Pueblos, las culturas y las Artes del Perú Antiguo.* Industrial Gráfica, Lima, 1969.

23. LUMBRERAS, Luis Guillermo. *De los orígenes del Estado en el Perú.* Milla Batres, Editor. Lima, 1972.

24. MASON, Alden J. *Las Antiguas Culturas del Perú.* Fondo de Cultura Económica, México, 1969.

25. MEJIA VARELA, José. *Organización de la Sociedad en el Perú Precolombino.* Talleres Enrique Bustamante, Lima, 1945.

26. MILLONES SANTA GADEA, Luis. *Minorías Etnicas en el Perú.* Dpto. de Ciencias Sociales, Area de Antropología de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1973.

27. MILLONES SANTA GADEA, Luis. *Nuevos Aspectos del Taki-Ongoy.* (Ideología Mesiánica del Mundo Andino). Ed. Ignacio Prado Pastor, Lima, 1973.

28. MURUA, Fray Martín de. *Historia General del Perú.* Madrid, 1962.

29. OSSIO A. Manuel. *Ideología Mesiánica del Mundo Andino.* Ed. Ignacio Prado Pastor, Lima, 1973.

30. PACHECO VELEZ, César. *Conferencia dictada por encargo de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia.* Editorial Jurídica, Lima, 1971.

31. PALMA, Ricardo. *Tradiciones Peruanas (Anales de la Inquisición).* Imprenta López, Buenos Aires, 1959.

32. PAZ SOLDAN, Mariano Felipe. *Examen de las Penitenciarías de los Estados Unidos. Informe.* Imprenta de S. W. Benedict. Nueva York, 1853.

33. PEASE G. Y. Franklin. *Aproximación al delito entre los Incas.* Revista Derecho de la P. U. C., Nº 29, Lima, 1971.

34. PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *Cronistas del Perú.* San Marti y Cía., Lima, 1962.

35. PORRAS BARRENECHEA, Raúl. *El Cronista Guamán Poma de Ayala.* Imprenta Editores, Lima, 1971.

36. RIVARA DE TUESTA, María Luisa. *Ideólogos de la Revolución.* Publicaciones de la Comisión del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Talleres de Ind. Gráfica, Lima, 1971.

37. SEMINARIO HELGUERO, Gabriel. *Notas sobre la Reforma del Régimen Penal en el Perú.* Ed. Penitenciaría Central, Lima, 1945.

38. SIVIRICHI, Atilio. *Derecho Indígena Peruano.* Ed. Kuntur, Lima, 1946.

39. SUEIRO, Daniel. *El Arte de Matar.* Ed. Alfaguara. Madrid, Barcelona, 1968.

40. TRIBORN, Hermann. *El Delito en las Altas Culturas de América.* Dpto. de Publicaciones de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

41. TUBERVILLE, A, S. *La Inquisición Española.* Breviarios del Fondo de Cultura Económica. México, 1960.

42. TUPAC AMARU, Juan Bautista. *Memorias.* Fondo de Cultura Popular, Lima, s/f.

43. URTEAGA, Horacio. *La Organización Judicial en el Imperio de los Incas.* Revista Histórica. Organo del Instituto Histórico del Perú, Lima, 1930.

44. VALCARCEL, Daniel. *La Rebelión de Tupac Amaru.* Ed. Universo, Lima, 1970.

45. VALCARCEL, Daniel. *Túpac Amaru, Revolucionario.* Conferencia dictada por encargo de la Comisión Nacional del Sesquicentenario de la Independencia del Perú. Editorial Jurídica, Lima.

46. VALCARCEL, Luis. *Etnohistoria del Perú Antiguo.* Patronato del Libro Universitario, Ed. U. N. M. S. M. Lima, 1959.

47. VARALLANOS, José. *El Derecho Inca según Felipe Guamán Poma de Ayala.* Talleres Tipográficos "Santa Rosa", Huancayo, 1943.

48. VARGAS UGARTE, Rubén. *Historia General del Perú (Conquista-Virreynato).* Milla Batres, Seix Barral, España, 1971.

49. VEGA BELLO, José. *Algo sobre Abogados, Jueces y Escribanos en la Conquista del Perú.* Revista del Foro, Año LVIII Nos. 1-2-3. Lima, 1971.

50. VEGA SANTA GADEA, Fernando. *Informe Preliminar del Primer Censo Nacional Penitenciario.* Ministerio de Justicia y Culto, Lima, 1967.

51. VEGA SANTA GADEA, Fernando. *Informe sobre la política penitenciaria en el Perú.* Mercurio Peruano Nº 477, Enero-Febrero, Lima, 1969.

52. VEGA SANTA GADEA, Fernando. *El Drama Sexual de la Prisión Peruana.* Revista Fascinum Nos. 5-6-7-8. Año 1972-73, Lima.

53. VILLAVICENCIO, Víctor Modesto. *La Reforma Penitenciaria en el Perú.* Imprenta Rivas, Lima, 1927.

54. VITERVO ARIAS, José. *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de* 1863. Lima, 1900.

Fernando Vidal Ramírez

INTERMEDIARIOS DEL MERCADO DE VALORES

1. Planteamiento Preliminar

El artículo 37 del Decreto Supremo Nº 187-70-EF, reglamentario del Decreto Ley Nº 18302, señala quiénes son los Intermediarios del Mercado de Valores. En efecto, el citado dispositivo indica que las personas y entidades a que se refiere el inciso b) del artículo 47 del mismo Reglamento, así como aquéllas que intervienen en la transferencia de valores no cotizados en Bolsa, además de los Agentes de Bolsa, son los intermediarios del Mercado de Valores.

El inciso b) del artículo 47 está referido a las personas, entidades o empresas, inclusive bancos, que ejercen habitualmente actividades de colocación de valores o participan en alguna forma en el mercado de valores.

Significa, entonces, que los Intermediarios son los Agentes de Bolsa y las personas, naturales o jurídicas, que desarrollan actividades para la colocación de valores en el público.

2. Régimen Legal

La denominación de Intermediarios ha venido a ser utilizada en nuestro ordenamiento legal a partir de la puesta en vigencia del Decreto Ley Nº 18302 que, como es sabido ha innovado la estructura jurídica de nuestro mercado de valores, si bien la derogación expresa del articulado del Código de Comercio en esta materia se produjo posteriormente, mediante el Decreto-Ley Nº 18353.

Así, pues, la regulación legal de los Intermediarios del Mercado de Valores estaba determinada por la Sección Sexta del Código de Comercio, hoy derogada, como se ha advertido, por el artículo 10 del Decreto Ley Nº 18353. Por ello, para la calificación jurídica de los Intermediarios en el trato legislativo que en la actualidad se les dispensa, consideramos imprescindible detenernos en una revisión del Código de Comercio.

2.1. Como lo señala García Calderón en sus anotaciones al Código de Comercio (Lima, 1957, pág. 2) la Comisión designada mediante el Decreto Supremo de 28 de febrero de 1898, tuvo el encargo de adaptar a nuestro medio el Código de Comercio español de 1885 (aún vigente en España) y fue así que, con algunas modificaciones, se promulgó nuestro Código de Comercio el 15 de febrero de 1902, empezando a regir el 1º de junio del mismo año. La Sección Sexta dedicada a los intermediarios, entonces llamados "Agentes Mediadores del Comercio". fue una réplica exacta del modelo español, habiéndose adoptado, inclusive, la Exposición de Motivos.

La Sección Sexta comprendida dentro del Libro Primero del Código "De los Comerciantes y del Comercio en General", bajo el epígrafe de "De los Agentes Mediadores del Comercio y de sus Obligaciones respectivas" comprendió, a su vez, cuatro Títulos, dedicados respectivamente a las "Disposiciones comunes a los agentes mediadores del comercio", "De los Agentes Colegiados de Cambio y Bolsa". "De los Corredores Colegiados de Comercio" y "De los Corredores Colegiados Intérpretes de Buques". Estos últimos Agentes Mediadores no interesan para los efectos de nuestro estudio, por lo que sólo vamos a detenernos en los Agentes de Cambio y Bolsa y los Corredores de Comercio.

La propia Exposición de Motivos del Código al pretender precisar el concepto de la "mediación en el comercio", señaló que la profesión de agente mediador "consiste, ante todo, en poner en relación a los compradores y vendedores facilitando la contratación mercantil", añadiendo luego que era el "oficio público creado para dar autenticidad a los contratos celebrados, entre comerciantes o sobre operaciones de comercio, y para influir en la cotización de los valores y mercancías". Asimismo, la Exposición de Motivos resaltó el ejercicio de la fundación de fedatarios públi-

cos de los Agentes Mediadores (García Calderón, Ob. cit. pág. 69).

En armonía con los conceptos citados, el Código consagró normas como las de los artículos 55 y 93. En el artículo 55, ubicado en la Sección Cuarta "Disposiciones Generales sobre los Contratos de Comercio", vigente aún en lo que no se refiera a la mediación de valores por la tácita derogación del artículo 46 del Decreto Ley Nº 18302, se consagró que "los contratos en que intervenga agente o corredor, quedarán perfeccionados cuando los contratantes hubieren aceptado su propuesta". El artículo 93, hoy derogado por el artículo 10 del Decreto Ley Nº 18353, consagró la función notarial de los agentes mediadores.

Así, pues, el Código de Comercio reguló las actividades de los Agentes Mediadores del Comercio, prescribiendo su colegiación y las ventajas resultantes de ellas, los requisitos, obligaciones, limitaciones y responsabilidades. Tratándose de los Agentes de Bolsa, entonces llamados Agentes de Cambio y Bolsa, señaló las características de su actividad, así como la de los Corredores de Comercio.

2.2. El Decreto Ley Nº 18302, innovando la nomenclatura utilizada por el Código de Comercio, ha suprimido la denominación de "Agentes Mediadores de Comercio" y cuando se refiere a éstos los llama "Intermediarios". Ya hemos advertido que existen Intermediarios "Agentes de Bolsa" e Intermediarios "no Agentes de Bolsa"; los primeros tienen un ámbito de actividad privativo, como es el mercado bursátil y, además, tienen la ventaja de poder intervenir en el mercado de valores extra-bursátil. De este modo, los Agentes de Bolsas son los sucesores de los Agentes de Cambio y Bolsa, mientras que los Intermediarios-No Agentes de Bolsa, lo son de los Corredores de Comercio en lo que al mercado de valores se refiere.

2.3. El Agente de Bolsa tienen su definición en el artículo 30 del Decreto Ley Nº 18302. Es "la persona natural que se dedica con carácter permanente a intervenir como intermediario en la compra y venta de valores que se transan en las Bolsas de Valores del país". Los requisitos para poder llegar a serlo, atribuciones, colegiatura, obligaciones y responsabilidades, están también señaladas en las disposiciones del Decreto Ley Nº 18302 y del Decreto Ley Nº 18353, el Decreto Supremo Nº 187-70-EF, la Resolución CNSEV Nº 027-70-EF y demás resoluciones dictadas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, la que lleva el Registro Nacional de Agentes de Bolsa creado por el artículo 33 del Decreto Ley Nº 18302.

Así, pues, aunque en forma algo dispersa, se ha dispensado un trato legislativo orgánico a los Agentes de Bolsa. Pero ello no ha ocurrido, a partir del régimen legal introducido por el Decreto Ley Nº 18302, con los otros Intermediarios del mercado de valores.

En efecto, tan sólo el artículo 37 del Decreto Supremo Nº 187-70-EF ha pretendido definir a los Intermediarios-No Agentes de Bolsa. De este dispositivo, que se remite además al inciso b) del artículo 47 del mismo Decreto Supremo, se infiere que estos Intermediarios son las personas, naturales o jurídicas, que se dedican habitualmente a actividades vinculadas a las circulación de valores, siempre que se encuentren inscritas como tales en el Registro creado por la Resolución CNSEV Nº 066-71-EF.

3. Calificación jurídica

Planteado el régimen legal a que están sometidos los Intermediarios del Mercado de Valores, procederemos, ahora, a establecer la calificación jurídica de su actividad.

3.1. Atendiendo al trato legislativo dispensado por el Código de Comercio a los Agentes de Bolsa y al sentido de sus normas, sustentadas en los conceptos contenidos en la Exposición de Motivos, creemos con Garrigués, (Tratado de Derecho Mercantil, Madrid, 1949, págs. 1445 y ss.), que la naturaleza jurídica de los Agentes de Bolsas era la de comisionistas —dentro del concepto del contrato de comercio mercantil también regulado por el Código— que obraban en nombre propio y por cuenta de sus comitentes; la de ser fedatarios públicos en virtud del carácter notarial que les confería el artículo 93; y, obviamente, la de ser comerciantes.

En el régimen legal establecido por el Decreto Ley Nº 18302, creemos que los Agentes de Bolsa mantienen su calificación de comisionistas y que el contrato de comisión mercantil sigue siendo el soporte sustantivo de su actividad. Así resulta de las obligaciones impuestas por el artículo 32 del Decreto Supremo Nº 187-70-EF y compartimos la opinión de Eduardo Polo (Dos Estudios sobre los Agentes Mediadores del Comercio, Barcelona, 1972, pág. 41 y ss.) en cuanto paraleliza las obligaciones del comisionista y del agente de Bolsa para arribar a la misma conclusión.

Más bien, la calificación de fedatario público no es ya sustentable, atendiéndose al régimen legal establecido por el Decreto Ley Nº 18302. La norma del artículo 93 del Código de Comercio no ha sido reproducida, habiéndose introducido sustanciales modificaciones al trato dispensado por el derogado ordenamiento. Tan sólo el artículo 34 del Decreto Ley Nº 18302 faculta al Agente de Bolsa a certificar la autenticidad de las firmas en el endoso de los valores y para suscribir de sus comitentes los respectivos asientos de transferencia en los Libros de Registro de las empresas emisoras. Expresión residual de aquella función significa también las otras certificaciones que pueden otorgar.

3.2. Respecto a los Intermediarios-No Agentes de Bolsa, a los que el Código de Comercio les dio las mismas atribuciones que a los Agentes de Bolsa, y por ende, les correspondía la misma calificación jurídica, en el régimen impuesto por el Decreto Ley Nº 18302 resulta muy difícil hacer la calificación jurídica de su actividad aunque pueden llegar a alcanzar la calificación de comisionistas, puesto que ellos no celebran los contratos —ni los concluyen— en nombre de las partes, sino que se limitan tan sólo a promoverlos. Así pueden hasta recurrir a los Agentes de Bolsa para la concertación de una compra-venta de valores.

Aun cuando en doctrina se considera que la intervención de los Intermediarios-No Agentes de Bolsa no constituye propiamente una comisión mercantil (E. Polo, ob. cit. pág. 86) no podemos compartir esta posición en mérito a lo conceptuado por el artículo 237 del Código de Comercio y la interpretación resultante de su texto e imperante en nuestro medio (García Calderón, Código de Comercio, pág. 129).

4. Supervisión de los Intermediarios

El artículo 1º del Decreto Ley Nº 18302 encarga a la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, entre otras funciones, la supervigilancia del mercado de valores, de los Agentes de Bolsa y de los demás intermediarios. En armonía con esta norma, el artículo 6 del mismo Decreto Ley Nº 18302 ha conferido al Directorio de la Comisión, entre otras atribuciones, las de establecer los requisitos de inscripción en los Registros de la Comisión de los Intermediarios (inciso e), disponer la inspección de los libros y documentos de los agentes de Bolsa y demás intermediarios (inciso k); y, aplicar las sanciones por las contravenciones a las disposiciones legales y reglamentarias del mercado de valores (inciso m). Estas atribuciones se complementaban con otras contenidas en el Decreto Supremo Nº 187-70-EF y han tenido su expresión en las diversas resoluciones dictadas por el Directorio de la CNSEV.

4.1. Ya hemos indicado que Agentes de Bolsa sólo pueden ser las personas naturales. Para ello, es necesario reunir los requisitos señalados en el artículo 32 del Decreto Ley Nº 18302, obtener el correspondiente certificado expedido por la Comisión Nacional supervisora de Empresas y Valores y quedar inscrito en el Registro Nacional de Agentes de Bolsa. No deberán estar incursos en los impedimentos señalados y deberán cumplir con las prescripciones que norman su actividad.

La Resolución del Directorio de la CNSEV Nº 027-70-EF de 27 de noviembre de 1970 ha previsto la posibilidad de asociarse de los agentes de Bolsa para prestar en común los servicios inherentes a sus funciones, previa autorización de la propia Comisión. Esta autorización no desvirtúa el requisito esencial de que sólo las personas naturales pueden ser agentes de Bolsa, puesto que con la asociación no se constituye una persona jurídica manteniendo los agentes su propia individualidad.

4.2. En el Régimen legal establecido por el Decreto Ley Nº 18302 la condición de los Intermediarios No Agentes de Bolsa deriva del concepto de oferta pública introducido por el propio Decreto Ley Nº 18302 y definido por el artículo 46 del Decreto Supremo Nº 187-70-EF que le sirve de reglamento. El artículo 47 a que se remite el artículo 37 del citado Decreto Supremo, y del que surge la definición de estos Intermediarios, señala a las personas naturales o jurídicas, que pueden efectuar oferta pública de valores.

Por ello, en concordancia con las disposiciones citadas, el Directorio de la Comisión mediante Resolución Nº 066-71-EF de 4 de junio de 1971 dispuso la apertura del Registro de Intermediarios, aun cuando éstos no realicen necesariamente ofertas públicas de valores. Como en este Registro pueden inscribirse tanto las entidades emisoras de valores como las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la colocación de los mismas en el público, concluimos, entonces, que como expresión de la supervigilancia ejercida por la

Comisión es obligatoria la inscripoión para poder actuar como intermediario en el mercado de valores.

4.3. Establecido, pues, el sometimiento de los Intermediarios a la Comisión, ésta, de conformidad con el artículo 36 del Decreto Ley Nº 18302, tratándose de los Agentes de Bolsa, y con el artículo 1º del Decreto Ley Nº 18800, modificatorio del artículo 37 del Decreto Ley Nº 18302, de los demás intermediarios, podrá aplicar las sanciones y multas previstas en los dispositivos citados. La resolución Ministerial Nº 522-71-EF de 20 de abril de 1971 ha tipificado las infracciones y señalado las multas respectivas.

Lima, diciembre de 1973

Eduardo White

NATURALEZA JURIDICA DE LAS EMPRESAS MULTINACIONALES

Una multitudinaria reunión de abogados de todos los países de América, celebrada el pasado mes de agosto en Río de Janeiro, resolvió recomendar la adopción, "como uno de los temas centrales a ser tratados por la próxima Conferencia, de una definción jurídica de sociedades multinacionales, sobre la capacidad de decisión y sobre los aspectos jurídicos vinculados con las sociedades multinacionales, incluyendo la regulación jurídica de las mismas en los países en que operan" (1).

El sentido de oportunidad de esta proposición se comprende solamente en la medida en que puede preverse que la naturaleza económica y jurídica de las empresas multinacionales habrá cambiado con respecto a lo que es hoy en día cuando se reúna nuevamente la Conferencia dentro de un par de años. Pero ese sentido parece menos claro si la definición jurídica de este fenómeno preocupa **ahora,** en cuyo caso no se justificaría postergar el intento, aun cuando dicha preocupación fuera meramente académica.

Sin embargo, la importancia de las empresas multinacionales no es, como todo el mundo sabe, un tema académico. En este mismo momento, todos los países de América —desde Estados Unidos hasta Argentina— están estableciendo, acaban de establecer, o están programando, instrumentos legales de todo tipo, nivel y alcance para regular la actividad de las empresas multinacionales. Casi todos los organismos internacionales —el ECOSOC, la UNCTAD, la OIT, la asamblea general de las Naciones Unidas— están proponiendo líneas de acción internacional en la materia (2) y también los organismos regionales de integración económica, especialmente los latinoamericanos, otorgan prioridad a la adopción de medidas, ya sea para controlar, ya sea para promover, distintos tipos de empresas multinacionales (3).

Es alarmante que mientras este movimiento se está llevando a cabo, los juristas todavía manifiesten su ignorancia frente al fenómeno que se trata de regular. ¿Qué garantía, entonces, tendrán los sectores interesados y en primer lugar los gobiernos, sobre la adecuación y la seriedad de los instrumentos legales e institucionales que se diseñen?

La recomendación de la Conferencia de Abogados revela, entre otras cosas, que persiste la confusión conceptual sobre un tema que si bien es nuevo, y polifacético, ya está suficientemente experimentado; y aunque así no fuera, difícilmente puede resistir la capacidad descriptiva de una ciencia habituada a no dejar lagunas en la realidad social, como es el Derecho.

En el caso de los juristas latinoamericanos, la confusión puede explicarse, quizás, porque los problemas que vienen surgiendo en las relaciones económicas, sociales e internacionales de las últimas décadas siguen enfocándose en buena medida con las categorías obsoletas del Derecho Romano, como si fuera posible pensar jurídicamente en 1973 con los principios y reglas de juego aplicables a las sociedades pastoriles de la antigüedad.

Las dificultades de los juristas para representar adecuadamente al fenómeno de las empresas multinacio-

1. XVIII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados, Resolución Cj-6, Comité XI - Sección A.
2. Véase el reciente informe de Naciones Unidas, *Multinational Corporations in World Development,* New York, 1973, p. 106 y siguientes.
3. El Grupo Andino ha dictado dos importantes Decisiones al respecto, la 24 y la 46, que están actualmente en distintos grados de implementación. En el seno de la ALALC también se han producido recientemente importantes trabajos dentro del Plan de Acción establecido por la decisión 262 (IX).

nales, igualmente que a otras realidades de nuestra época, persistirán mientras no se empleen las técnicas y razonamientos del derecho económico, es decir, mientras dichas realidades no se enfoquen en una perspectiva interdisciplinaria, que recurra a otros métodos que los puramente jurídicos, permita ubicar a los problemas como parte del proceso de cambio de los sistemas sociales y acepte, en consecuencia el carácter eminentemente dinámico y fluido de sus categorías conceptuales.

Las breves reflexiones que siguen tienen el propósito de contribuir a clarificar las principales ideas en torno al concepto jurídico de empresa multinacional, ubicándolo en la perspectiva de las relaciones económicas internacionales contemporáneas (4).

I. Cambios en las relaciones internacionales

A partir de la Segunda Guerra Mundial, las relaciones económicas internacionales recibieron el impacto de varios procesos convergentes y en alguna medida contradictorios:

—La internacionalización masiva de los sistemas de producción, impulsada por factores políticos e institucionales —la liberación progresiva de los movimientos de personas, mercaderías y capitales— y por gigantescos avances de la tecnología, especialmente en materia de transportes y comunicaciones. Eliminados de esta manera muchos obstáculos que separaban antes a los países, las transacciones económicas internacionales aumentaron su volumen y cambiaron su naturaleza.

—La emergencia de los llamados nacionalismos económicos, especialmente en los países que comenzaron a denominarse "subdesarrollados" al tomarse conciencia de las brechas de nivel económico que los separaban de los países industrializados. Los medios de expresión de este fenómeno ya estaban creados desde la crisis económica de 1930, frente a la cual los Estados debieron aprender, más allá de sus ideologías, a manejar políticas y mecanismos de intervencionismo y planificación. Más tarde, la capacidad de control estatal sobre las economías fue puesta al servicio de objetivos más amplios, que pueden resumirse en la pretensión de consolidar y aumentar la autonomía nacional frente al sistema internacional, evitando la pérdida de capacidad de decisión generalmente calificada como dependencia externa.

—La formación de nuevos espacios económicos regionales, a través de esquemas de cooperación e integración económica entre Estados independientes que buscan poner en común sus mercados, estrechos ante la perspectiva de la competencia internacional, y sus recursos, escasos para realizar determinadas actividades consideradas necesarias por su significación económica o social.

Este conjunto de cambios y procesos ha afectado una serie de supuestos y reglas del juego sobre los que se llevaban a cabo tradicionalmente las relaciones internacionales. Principios clásicos como la soberanía, conceptos indiscutidos como el de independencia, ideas claras y distintas como la de nacionalidad, fueron afectadas en sus bases y debieron comenzar, lentamente, a reformular su significado real.

La diversificación geográfica de los medios de producción, el desarrollo de los nacionalismos basados en la idea de independencia económica, y la formación de grupos o alianzas de nacionaes de carácter económico, han desintegrado en parte la unidad y armonía clásica del concepto jurídico de nacionalidad, nacido para representar normativamente a las relaciones planteadas entre sujetos inequívocamente pertenecientes a Estados Naciones que, por otra parte, actuaban como protagonistas únicos y exclusivos de las relaciones internacionales.

II. El concepto de empresa

Uno de los fenómenos del proceso de cambio señalado, el movimiento de concentración y expansión internacional de la industria, ha contribuido a provocar también la ruptura del concepto original de empresa. La transformación de los primitivos talleres en fábricas, de las fábricas en corporaciones nacionales y de éstas en corporaciones multidivisionales, algunas de las cuales se convierten en multinacionales (5), ha eliminado la antigua unidad económico-jurídico-administra-

4. El tratamiento que se realiza a continuación está basado en varios trabajos del autor, y especialmente en *"Empresas multinacionales latinoamericanas; la perspectiva del derecho económico"*, Fondo de Cultura Económica, México, 1973.

5. Véase el tratamiento de las relaciones entre crecimiento de la empresa, división interna del trabajo y estructuras organizativas, en Stephen Hymer, *Empresas multinacionales*, Buenos Aires, 1973, cap. II.

tiva, por la cual un agrupamiento de personas se organizaba en sociedad (estructura jurídica) para explorar una empresa (estructura económica) que poseía una planta o establecimiento (estructura técnica o administrativa).

En la economía actual, una planta puede producir varias mercaderías, actuando en diversos mercados; pero también una sociedad puede controlar diversas plantas, y una sociedad puede controlar otras sociedades, o lo que es igual, una empresa puede manifestarse en cierto número de personas jurídicas ligadas entre sí por relaciones de propiedad, de administración o meramente contractuales (6).

En otras palabras, las unidades económicas han perdido su individualidad, a causa de la comunidad de bienes e intereses que se produce al establecerse sobre las mismas una misma estructura de poder o control. El resultado de este proceso se manifiesta en diversas formas de concentración de empresas: absorción o fusión de unas unidades por otras, creación de nuevas unidades por varias otras, descentralización de las unidades existentes.

El análisis de este fenómeno, especialmente en una de sus dimensiones —la concentración por descentralización internacional de las unidades productivas— permite destacar una distinción crucial: la que separa los conceptos de empresa y sociedad.

Hoy en día está más o menos claro que el concepto de **empresa** se refiere a los centros de decisión económica y administración patrimonial que reúnen un conjunto de recursos productivos afectados a una misma actividad o fin económico.

El concepto de **sociedad,** en cambio, se refiere a una de las técnicas disponibles (sin duda, la más importante) para la expresión o manifestación jurídica de las empresas, para dotarlas de una organización interna y para impulsar su crecimiento (7). Precisamente, la técnica societaria —y especialmente la de la sociedad anónima— es la que ha favorecido, junto a otros factores, el proceso de internacionalización de la producción a que hacemos referencia. Gracias al principio según el cual una sociedad puede ser socia de otra, dondequiera se encuentren ambas localizadas, un mismo centro de decisión económica puede actualmente expresarse, a través de distintas combinaciones de participaciones accionarias, en numerosas entidades dotadas cada una de personalidad jurídica, limitación de responsabilidades y órganos propios de administración, y sometidas a diferentes ordenamientos jurídicos nacionales (8). Gracias a este principio, la empresa Ford es, sin perder su unidad, alrededor de 60 sociedades distintas, cuarenta de las cuales tienen sede fuera de Estados Unidos; Philips existe en 66 países que le han otorgado independientemente personalidad moral; y la I.T.T. es un conglomerado de más de 150 sociedades localizadas en distintos países del mundo.

La distinción entre empresa y sociedad es crucial para comprender plenamente el alcance teórico y práctico de la noción de nacionalidad y reconocer la existencia de las dos dimensiones básicas en las que puede considerarse y aplicarse como concepto jurídico.

III. **Nacionalidad de las sociedades**

La primera dimensión del concepto de nacionalidad se refiere al estatuto legal de las personas morales, y constituye el vínculo que las une con un ordenamiento jurídico determinado, que les otorga capacidad como sujetos de derecho, y define las reglas de su constitución, organización interna, funcionamiento y disolución (9).

Una sociedad, pues, es nacional del país que regula su estatuto jurídico. Desde este punto de vista, una empresa tendrá tantas nacionalidades como países (ordenamientos jurídicos) en los que haya constituido sociedades.

Ahora bien, dado que lo que está en juego en esta dimensión de la nacionalidad es la existencia (jurídica) misma de la empresa, o sea su capacidad como sujeto de derecho y las reglas de su organización y funcionamiento, la identificación del "país de nacio-

6. Ver Eduardo White, *El derecho de la concentración de empresas y los procesos de concentración económica,* Revista Derecho de la Integración Nº 6, Buenos Aires, 1970.
7. Véase la elaboración de esta distinción en los trabajos de Jean Paillusseau, *La Société anonyme, technique d'organisation de l'entreprise,* París 1967, y C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions,* París, 1962.

8. Véase H. Angelo, *Multinational corporate enterprises,* Academia de La Haya, Cursos, 1968, III, p. 449.
9. Véase Y. Loussouarn y J. Bredin, *Droit du commerce international,* Paris, 1969, pp. 261-88, y J. Calon, La societé internationale, en *Journal de droit international,* 1961, p. 694 y ss.

nalidad" se efectúa con base en indicadores que satisfagan **requisitos de unidad, seguridad e igualdad** (10). Como es sabido, en el derecho positivo comparado se encuentran dos criterios para determinar la nacionalidad de las sociedades: el de la "incorporación", según el cual las sociedades son nacionales del país donde se han constituido, y el de la sede, que se refiere al país donde se encuentra la organización social, sus órganos de administración o el asiento principal de sus negocios. Ambos criterios, con algunas diferencias, satisfacen los requisitos mencionados. En primer lugar, los indicadores empleados son de naturaleza jurídico-formal: si bien esto es más evidente en el criterio del lugar de constitución, también es cierto en el caso de la sede, aun si lo que se busca es la **sede real,** pues no se trata de identificar la sede económica sino la sede jurídica, es decir, normalmente, la de los órganos de la sociedad. Bajo las dos formas, entonces, se garantiza la seguridad, la certidumbre del estatuto legal. En segundo lugar, este último permanece siempre idéntico a sí mismo: una misma sociedad no puede tener sino una sola nacionalidad, es decir, un solo estatuto; y los casos de doble estatuto son resueltos, en principio, por el derecho internacional privado. En tercer lugar, los criterios empleados permiten asignar o negar nacionalidad a las sociedades en forma igualitaria, es decir, no discriminatoria en términos internacionales: los requisitos son válidos para todas las empresas, capitales y socios, cualquiera sea su procedencia.

A los efectos de este análisis, nos interesa señalar que esta acepción del concepto de nacionalidad permite clasificar a las sociedades en la forma siguiente:

A. **Sociedades nacionales o extranjeras**

Las sociedades se distinguen en nacionales y extranjeras según que, de acuerdo a los criterios elegidos por los países para determinar al ordenamiento jurídico que rige su constitución, organización, funcionamiento y disolución, dicho ordenamiento jurídico sea nacional o extranjero.

B. **Sociedades internacionales**

Las sociedades son internacionales en la medida en que sea el orden jurídico internacional el que les otorgue personería jurídica, y fije sus condiciones de organización y funcionamiento. Esta hipótesis puede verificarse a través de un tratado o convenio internacional, o mediante decisiones de un organismo internacional con competencia para ello.

Los antecedentes más importante de esta figura se encuentran en la experiencia europea, especialmente dentro de los programas de integración económica. Al respecto, deben señalarse: i) el régimen de empresas comunes del EURATOM, previsto en los artículos 45 a 51 del Tratado de Roma (11); ii) el proyecto de Estatuto de la Sociedad Anónima Europea, elaborado por la Comisión de las Comunidades y todavía no sancionada (12); iii) las llamadas "corporaciones públicas multinacionales", establecidas por los Estados europeos luego de la Segunda Guerra Mundial para realizar trabajos, servicios públicos y finalmente actividades comerciales e industriales conjuntas, y entre cuyos ejemplos más conocidos se encuentran EUROFIMA, EUROCHEMIC, SAARLOR, Scandinavian Airlines System (SAS), etc. (13).

En América Latina, probablemente los únicos casos de "sociedad internacional" sean los de la Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea (COCESNA), y la empresa binacional ITAIPU, creada por el Tratado entre Brasil y Paraguay para el aprovechamiento hidroeléctrico del río Paraná.

El Régimen Uniforme de Empresas Multinacionales establecido por la decisión 46 del Grupo Andino otorga algunos elementos de internacionalidad al estatuto jurídico de las sociedades sujetas al mismo. Sin embargo, como hemos destacado en otro trabajo (14) la empresa multinacional Andina no puede ser considerada "sociedad internacional" pues su personería jurídica no es concedida por un organismo subregional, que-

10. Véase Eduardo White, *El tema de la nacionalidad de las empresas en la perspectiva de las relaciones económicas internacionales,* en Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones, Buenos Aires, 1973.

11. Véase A. Sereni, La imprese comuni dell'EURATOM, en *Rivista di diritto Internazionale,* vol. XVIII, 1960, p. 213, y E. Libbrecht, "Les caracteres essencieles des entreprises communes de l'EURATOM". en *Revue Trimestrelle de Droit Européen,* num. 4, julio-diciembre, 1971, pp. 623-4.

12. Véase Diario Oficial de la CEE, 1970, C 124/1, y E. Cerexce, la sociedad Europea, en *Revista Derecho de la Integración,* Nº 9, Buenos Aires, 1971.

13. Véase H. T. Adam, *Les organismes internationaux specialisés,* París, 1965, y C. Fliger, *Multinational Public Enterprises,* Washington, 1969.

14. Véase E. White, *Empresas multinacionales latinoamericanas,* op. cit., pág. 93 y 55.

dando tanto su otorgamiento como su extinción en manos de las autoridades nacionales.

C. Sociedades multinacionales

En las sociedades multinacionales, un doble o múltiple estatuto jurídico es previsto deliberadamente como ley aplicable, es decir, se estipula la aplicación simultánea de dos o más leyes nacionales a una misma sociedad. La complicada situación a que puede dar lugar este sistema (comprensible exclusivamente en los casos en que los socios de cada país desean conservar las vinculaciones nacionales de una empresa común hasta sus últimas consecuencias) explica la escasa utilización que ha tenido hasta el momento.

Suelen mencionarse dos ejemplos de "sociedades multinacionales": el de la Compañía Universal del Canal de Suez, sometida simultáneamente a la ley francesa y la egipcia, y el de Air-Afrique, que de acuerdo a su tratado constitutivo tiene la nacionalidad de "cada uno de los Estados Contratantes" (once países africanos (15).

IV. Nacionalidad de las empresas

La segunda dimensión del concepto de nacionalidad se refiere al goce de determinados derechos y a la imposición de obligaciones específicas a los centros de decisión económica (empresas), en función del grado o del tipo de su vinculación con uno o varios sistemas económicos nacionales.

El objetivo de las reglas que utilizan la noción de nacionalidad en este sentido es casi siempre la promoción o bien la restricción de las actividades de dichos centros de decisión, y no su organización y funcionamiento jurídico-formales. No obstante, dado que la técnica societaria es la principal expresión jurídica de las empresas, la individualización de las mismas, a los efectos de la imputación de los derechos y obligaciones respectivos, se ejerce a través y por medio de la persona moral. Lo que interesa, sin embargo, no es esta última sino la realidad económica subyacente.

En realidad, si puede discutirse (terminológicamente) que el vínculo que determina la ley aplicable o el ordenamiento jurídico a que pertenecen las sociedades, sea de nacionalidad, también podría sostenerse que el mismo término no parece del todo adecuado para presentar el vínculo que señala los derechos y obligaciones específicas a que está sujeta una empresa por su relación con la economía nacional (16). En ambos casos, sería más lógico quizás hablar de pertenencia, de subordinación: de orden estrictamente jurídico en el primer caso, que representa un problema de derecho internacional privado; y de orden más bien político en el segundo, que cae en la esfera del Derecho Público. Pero mientras no se encuentre un término más apropiado, el concepto de nacionalidad parece suficientemente amplio y flexible para evocar a estas relaciones.

La digresión anterior sirve para destacar un punto crucial en el problema de la nacionalidad y sus diferentes dimensiones: en efecto, entre los vínculos que pueden establecerse entre una persona —física o moral— y el Estado. hay algunos que representan una relación más estrecha que la que surge de la simple calidad de sujeto del orden jurídico interno.

La determinación de la nacionalidad de las empresas se efectúa normalmente mediante la aplicación de distintas variantes de la "teoría del control", nacida en Europa durante la Primera Guerra Mundial, para permitir el secuestro de los bienes de las compañías controladas por extranjeros enemigos, y comenzada a aplicar en América Latina al declararse el estado de be-

15. Véase B. Goldman, "*Le droit des societés internationales*", en Journal du Droit International, 1963, p. 320.

16. La confusión que todavía reina en esta materia puede advertirse, por ejemplo, en la doctrina argentina, que desde hace tiempo viene polarizándose entre quienes afirman y quienes niegan la nacionalidad, sin advertir que en lo sustancial, se trata de una guerra de palabras. El círculo vicioso deriva, en nuestra opinión, de la rigidez juridicista con que se enfoca el problema, oponiéndose los puntos de vista del derecho público a los del derecho privado, y la nacionalidad de las personas jurídicas a la de las personas físicas. En muy pocos casos se tiene en cuenta la distinción básica entre empresa y sociedad. Véase C. J. Zavala Rodríguez, *Nacionalidad de las sociedades*, en El Derecho, t-6, p. 1047; Isaac Halperin, *Sociedades Comerciales*, p. 125, E. Aztiria, *La nacionalidad de las sociedades mercantiles en la Academia Interamericana*, 1948; F. Polak, *En torno al régimen de las sociedades constituidas en el extranjero*, en Revista del Derecho Comercial, Nº 13, 1970.

ligerancia contra los países del Eje (17). La teoría del control se refiere a "la influencia preponderante en la orientación general de los negocios", resolviéndose en una noción puramente empírica, compuesta por factores de orden económico, social, psicológico y jurídico que se presentan en general como indicadores de la localización del "centro de decisiones" de la empresa (18).

Referida a la determinación de la nacionalidad de las empresas (19) la teoría del control emplea para ello indicadores como los siguientes:

1. Nacionalidad (o residencia) de los accionistas.
2. Nacionalidad (o residencia) de los admnistradores.
3. Nacionalidad (o residencia) de los empleados.
4. Lugar principal de los negocios.
5. Lugar principal de la investigación tecnológica.
6. Origen principal de los insumos utilizados.
7. Monto de los dividendos remitidos a accionistas extranjeros.
8. Monto de las regalías, intereses, etc., remitidos al exterior.
9. Efectos de sustitución de importaciones y/o expansión de las exportaciones.
10. Control externo mediante contratos de gestión, distribución, exclusividad con empresas establecidas en otros países.

Como puede verse en esta lista, la determinación de nacionalidad incluye no solamente elementos referidos a la estructura interna de la empresa (los socios, los administradores, el lugar de explotación) sino también factores y modalidades de su comportamiento externo, como la política de investigaciones tecnológicas y de remesas de beneficios al exterior, cuya captación o representación por las normas jurídicas es extremadamente difícil si se tiene en cuenta el carácter dinámico y cambiante que tienen en la realidad dichas operaciones.

Pero es importante observar también que en algunos de estos casos, la nacionalidad aparece referida, más que al control en sentido estricto, al **interés nacional** de las empresas, en el sentido de la adecuación de su estructura y/o su comportamiento a una definición dada de ese interés nacional. Ahora bien: en un sistema de planificación económica que establezca diferentes prioridades, ese interés nacional puede variar de acuerdo a las diferentes políticas económicas conque se vinculen las empresas, y en especial, de acuerdo a los diferentes métodos de asignación de los recursos nacionales a los que pueden aspirar aquéllas. Por lo tanto, **una misma empresa puede tener distintas "nacionalidades"** (es decir, puede ser considerada nacional o extranjera) según se trate, por ejemplo, de acceder a determinado sector de actividad, o solicitar créditos, u obtener beneficios de fomento industrial, o disponer de divisas para pagar regalías a empresas del exterior, o recibir exenciones impositivas, o solicitar protección diplomática al gobierno local, etc. (20) Para cada uno de estos actos, el Estado puede plantear diferentes requerimientos de vinculación con la economía nacional en función de las distintas políticas, y teniendo en cuenta que dichos requisitos de estructura o comportamiento de las empresas no son simplemente simbólicos sino que tienen efectos concretos sobre el sistema económico.

En todos estos casos, los requisitos de seguridad, unidad e igualdad que aparecían en la primera dimensión del concepto de nacionalidad, aparecen relegados por la necesidad de representar y regular la realidad económica y sus cambios. Pero la diferencia se comprende, en principio, si se tiene en cuenta que la atribución de nacionalidad no determina aquí la existencia jurídica misma de las empresas sino, exclusivamente, la medida en que podrán gozar o deberán soportar determinados derechos y determinadas obliga-

17. Véase C. De Visscher, *La protection diplomatique des personnes morales*, en Academia de La Haya, Cursos, 1966, p. 427 y ss.
18. Véase Champaud, *op. cit.*, p. 105 y ss. y Pailleauseau, *op. cit.*, p. 248.
19. La teoría del control ha comenzado a invadir sistemáticamente otras áreas tradicionalmente neutrales del derecho comercial, a través de las modernas legislaciones sobre grupos de sociedades. Los ejemplos más elaborados pertenecen al derecho europeo, y en especial al derecho alemán y francés, aunque en América Latina ya son varias las leyes que la aplican, como las de Argentina, Colombia y Chile. En materia impositiva, de promoción industrial, y por supuesto en materia de inversiones extranjeras, la aplicación de la teoría del control en los países latinoamericanos ya es bastante amplia. Véase INTAL, *aspectos jurídicos de la asociación internacional de empresas en América Latina,* mimeo, 1973.
20. Véase J. Calon, *op. cit.*, p. 696, Loussouarn y Bredin, *op. cit.*, p. 227 y ss.

ciones que no hacen a su subsistencia, al menos en términos jurídicos (21).

Sobre la base de las anteriores consideraciones, las empresas pueden ser clasificadas, según el criterio de nacionalidad, en la siguiente forma:

A. **Empresas nacionales o extranjeras**

Las empresas se ubicarán en una u otra categoría en la medida en que alguna disposición legal nacional establezca un tratamiento discriminatorio entre las mismas, basado en su grado o tipo de vinculación con la economía nacional, y referido a derechos y obligaciones específicas (22).

En América Latina, casi todos los países hacen uso de la distinción entre empresas nacionales y extranjeras a efectos de reservar a las primeras determinados derechos y beneficios.

El tratamiento discriminatoriio más sistemático se establece en el Régimen Común de Inversiones extranjeras del Grupo Andino, que califica a las empresas nacionales de modo uniforme en los países miembros (empleando el indicador de un porcentaje del capital corregido por la exigencia del "control efectivo" de las decisiones) y les reserva ventajas exclusivas, en materia de acceso a sectores, aprovechamiento de ventajas arancelarias, obtención de crédito interno, etc. (23)

Las legislaciones de Argentina y México, y en menor grado la de Brasil, también aplican la teoría del control para discriminar el tratamiento a las empresas. Es interesante destacar la multiplicidad y fluidez de los criterios elegidos por estos países para determinar la nacionalidad y para vincularla con distintos derechos y obligaciones (incentivos de fomento industrial, financiamiento, acceso al mercado de capitales, autorizaciones para operar, etc.). Dicha diversidad de criterios refleja las diferentes exigencias de "lealtad" o "identidad nacional" que los legisladores de cada país (y aun los legisladores de un mismo país) imponen a las empresas para gozar de los beneficios o eximirse de las restricciones resultantes de las distintas políticas económicas vigentes en cada materia, sector, región, etc. (24)

B. **Empresas multinacionales**

(i) En primer lugar, las empresas serán (jurídicamente) multinacionales, sin en razón de su vinculación efectiva con dos o más economías nacionales, y por el interés público multinacional de dicha vinculación, les son atribuidos derechos, privilegios y obligaciones que emanan del orden jurídico internacional.

Así definidas, las empresas multinacionales se ubican sobre todo en la perspectiva de los procesos de integración y cooperación económica entre Estados.

En las áreas de integración económica, la idea de empresa multinacional está vinculada estrechamente con el efecto de ampliación de mercados que es buscado por los gobiernos mediante las medidas de liberación del intercambio y de armonización de las políticas económicas: el mercado ampliado conduciría a un aumento correlativo en la dimensión de las empresas nacionales, a fin de aprovechar el nuevo espacio económico. Las empresas extenderían así su radio de acción geográfico, multiplicando sus contactos comerciales y sus establecimientos en otros países; además, la intensificación de la competencia, o bien la planificación conjunta, llevaría al agrupamiento de los productores de un mismo sector en cada país, creándose así complejos empresarios de dimensión regional.

Desde un punto de vista menos global, estas empresas son vistas también como mecanismos apropiados para llevar a cabo en forma conjunta proyectos o actividades de utilidad común a dos o más países, en distintos sectores de la economía.

Las empresas multinacionales serían de esta manera instrumentos de ciertos objetivos de los esquemas

21. Véase Y. Loussouarn y J. Bredin, *op. cit.*. p. 227 y ss.

22. Teóricamente, caben tres actitudes distintas frente a las empresas extranjeras: absoluta igualdad (tratamiento nacional); reciprocidad, y discriminación sistemática. La primera consiste, en la práctica, en eliminar la aplicación de la teoría del control, empleando exclusivamente las reglas neutrales del derecho societario, y eliminando, por lo tanto, las distinciones de nacionalidad referidas a las empresas, como tales. La reciprocidad, en cambio, es una variante de la técnica discriminatoria.

23. Véase M. Guerrero, *El Régimen Común de Inversiones Extranjeras del Grupo Andino,* en Revista Derecho de la Integración Nº 10, Buenos Aires, 1972.

24. Véase INTAL, *Estudio de los aspectos jurídicos de la asociación internacional de empresas en América Latina, op. cit.*, p. 125 y ss.

y procesos de cooperación e integración: 1) impulsarían las interrelaciones comerciales, financieras y tecnológicas entre los países, creando una interdependencia real entre sus economías e impulsando la coordinación de sus políticas, 2) permitirían encarar actividades económicas para las cuales no serían suficientes los recursos de cada país empleados aisladamente, 3) cumplirían función de salvaguardia de la autonomía de decisión nacional frente a la fuerza competitiva de las corporaciones internacionales de los países más industrializados, y 4) contribuirían a lograr el desarrollo equilibrado de los países, o en otras palabras, serían instrumentos de la distribución equitativa de los beneficios del proceso de convergencia de las economías nacionales.

En este sentido, la calificación de una empresa como multinacional dependerá de una decisión política de los Estados interesados, que estará basada, en principio, en los siguientes elementos:

—la realización de una actividad económica en común por empresas pertenecientes a dos o más Estados, o la realización de una actividad económica por empresas de un Estado de manera que comprenda o afecte el sistema económico de dos o más Estados;

—la existencia de un interés público internacional en la realización de determinada actividad, es decir, un interés común a dos o más Estados, cuya satisfacción exige determinado nivel de cooperación entre los mismos;

—la necesidad de atribuir determinados privilegios o ventajas a la o las empresas, en razón del carácter internacional de las operaciones a realizar, o debido a dificultades, económicas o legales, que surgen de la actividad en cuestión;

—El objetivo de mantener cierto grado de control sobre la actividad de las empresas, como contrapartida de las ventajas otorgadas, y a fin de garantizar el cumplimiento de los propósitos asignados a las mismas.

Es importante señalar que la estructura multinacional de la **propiedad** de estas empresas no es un requisito conceptualmente necesario para su calificación de multinacionales. Pese a que en algunos esquemas de promoción de este tipo de empresas, y particularmente en América Latina, se incluye dicho requisito en el modelo de empresa tenido en cuenta, los factores decisivos para identificar a las empresas multinacionales son, teóricamente, fundamentalmente dos: la calificación de su **pertenencia regional** (determinada normalmente por alguna variante de la teoría del control) y la definición de sus **objetivos** dentro de un programa o proyecto de interés multinacional.

Dada la necesidad de asegurar los rasgos y finalidades que se les asignan, estas empresas aparecerán generalmente asociadas a un contexto institucional (que tendrá también, de algún modo, carácter multinacional).

En casi todos los sistemas de integración económica existen esquemas institucionales vinculados a la promoción de este tipo de empresas (25). En la Comunidad Económica Europea, el caso más típico es el de las "empresas comunes" del EURATOM, ya mencionado, aunque deben tenerse en cuenta también otros mecanismos empleados por los gobiernos, como los programas internacionales de producción integrada realizados en el marco de la OTAN (26) o propuestos por las autoridades comunitarias, como el Grupo de Interés Económico aplicado a escala europea, los Contratos Comunitarios de desarrollo Industrial, etc. (27)

Las "empresas de finalidad común" (joint purpose enterprises) de la Organización de Cooperación Regional para el desarrollo (Irán, Paquistán y Turquía) (28), las industrias de Africa del Este (29), las "empresas comunes" del COMECON (30), son otras tantas experiencias, algunas frustradas y otras exitosas, dirigidas a los mismos objetivos.

En América Latina, la parcialmente fracasada experiencia de las Industrias Centroamericanas de Integración, y el todavía no aplicado sistema del Grupo Andino para la creación y funcionamiento de empresas multinacionales andinas, son los principales antecedentes de este tipo.

25. Estos esquemas están estudiados comparativamente en E. White, *Empresas multinacionales latinoamericanas, op. cit.*, cap. III.
26. Véase M. D'Auriac y otros, *Organisation de programmes internationales de Production Integrée.* Lieja, 1936.
27. Véase CEE, *La politique Industrielle de la Communauté,* Bruselas, 1970.
28. Véase M. Brewster, *Industrial Integration Schemes,* UNCTAD, TD/B/345, 1971.
29. Véase P. Robson, *Economic Integration in Africa,* Londres, 1968.
30. Véase J. Caillot, *Le C.A.E.M.,* París, 1971.

El marco jurídico de este tipo de empresas multinacionales será establecido a través de un tratado o convenio internacional, o mediante la decisión de un organismo internacional competente. Pero en estos casos el orden jurídico internacional no se ocupa necesariamente del estatuto jurídico, de las condiciones de organización y funcionamiento, como en el caso de las "sociedades internacionales", sino de la atribución de determinados derechos o privilegios a la empresa (libre movilidad de capitales, eliminación de la doble imposición, facilidades de crédito en todos los países) con el objeto de facilitarle coordinadamente su actividad multinacional. La multinacionalidad jurídica de la empresa aparece referida, pues, a su actividad económica, aunque su estructura organizativa, su personalidad moral, continúe dependiendo de un orden jurídico nacional.

(ii) Desde otro punto de vista, también puede aceptarse que una empresa será **jurídicamente** multinacional, aun no dependiendo del orden jurídico internacional, cuando determinadas disposiciones legales de un país establezcan que su estructura y/o funcionamiento **debe ser** multinacional, a los efectos de gozar de ciertos beneficios y someterse a ciertas obligaciones, que pueden ser distintos a los que se conceden a las empresas calificadas como nacionales o extranjeras (31). En estos casos, pues, las empresas son **obligatoriamente** multinacionales: puede tratarse de la integración multinacional del capital o de los órganos de dirección, de la realización de actividades o fijación de sedes en varios países, etc. La diferencia entre estas empresas y las reguladas con intervención del derecho internacional reside en el sometimiento de las primeras a la voluntad del legislador nacional, que en última instancia puede decidir, unilateralmente, la modificación del marco jurídico especial (por ejemplo, con incentivos especiales) que se les hubiere asignado especialmente.

Pueden citarse diversos casos que podrían ubicarse dentro de esta segunda categoría jurídica de empresa multinacional. En Europa existen varios ejemplos de asociación de empresas de diferentes países, con la intervención directa o los respectivos gobiernos, pero sin recurrir a normas internacionales. Uno de los más conocidos es el de FIAT-CITROEN, en el que el gobierno francés fijó claramente la estructura multinacional del capital del "holding" común que se estableció para controlar a CITROEN. También se han venido registrando interesantes experiencias de asociación en el campo bancario, del material de transporte, de la electrónica, etc., en todas las cuales se ha pretendido asegurar la multinacionalidad jurídica y económica de los proyectos (32).

En América Latina, deben señalarse, entre otros casos de este tipo, a la empresa Monómeros Colombo-Venezolanos, controlada por compañías colombianas y venezolanas, a la Flota Mercante Gran Colombiana, a la Corporación Centroamericana de Servicios de Navegación Aérea, a la compañía Altos Hornos de Centroamérica, y algunos otros proyectos comunes entre empresas de distintos países en los que, aunque en forma menos elaborada, es posible detectar elementos multinacionales no solamente en la estructura económica sino también en su ordenamiento jurídico particular (33).

Por último, cabría preguntarse hasta qué punto la figura jurídica de "empresa mixta" establecida por los países del Grupo Andino para calificar a las firmas en las que participa el capital extrazonal hasta un 49% del capital social, no configura una categoría autónoma de empresa multinacional, en la medida en que es sujeta a un estatuto legal diferente, con derechos y obligaciones distintas, al que se aplica a las empresas calificadas como nacionales y extranjeras.

C. Empresas transnacionales

Desde el punto de vista jurídico, empresas transnacionales serían aquéllas que, en razón de la dimensión de sus operaciones internacionales, medida por el número de países en que actúan, la importancia de los negocios y de los sectores en que operan, etc. (34), son sometidas por un acuerdo internacional, o por normas comunes sancionadas por los países, a

31. Véase B. Goldman. Le droit des societées internationales, en *J. de Droit International,* 1963. p. 320.

32. Véanse algunos de estos casos en C. Layton, *Cross Frontier Mergers in Europe*, Bath, 1970.

33. Véase INTAL, *op. cit.*, p. 243 y sig.

34. Existen muy diversas definiciones *económicas* de las empresas transnacionales, o corporaciones multinacionales, o firmas extraterritoriales, o empresas internacionales, o corporaciones globales, etc., según el punto de vista de cada observador. Véase la lista de definiciones que presenta el informe de Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 118 y ss.

ciertas reglas únicas o uniformes para controlar su comportamiento en las distintas economías nacionales.

Esta figura todavía no ha sobrepasado el plano de la expresión de deseos, de la discusión de propuestas, especialmente en el ámbito de los organismos internacionales, lo que se explica teniendo en cuenta el objetivo a alcanzar: se trataría de encuadrar jurídicamente a los grandes conglomerados internacionales, de codificar la estructura y el comportamiento de los grandes oligopolios industriales y comerciales, de los cuales ya depende el 20% del Producto Bruto del mundo entero (excluidos los países socialistas). Se trataría, en todo caso, de encontrar una respuesta adecuada a un fenómeno cada vez más evidente: las grandes empresas transnacionales han comenzado a convertirse en instrumentos autónomos para la regulación del comercio y la inversión internacional: gran parte de lo que los países denominan comercio exterior o inversión extranjera es en realidad comercio interno y descentralización de la producción que se realizan en el marco de un mismo centro de decisión económica (35). Paralelamente, el poder económico de las empresas multinacionales, que en muchos casos sobrepasa al de numerosos miembros de las Naciones Unidas, les confiere un significativo poder político, una especial capacidad de intervención, directa o indirecta, en asuntos internos de los países, que éstos perciben como pérdida de soberanía y dependencia (36).

Desde el punto de vista jurídico, los problemas a resolver para remontar esta situación son graves. Una empresa transnacional es un conjunto de sociedades actuando simultáneamente en varios países, bajo distintas leyes y jurisdicciones, pero unidas por un lazo vertical de control entre una sociedad matriz y diversas sociedades filiales, que asegura su adecuación a una estrategia global común. La base de estas entidades está, pues, fraccionada en tantas partes como países en los que se establezcan. Su estructura organizativa, los actos de transferencia de recursos de un país a otro, los impuestos que deben pagar, los sectores en que pueden operar, están sometidos a las reglas que sanciona cada Estado nacional, dándose lugar así a un verdadero laberinto jurídico (37).

En realidad, las grandes corporaciones internacionales desenvuelven lo substancial de su actividad en una especie de "tierra de nadie" jurídica: sencillamente, no calzan en los casilleros legales diseñados por los países. A pesar de ello, pero en buena medida también gracias a ello, estas empresas han podido desarrollar métodos de planificación global de los negocios, que les permiten utilizar y controlar recursos situados en diversas partes del mundo, por encima de las jurisdicciones a que los mismos pertenecen utilizar y controlar recursos situados en diversas partes del mundo, por encima de las jurisdicciones a que los mismos pertenecen formalmente. En esta forma, se ha venido creando un incipiente ordenamiento jurídico "paralelo" en el campo del comercio y de la producción internacional, cuya principal fuente es la práctica de las empresas transnacionales: los acuerdos entre empresas organizadas oligopólicamente constituyen verdaderos tratados internacionales que reparten los mercados, asignan tipos y volúmenes de producción a los países, fijan los precios de las exportaciones; los sistemas de precios internos entre firmas de un mismo grupo permiten sancionar en la práctica, el nivel de los aranceles aduaneros, los tipos de cambio efectivos, las tasas impositivas realmente aplicadas (38). El derecho de los contratos internacionales en muchas materias es de hecho "legislado" por la empresa transnacional sobre la base de contratos de adhesión; los convenios de "concesión" que realizan con algunos gobiernos, por ejemplo para la explotación de recursos naturales, no tienen mayor diferencia con los acuerdos celebrados entre Estados Soberanos; y hasta un nuevo mercado de capitales como el de los Eurobonos,

35. Véase Comisión Arancelaria de Estados Unidos, Las corporaciones multinacionales: sus efectos sobre el comercio y la inversión mundiales y sobre el comercio exterior y el trabajo estadounidenses, en *Boletín Mensual del CEMLA*, 1973, Nº 3 y sig.

36. Véase los trabajos de Vernon, Evans, Wells y otros en R. Kehoane y Joseph Nye, *Transnactional relations and World politics*, Harvard, 1972 y E. White, Democracia pluralista y empresas multinacionales, en Revista *Criterio*, Buenos Aires, 1972.

37. Véase Detlev Vagts, The global corporation and International Law, en *The Journal of International Law and Economics*, *249* (1972), Jack Behrman, The multinational enterprise, its initiatives and governmental reactions, en *The Journal of International Law and Economics* 217 (1972).

38. Véase C. Vaitzos, *Income distribution, Wefore considerations and transnational enterprises*, mimeo, Lima 1972.

ha sido creado y desarrollado por la actividad de las corporaciones internacionales, en parte como respuesta a los controles de los países de origen de las empresas sobre la exportación de capitales (39).

Por esta vía, la legislación económica de los países corre el peligro de una especie de "vaciamiento", cuyas causas principales residen en la multiplicidad de alternativas que poseen las empresas y en la incapacidad de los Estados Nacionales para encontrar su respuesta en otras alternativas.

Hasta el momento, la intervención del derecho internacional en este campo es muy escasa. Aparte de los compromisos asumidos dentro de esquemas de integración regional, como los de la Comunidad Económica Europea (que no se refieren, en principio, a esta perspectiva de la empresa multinacional), los principales ejemplos de derecho positivo se refieren a los llamados "Tratados de Amistad, Comercio y Navegación" (40) y a los convenios de garantía de las inversiones, en materia de convertibilidad, expropiación, guerra o riesgos de diverso tipo (41).

Existen, además, varios principios clásicos de derecho internacional público vinculados con la actividad empresaria internacional —la protección diplomática, la responsabilidad del Estado, los límites territoriales al ejercicio de la jurisdicción legislativa o judicial, la inmunidad de la soberanía— surgidos de la costumbre o de la doctrina internacionales, pero cuya aplicabilidad depende de la interpretación que de ellos hagan los tribunales, como parte del derecho nacional respectivo. Un caso de la falta de firmeza que todavía presenta el derecho internacional en esta materia es la discusión permanente acerca de la existencia y alcance de una pauta internacional para el tratamiento de las empresas extranjeras, especialmente en el campo de la propiedad (por ejemplo, la definición de indemnización justa y adecuada) y de la discriminación de derechos y obligaciones (42).

Es probable que la estrategia más realista para el control de los grandes conglomerados consista en un tratamiento por etapas y por distintos niveles de tratamiento.

En términos generales, la elaboración de dicha estrategia debería incluir la participación de los gobiernos de los países que pueden ser calificados como receptores de las empresas transnacionales, la de los gobiernos de los países de origen, y en alguna medida, también la de las propias empresas.

Por otro lado, los frentes de acción deberían distinguir entre aquellas materias que pueden encararse a nivel regional y aquellas que exigen una aproximación internacional, como también entre la adopción de reglas a instituciones comunes y la armonización de las políticas nacionales.

Para los países en desarrollo, un modelo de estrategia regional ya se ha puesto en marcha con el Régimen Común de Inversiones Extranjeras del Grupo Andino. Si bien ciertos aspectos de este esquema están basados en la previa adopción de un programa de integración económica, algunos de sus principales mecanismos pueden adaptarse también a la coordinación de políticas entre países que, aunque no participen de un mismo esquema de desarrollo conjunto, desean igualar el tratamiento a las inversiones extranjeras sobre la base de algunas pautas comunes, especialmente en materia de incentivos y de requisitos de participación local.

Sin embargo, las estrategias regionales (salvo, quizás, en la medida en que pudiera coordinarse entre todos los grupos de países ubicados en una situación similar frente a las empresas transnacionales, como serían los países en desarrollo, que todavía expresan estrategias muy dispares) no alcanzarían para dominar y poner a su servicio el factor crucial en el poder

39. Véase H. Angelo, *op. cit.*

40. Estos acuerdos, generalmente bilaterales, son típicos de la segunda posguerra mundial y sus cláusulas –de dudosa efectividad– se refieren a la obligación recíproca de otorgar tratamiento nacional o de más favor a los nacionales de cada Estado.

41. Véase Z. Kronfol, *Protection of foreign investment,* Leiden, 1972, pp. 58-80, E. Nwogugu, *The legal problems of foreign investment in developing countries,* Manchester, 1965, y R. Lillich, *The protection of foreign investment,* New York, 1965.

42. En años recientes se han realizado algunas tentativas en esta materia, a través de nuevos mecanismos internacionales, como las convenciones de la OECD (1967) y del Banco Mundial (1965) en materia de solución de conflictos entre gobiernos nacionales y "nacionales de otros Estados". La jurisdicción atribuida a los tribunales en ellos establecidos debe ser previamente reconocida por los Estados. Véase G. Schwarzenberger, *Foreign Investment and International Law,* Londres 1969.

de las empresas, es decir, su capacidad de planificación global y de movilización de recursos sobre la base de una pluralidad de alternativas dispersas en el mundo.

En ese sentido parecen dirigirse algunas de las propuestas que actualmente se están debatiendo en foros internacionales, y especialmente en las Naciones Unidas (43). Entre las líneas de acción posibles, se destaca la armonización en materia tributaria, dirigida a obtener una distribución más justa de los beneficios de las empresas, entre éstas y los distintos países en los que actúan, y también a controlar el problema de la transferencia de precios entre las unidades de una misma firma que comercian de un país a otro. Otro campo de acción importante es el de las prácticas restrictivas de comercio (44), para los cuales no sería realista pensar en una agencia antitrust internacional, pero sí, en cambio, en alguna institución que sirviera como agencia de un "acuerdo general sobre corporaciones multinacionales", en la línea del GATT, y dotada de ciertos poderes de investigación y recomendación (45).

Por último, debería adelantarse la consideración de un Centro de Información Internacional sobre las empresas transnacionales, que permitiera recoger, sistematizar y proporcionar información sobre los movimientos internacionales de recursos controlados por las empresas, su distribución geográfica, precios, etc. y el impacto de las estrategias empresarias en las políticas y legislaciones nacionales. Más allá de las eventuales dificultades políticas para llevar a cabo un proyecto de este tipo, debe reconocerse que su realización sería crucial para permitir la aplicación a las empresas transnacionales de las técnicas del derecho económico, viables únicamente en la medida en que reflejen el conocimiento integral de la realidad que pretenden regular.

43. Véase Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 75.
44. Véase UNCTAD, *Prácticas comerciales restrictivas*, TD/122/Supp. 1, Enero 1972.
45. P. Goldberg y Ch. Kindleberger, *Toward a Gatt for investment*, en Law and Policy in international business, 1970.

Luis H. Pásara

PROPIEDAD SOCIAL: LA UTOPIA Y EL PROYECTO

Durante dos años, en la discusión teórica y en el debate político se ha mantenido la problemática planteada por la creación de un nuevo sector de propiedad que, partiendo de una nueva conceptualización política, se concretara en formas empresariales originales, distintas a las ya conocidas de la empresa privada y la empresa estatal.

El presente trabajo tiene dos partes. La primera es un intento de precisar las características teóricas fundamentales exigibles a la definición de propiedad social, en función de su enunciado objetivo de superar a la propiedad privada de los medios de producción. Con ésta última, hasta hoy dominante en el país, se contrasta la caracterización posible de la propiedad social.[1].

La segunda parte es un análisis hecho a partir del Proyecto publicado por el Gobierno hacia fines de agosto de 1973. En este análisis se trata de hacer explícito el modelo económico-empresarial que porta el Proyecto y algunas de sus implicancias políticas. Su finalidad no está tanto en proponer alternativas normativas al Proyecto, cuanto en contrastar el modelo implícito con los rasgos de un orden social en el cual se supere de veras el sistema capitalista.

I

PROPIEDAD PRIVADA Y PROPIEDAD SOCIAL

En la circunstancia peruana, la propiedad social —anunciada oficialmente desde julio de 1971 como la forma de empresa que será prioritaria en el futuro— aparentemente ha constituído una noción tan relevante como desconocida. A ello contribuyó no solamente el hecho de que se tratara de una institución inexistente en nuestro orden social sino, más importante aún, el hecho de que nuestra formación conceptual tenga firmemente incluído el concepto de propiedad privada. Cuando pensamos en propiedad, asociamos las formas y características específicas de la propiedad privada. Haber vivido bajo un sistema económico-social en el cual la propiedad privada era y es por mucho, dominante, nos ha configurado una noción de propiedad idéntica a la de propiedad privada. A ello hay que sumar el efecto ideológico enmascarador de la propaganda que nos ha publicitado las "excelencias" de esta propiedad privada.

Esto último está en crisis. El proceso peruano denuncia al capitalismo y a su eje nuclear, la propiedad privada, como responsable de la situación de dominación que trata de superar[2]. Sin embargo, no hemos roto del todo nuestros moldes teóricos y se nos hace difícil imaginar el diseño de una forma de propiedad con características sustancialmente distintas a la propiedad privada que conocemos y —unos pocos— disfrutamos. Esta rigidez mental explica en parte que para abordar el análisis de la propiedad social, tengamos que partir de la propiedad privada que conocemos bien; analizando las características esenciales de ésta, centrada en los derechos que otorga la propiedad del capital, veremos las variadas formas que progresivamente ha adoptado, para ir extrayendo, por contraste, las características de aquélla, definida por los derechos basados en el hecho del trabajo.

1. Una primera versión de esta parte fue publicada en: *Propiedad,* Departamento de Teología de la Pontificia Universidad Católica, Lima, 1972.

2. Cf. Mensaje del Presidente de la República con motivo del segundo aniversario de la Revolución, 3 de octubre de 1970.

Esta introducción ya anuncia y justifica el contenido de la primera parte del presente trabajo. Nos referimos, primero a la noción más tradicional de propiedad privada; luego vincularemos la forma privada de propiedad con la apropiación de los medios de producción; a continuación presentaremos brevemente el desarrollo de formas no tradicionales de propiedad privada en el Perú durante los últimos años, que han ido adelgazando la noción inicial y que históricamente constituyen formas conceptualmente intermediarias; inmediatamente plantearemos lo que deberían ser las características de la propiedad social. Por último, haremos un apunte sobre las implicancias del Estado como sujeto propietario para la noción de propiedad social.

Cabe añadir que muchos temas quedan fuera del alcance y propósito de esta presentación; varios de ellos son de la mayor importancia para comprender el diseño y funcionamiento de la empresa basada en la propiedad social; las relaciones laborales, la redistribución del ingreso, las implicancias de la planificación y de los niveles de integración empresarial dentro de un sistema de propiedad social, están entre las materias cruciales y, necesarias de dibujar y discutir y que no están dentro de los límites de este trabajo. Nos circunscribiremos, entonces, a la noción jurídica de propiedad social contrastada pedagógicamente con la propiedad privada en los derechos que una y otra otorgan.

Asimismo, queremos puntualizar algo que estimamos importante. Nuestra óptica de entrada y análisis del problema es jurídica. Esto nos da un nivel de concreción, pero nos hace mantener fuera del marco de trabajo variables que son en verdad definitorias para la naturaleza del problema examinado. Digámoslo en otra forma apuntando que, el régimen de propiedad y sus efectos sociales en una formación social determinada no pueden examinarse sólo jurídicamente, a través de la naturaleza de los derechos de propiedad, es decir, a partir de la configuración de la relación jurídica entre sujeto propietario y objeto apropiado, que es precisamente el análisis que nos disponemos a emprender ahora.

Punto de la mayor importancia determinante sobre los efectos del régimen de propiedad es la consideración de la naturaleza de las relaciones sociales de producción. Es decir, la subsistencia de una economía de mercado, de un importante sector de propiedad privada, y, como consecuencia de ambos elementos, del mecanismo de competencia como motor del sistema económico, puede significar que subsistan como dominantes las relaciones capitalistas de producción, a pesar de cualquier status legal que se decida otorgar a las relaciones jurídicas de propiedad de los medios de producción en una empresa o en un conjunto de empresas determinadas.

Alternativamente, la construcción del socialismo no se puede agotar en un conjunto de normas legales sobre los derechos de propiedad. El destino del excedente económico y la significación y direccionalidad del ejercicio del poder del Estado son elementos cruciales para definir un modelo social u otro. Trataremos de aludir brevemente a las principales conexiones entre estos puntos y el status jurídico de la propiedad, a lo largo de esta primera parte, y volveremos al tema en la segunda.

1. Sentido tradicional de la propiedad privada

La concepción jurídica que sin lugar a dudas informa la institución de la propiedad en nuestro orden legal es la gestada en el derecho romano. El derecho de usar, disfrutar, disponer y abusar del bien materia de la propiedad fue definido como propiedad en Roma [3]; este derecho, que llegó a abarcar la propiedad sobre personas, tuvo carácter absoluto y en tiempos tan recientes como los comienzos del siglo XIX mantuvo indiscutido señorío en el llamado Código de Napoleón, expresión jurídica del pensamiento burgués de la Revolución Francesa.

Desde entonces la propiedad absoluta ha sufrido progresivas "limitaciones". Si tomamos como referencia nuestro propio derecho, la Constitución de 1933 —aún relativamente vigente— dispone en su artículo 29º que "la propiedad es inviolable. A nadie se puede privar de lo suyo sino en virtud de mandato judicial por causa de utilidad pública o de interés social, probada legalmente y previa indemnización justipreciada"; pero el artículo 34º señala: "la propiedad debe usarse en armonía con el interés social. La ley fijará los límites y modalidades del derecho de propiedad". Como se observa, la norma constitucional dejó a la ley específica la tarea de normar las limitaciones al ejercicio de la propiedad antes irrestricto; para ello se usó lo que en derecho se denomina

3. PETIT, E. H. J., *Tratado elemental de Derecho Romano,* Ed. Calleja, Madrid, 1940.

una "fórmula standard": el interés social. Este es un principio formal, susceptible de recibir distintos contenidos, según la definición que el legislador o el juez hicieren. De hecho, la fórmula ha servido históricamente para que algunas reformas relativamente significativas, que afectaban la propiedad privada existente, se hiciesen dentro del orden legal. Probablemente el ejemplo más apropiado sea la reforma agraria.

Es el Cóligo Civil de 1936 el que contiene lo que podríamos considerar una definición de la tradicional institución de propiedad vigente en el Perú. Dice la ley: "El propietario de un bien tiene derecho a poseerlo, percibir sus frutos, reivindicarlo y disponer de él dentro de los límites de la ley". (art. 850º). Es de observar que el derecho pleno conferido ha sufrido en nuestro derecho limitaciones crecientes; en otras palabras, los límites de la ley se han hecho cada vez más estrictos respecto al ejercicio de la propiedad tradicional. Esto se percibe bien en disposiciones tan conocidas como los reglamentos de construcción que imponen determinadas características al uso de la propiedad inmueble urbana. Pero probablemente el punto más alto de estas limitaciones está en la actual ley de reforma agraria que, en su artículo 8º, dispone el acabamiento del derecho de propiedad sobre predios rústicos, por el simple no uso del mismo con fines agropecuarios.

Sin embargo, todas las limitaciones existentes en nuestra legislación, mantienen inalterada la naturaleza de los derechos que el propietario tiene sobre el bien objeto de propiedad. Podrá recortarse el ámbito de ejercicio de esos derechos por el propietario, pero, jurídicamente, la relación de propiedad privada entre el sujeto y el objeto es idéntica. Esta consiste en que una persona que adquiere un bien determinado como propiedad —por compra-venta, permuta, donación, sucesión o prescripción—, en esa virtud, posee el bien, lo usa, percibe sus frutos, puede reivindicarlo si es despojado y disponer de él si lo deseare, gravándolo o transfiriéndolo.

2. La propiedad privada de los medios de producción

Para el derecho, la propiedad se ejerce sobre dos tipos de bienes: muebles e inmuebles. No se establece jurídicamente la diferencia entre los bienes que es significativa económicamente: bienes de consumo y bienes de producción. Es decir, aunque el derecho lo ignora en su clasificación conceptual, la propiedad de los bienes de consumo tiene consecuencias sociales secundarias. En cambio, la propiedad de los bienes de producción provoca una división de la sociedad en clases: de un lado, quienes son propietarios de ellos y en esa virtud devienen dominantes; de otro quienes son no-propietarios, deben ofrecer su trabajo a los propietarios, y en esta virtud devienen dominados. En todo caso, la observación de estos efectos sociales no manifiestos en el derecho, nos previenen contra lo que un autor ha denominado el carácter "universalista abstracto" del derecho [4] que sin duda tiene mucho que ver con su rol social ideológico.

Este primer encubrimiento de la diferencia radical entre los bienes de consumo y los bienes de producción, disimulada tras la noción jurídica de "bien" que conlleva la propiedad como objeto, es paralelo a otro encubrimiento mayor. Este segundo consiste en que socialmente "el propietario" al cual alude universalmente el derecho —conforme acabamos de ver en nuestras normas legales—, tratándose de los bienes que sirven como medios de producción, no es un personaje realmente universalizable, dadas las condiciones estructurales de la sociedad. De hecho, se trata de unas cuantas personas que forman una clase al detentar la condición de propietarios de los bienes económicamente estratégicos, es decir, los medios de producción.

Con esta alusión ligera a las implicancias enmascaradoras que el derecho coloca sobre sus efectos sociales reales, pasemos a ver cómo se ejercita este derecho de propiedad privada sobre los medios de producción.

Hay varias razones por las cuales, dentro del orden social capitalista, el propietario real, desde el punto de vista jurídico no es directamente propietario de los medios de producción. Es decir, legalmente utiliza la mediación de una "persona jurídica", ficción de derecho, que es la propietaria. Y el propietario real toma parte en esa persona jurídica formalmente propietaria. Una primera razón para explicar este desdoblamiento de la relación de propiedad está en el carácter impersonal de las relaciones eco-

4. BALIBAR, Etienne, "Acerca de los conceptos fundamentales del materialismo histórico" en ALTHUSSER, Louis, Etienne BALIBAR, *Para leer el Capital*, Ed. Siglo XXI, México, 1969.

nómicas que la economía de mercado requiere para funcionar adecuadamente. Una razón más bien operativa se encuentra en la necesidad del orden económico de contar con mecanismos fluídos de integración de capitales; el propietario individual o familiar corresponde a una etapa muy inicial del desarrollo capitalista. Pero hay otra importante razón para ir al desdoblamiento, incluso cuando el propietario real es una sola persona. Esta es la responsabilidad, que en el caso de la mediación de una persona jurídica, por lo general, se limita hasta el monto del patrimonio de ella, sin afectar la parte del patrimonio personal del propietario real que no haya sido comprometida directamente en la empresa.

Este desdoblamiento significa que, tratándose de los medios de producción, el derecho de propiedad privada —que estamos intentando analizar— normalmente no se ejerce directamente. Entonces, para ver cómo opera la relación de propiedad, tenemos que examinar la naturaleza de los derechos que el propietario real, en su carácter de integrante de la persona jurídica formalmente propietaria, tiene sobre los bienes de producción y la empresa con ellos constituída.

Con este desbroce podemos pasar a examinar brevemente la mecánica de la relación de propiedad en lo que podemos considerar la forma típica de apropiación jurídica de los medios de producción: la sodad anónima. En ésta, quienes integran la sociedad, llamados accionistas, aportan un capital que viene a ser la base patrimonial de operación de la empresa; a cambio de su aporte, cada socio recibe acciones, valores sobre los cuales se ejercita formalmente su derecho de propiedad. Los aportantes no son más dueños del dinero o bienes que aportaron a la sociedad; son propietarios de acciones que representan un monto determinado en dinero; en virtud de esta propiedad de acciones que traduce jurídicamente su propiedad real sobre el capital de la empresa, se generan dos derechos centrales para el accionista: el derecho a la gestión de la empresa y el derecho a las utilidades de su ejercicio económico.

Para decirlo simplificadamente, la propiedad del capital conlleva para el accionista el derecho a conducir la empresa y el derecho a percibir los beneficios económicos obtenidos durante la operación del negocio. Esto es aún más nítido si reparamos en que, dentro de la sociedad anónima, uno y otro derecho se ejercen en la medida y proporción de la propiedad de acciones, es decir del capital. En efecto, si un socio aportó el 10% del capital del negocio o adquirió acciones que representaban ese monto porcentual, participa en la gestión y en las utilidades en esa misma proporción. Esto nos hace ver con claridad la relación necesaria y causal entre la propiedad del capital y los dos derechos de ella desprendidos. En esto se muestra el carácter esencial de la propiedad privada, dentro de la sociedad anónima que es la forma jurídica capitalista típica usada para revestir la apropiación de los medios de producción.

La vigente ley de sociedades mercantiles configura el régimen de la sociedad anónima que acabamos de sumarizar. Dice la ley: "En la sociedad anónima el capital está representado por acciones y se integra por aportes de los socios, quienes no responden personalmente de las deudas sociales". (art. 70º). El artículo 102º precisa que "las acciones representan partes alícuotas del capital social" y el 109º dispone: "La acción confiere a su titular legítimo la calidad de socio y le atribuye, cuando menos, los siguientes derechos: 1º—Participar en el reparto de utilidades y en el del patrimonio resultante de la liquidación. 2º—Intervenir y votar en las juntas generales (. . .)". Sin embargo, esta redacción tiene que ser puesta al lado de otros artículos de la ley, para resaltar la relación necesaria entre la propiedad de la acción y los derechos sobre la sociedad; así por ejemplo, el artículo 133º al establecer el quórum de la Junta General de la Sociedad dispone: "se requiere la concurrencia, al menos, de accionistas que representen la mitad del capital pagado. En segunda convocatoria, bastará la concurrencia de cualquier número de acciones". Y, tratándose de los acuerdos, el mismo dispositivo establece que éstos "se adoptarán por mayoría absoluta de las acciones concurrentes". Por último, la elección del directorio de la sociedad que deba tener representación de la minoría por no contar con consejo de vigilancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 158º, también se efectúa de acuerdo a las acciones: "cada acción de derecho a tantos votos como directores deban elegirse. . ."

Esta configuración de la sociedad anónima concentra en el o los socios mayoritarios todas las prerrogativas para organizar y disponer de la empresa. Es decir, el contenido de los estatutos, el nombramiento de los ejecutivos, el otorgamiento de poderes, están en manos de quien tenga el mayor número de accio-

nes. Pero siempre esto se hace jurídicamente a través de la persona de la sociedad; aunque ésta —como ocurre frecuentemente en el Perú— tenga un carácter más bien ficticio y esté conformada por una persona con una mayoría abrumadora de acciones y por dos o tres socios nominales con unas pocas acciones cada uno.

Hemos señalado la importancia central que la sociedad anónima tiene como forma de organización empresarial. Sin embargo, conviene hacer unas referencias a las otras formas de organización posibles de acuerdo a ley. En realidad, sólo en el caso de la sociedad colectiva la ley establece la participación en la decisión por igual entre los miembros, si bien admite que se haya pactado la participación en razón del capital aportado (artículo 37º). Hay que anotar que esta sociedad, como la sociedad en comandita simple, son de escasísimo uso porque suponen para alguno o todos los socios responsabilidad ilimitada por las resultas del negocio de la sociedad; no son pues fórmulas aconsejables al inversionista que mediante cualquiera de las otras formas limita su riesgo al monto aportado. Así ocurre en la Sociedad Comerical de responsabilidad limitada, que varía en alguna medida de la anónima, incorporando participaciones iguales, acumulables e individuales (art. 281º) y en la cual también la participación en los acuerdos y en las utilidades está en razón de la participación en el capital social (arts. 281º y 295º).

Pasando por alto la mecánica de constitución de sociedades según el Código Civil, que en buena parte resulta superada a través de las posibilidades abiertas por la ley de sociedades mercantiles, debemos hacer un apunte sobre la única excepción que en nuestro sistema legal tradicional tuvo esta fórmula de apropiación privada de los medios de producción. Esta excepción es la comunidad indígena que, conforme a las disposiciones de la Constitución, tiene un régimen por el cual su propiedad "es imprescriptible e inenajenable" (art. 209º). En virtud de este precepto, la legislación posterior y la jurisprudencia han establecido que los miembros de la comunidad sólo tienen derecho individual al uso de los bienes comunales. Es muy claro que la comunidad, a diferencia de las sociedades constituídas con un fin lucrativo, no se forma por aportes individuales; es una institución histórica preexistente que ha sido reconocida con un status especial por la ley. De ahí su forma peculiar de propiedad sobre sus medios de producción, propiedad que no es privada, y que significa que el miembro de la persona jurídica de la comunidad no tenga derecho a una parte alícuota del capital, conforme ha venido a ser ratificdao por la legislación de reforma agraria reciente. Es indudable, sin embargo, que la comunidad indígena no ha sido un elemento dinámico dentro del sistema económico y que el régimen de propiedad otorgado —por su incoherencia con el resto del sistema— tuvo efectos congeladores sobre las comunidades; baste mencionar a este respecto el aislamiento respecto a los mecanismos de crédito, debido a la imposibilidad de constituir garantía sobre los bienes comunales.

No es posible terminar este punto sin referirse a la condición del trabajo en la empresa constituída sobre la noción de propiedad privada, canalizada en cualquiera de las formas jurídicas tradicionales que nuestro orden legal autoriza, a excepción de la comunidad indígena. El trabajador tiene la condición de asalariado, recibe una remuneración por su contribución al proceso productivo. A diferencia de quien jurídicamente participa en la persona jurídica propietaria de los medios de producción y, en esa virtud, participa en la decisión y en los beneficios, el trabajador es limitado a un salario. Esta condición de asalariado, en la cual el trabajo es un costo más de la operación de la empresa y no genera ningún derecho que no sea sobre el monto de la remuneración, es la que desde el aporte marxista al pensamiento económico y social se conoce como la "alienación" del trabajador. Esta enajenación con respecto al producto de su trabajo, así como la generación por el trabajador de un excedente económico que es apropiado por el propietario privado, se originan en la conversión del trabajo en mercancía debido a la apropiación privada de los medios de producción.

Esto, obviamente, no queda eliminado por fórmulas de reforma de la empresa que, como la comunidad laboral, hacen participar a los trabajadores en un cierto porcentaje de las utilidades de la gestión económica. A la larga, esto es una forma de salario adicional que la empresa capitalista incorpora como costo, dejando el real excedente económico en manos del propietario privado del capital, aun cuando éste deba pagar impuestos por estos beneficios.

A otro nivel, la concentración real de los medios de producción en una minoría privilegiada tiene efectos sociales, económicos y políticos vinculados a la

acumulación del excedente socialmente generado; en esto no es necesario ni pertinente insistir ahora. Sin embargo, este es el cuadro de los efectos sociales de la apropiación que la forma de propiedad privada reviste y permite. Volveremos a él en la segunda parte del trabajo, al analizar el Proyecto de Ley en relación con estos parámetros.

3. Las formas no tradicionales de propiedad

En los últimos diez años se han creado varias nuevas formas jurídicas que no corresponden típicamente al modelo capitalista que hemos examinado en la sociedad anónima. La más antigua de ellas es **la cooperativa** , cuyo régimen legal fue aprobado en 1964, correspondiendo con una crecida expectativa cooperativista generada en esos años. En la cooperativa, existe el principio básico de "una persona, un voto" con prescindencia del aporte que efectivamente se hubiese efectuado; la ley 15260 lo establece expresamente en su artículo 5º. Aparentemente desaparece el mecanismo de participación en la gestión correspondiente a la empresa de propiedad privada. No es así en verdad; debemos reparar en que la participación se genera del mismo modo, es decir, a partir del aporte; sólo que la participación no se ejerce en proporción al aporte. Se ha reformado la mecánica pero su base es la misma. De otra parte el principio de participación en los excedentes es el mismo al de la sociedad anónima, si bien se reducen sustancialmente las sumas repartibles. Con respecto a la distribución de los excedentes dice el artículo 42º de la ley que se separará: "el porcentaje necesario para el pago de los intereses que corresponden a los socios en proporción a sus aportaciones".

El certificado de aportación representa una parte alicuota de un fondo del capital social de la cooperativa y se expresa en dinero. Este valor es recuperable al retirarse el socio de la cooperativa y es heredable si éste falleciera (art. 24º). La similitud con las formas tradicionales de aportación a la empresa de propiedad privada, es manifiesta.

Al mismo tiempo hay que señalar que se generan en la cooperativa determinados fondos (de reserva, de educación y de previsión social, artículo 43º) que no pueden ser distribuidos entre los socios en ningún caso (art. 44º). Esto constituye un principio distinto al de la empresa de propiedad privada tradicional; puesto que se generan excedentes que no pueden repartirse entre los aportantes.

Por último, debemos notar la situación del trabajador y los efectos del trabajo en la cooperativa. El artículo 9º de la ley establece la norma general: "Las relaciones de trabajo de una cooperativa con sus servidores rentados se regirán por la legislación laboral". Es decir, los trabajadores de las cooperativa mantienen la pura y simple condición de asalariados, situación idéntica a la de los trabajadores de cualquier otra empresa de propiedad privada. Pero añade la ley: "La cooperativa que, por la naturaleza de sus fines, deba funcionar necesaria y exclusivamente con el trabajo personal de sus socios, podrá contratar servidores rentados ajenos a ella en los casos específicos que autorice su estatuto, en armonía con el reglamento de esta ley". Este dispositivo parece referirse implícitamente a las cooperativas que la ley llamó "de producción y de trabajo". El hecho que la ley nunca fuera reglamentada oscurece un poco la interpretación. Pero es claro que, para aquellas cooperativas que se han organizado con propósitos de producción, y que son las que nos interesan por detentar los medios de producción, se admite sólo por excepción el trabajo asalariado. Importa añadir que quizá por la falta de claridad en la ley, su orientación preferente a las cooperativas de servicios (crédito, consumo, etc.) —en vez de las de producción— y la carencia de reglamentación, el principio de identificación entre el hecho del trabajo y la calidad de socio, no aparece jurídicamente establecido de modo indubitable. Probablemente por eso, numerosas cooperativas de trabajo creadas bajo el amparo de este marco legal han separado en la práctica la condición de trabajador de la calidad de socio, perdurando el sistema de asalariados que caracteriza a la empresa de propiedad privada.

Las cooperativas agrarias establecidas en los complejos agroindustriales como consecuencia del proceso de reforma agraria, si bien se encuentran dentro del marco legal de las cooperativas, ya descrito, tienen algunas importantes variantes con respecto al esquema de la cooperativa tradicional, introducidas por el Decreto Supremo 240-69-AP. En cuanto a la aportación efectuada, inicialmente ésta se constituye con los beneficios sociales que correspondían a cada uno de los trabajadores de las empresas afectadas que no hubiesen decidido dejar la empresa; estos aportes, como los que se efectúen en el futuro por

los socios, se representan en certificados de aportación del mismo carácter que en cualquier otra cooperativa (art. 102º). Sin embargo, adicionalmente, sólo en el caso de las cooperativas de los complejos agroindustriales, existe en el capital social de la cooperativa un fondo cooperativo que se constituye con la provisión de una cantidad anual en el balance de la cooperativa y tiene por objeto el pago de la deuda con el Estado por la adjudicación del complejo; sobre esta porción del capital de la cooperativa propietaria del complejo, porción que es igual al valor de adjudicación menos el monto de los beneficios sociales, no hay certificados de aportación y, en consecuencia, no existen derechos individuales de los socios; sobre esta porción pues, no hay propiedad privada. Debido a la importancia de esta porción dentro del patrimonio de la empresa, la reforma a la cooperativa tradicional reviste importancia, si bien no llega a plasmarse una nueva forma de propiedad, puesto que la propiedad privada se mantiene sobre otra parte del capital social mediante los certificados de aportación.

La participación en la gestión de las cooperativas agroindustriales pasó por un período de restricción establecida por el D. L. 18299 que dispuso la existencia de cuatro estamentos entre los socios, según el tipo de trabajo efectuado en la empresa, principio manifiestamente contrario al de la ley de cooperativas vigente. Este régimen fue derogado posteriormente y ahora los mecanismos de participación en la gestión son igualitarios para todos los socios.

En cuanto a la participación en los beneficios de la gestión económica, el artículo 26º del D. S. 240-69-AP autoriza a abonar intereses sobre los certificados de aportación, con una tasa que no puede exceder del 2% anual. Sin embargo, el artículo 98º dispone que "los excedentes generados por el trabajo en común se distribuirán entre los socios en proporción al tiempo trabajado por cada uno de ellos en la cooperativa, durante el ejercicio económico". Esto significa que el criterio principal para la participación en la distribución se ha desplazado del aporte de capital al de trabajo.

El régimen descrito lleva a pensar que las condiciones de participación dentro de las cooperativas de los complejos agroindustriales son jurídicamente igualitarias, a pesar de las diferencias en el valor de la propiedad privada en poder de los socios. Esto nos lleva al problema de la condición de los trabajadores; a este respecto la situación legal de las cooperativas de los complejos agroindustriales es la misma de las demás cooperativas; de hecho, se mantienen las diferencias entre los socios de la cooperativa y los trabajadores "eventuales". En suma no hay identidad entre trabajador y socio.

Dicho de otra forma, la igualitarización alcanza a quienes son socios, y el mecanismo de incorporación a la calidad de socio no reside exclusivamente en el trabajo sino que, además, se supedita al aporte de propiedad privada. Según esto, el trabajador que sea aceptado como nuevo socio de la cooperativa debe suscribir certificados de aportación cuyo monto en un momento dado tendrá que desembolsar.

El caso de **las sociedades agrícolas de interés social,** aunque guarda similitudes con las cooperativas agrarias, merece mención específica. En esta persona jurídica del derecho agrario intervienen como socias diversas personas jurídicas; de una parte, un cierto número de comunidades campesinas y de otra, una cooperativa de servicios que reúne a los trabajadores de la empresa agropecuaria que es la SAIS. Con esta forma de incorporación a la propiedad, la gestión y las utilidades de la empresa, de grupos poblacionales que no trabajan directamente en la misma, se busca establecer regionalmente mecanismos de compensación y redistribución del excedente.

Desde el punto de vista de la propiedad, que es el examinado ahora, interesa reparar en una peculiaridad con respecto a la cooperativa vista antes. Esto es, que son socios de la SAIS personas jurídicas al interior de cuyo propio régimen de propiedad no hay ninguna forma de apropiación privada de sus bienes; tal es el caso de todas las comunidades campesinas. Por tanto, si bien las comunidades participan de una parte alícuota del capital social de la SAIS y tienen derecho a él de manera similar a toda otra forma privada de propiedad, a su vez esta propiedad no genera derechos individualizables en los miembros de las comunidades. Caso distinto es el de la cooperativa que reúne a los trabajadores de la empresa, en la cual sí se da el mismo mecanismo de participación en la propiedad que funciona en las demás coopeativas.

El caso de **las comunidades laborales** creadas en varios sectores económicos a partir de julio de 1970, constituye una figura diversa. Como se sabe, la co-

munidad es un accionista especial de la empresa capitalista de propiedad privada. Sus derechos son básicamente de la misma naturaleza que los de cualquier otro socio aportante de capital; y es tan claramente accionista que incluso la ley la autoriza a invertir sus utilidades en otras empresas. La diferencia central consiste en que el aporte de la comunidad, del cual normalmente se genera su propiedad de acciones de la empresa, es una cuantificación del trabajo incorporado por los trabajadores. Este se estima en un porcentaje de la renta neta del ejercicio económico, variable según sectores productivos. La comunidad, además, tiene ciertos derechos especiales que la tipifican como un socio privilegiado.

Lo que ahora nos interesa examinar es más bien la relación jurídica entre la comunidad y sus integrantes. Con referencia a esta relación y tomando como ejemplo el caso de la comunidad industrial, hay que distinguir claramente el lapso durante el cual la comunidad no ha alcanzado el 50% del capital de la empresa, del período en el cual la comunidad ya cuenta con el 50% de las acciones. En el primer caso, no hay derecho individual de propiedad sobre el patrimonio de la comunidad. Si un trabajador se retira de la empresa es compensado con una suma proporcional al trabajo aportado durante el tiempo de existencia de la comunidad. Durante este lapso previo al 50%, la participación en la gestión de la comunidad es igualitaria y la participación en el reparto de utilidades de la comunidad es 50% a todos por igual y 50% en proporción a los años de servicio como miembro de la comunidad.

El Decreto Ley 18384 dispone que al alcanzar la comunidad industrial el 50% de las acciones de la empresa, emitirá acciones que representen su patrimonio y las distribuirá entre los trabajadores, según el trabajo aportado como miembros de la comunidad (art. 22º). Aunque las acciones representan trabajo y no son propiamente valores puesto que son intransferibles y sólo redimibles por la comunidad (art. 18º), este reparto de acciones establece una diferencia entre los trabajadores que las tienen y aquéllos que, por haberse incorporado con posterioridad a la emisión, carecen de ellas. Esta diferente condición con respecto a las acciones tiene dos consecuencias; la primera es la muy obvia de la condición de propietario privado sobre el monto representado por las acciones; en caso de retiro esta suma se liquida por la comunidad a favor del accionista. La segunda consecuencia está en la repartición de utilidades de la comunidad que, aun cuando la ley de comunidad inquienes tienen acciones y quienes no. A este resdustrial no es clara, debe crear diferencias entre pecto la legislación minera ha sido explícita; el artículo 41º del Decreto Supremo 025-72-EM estipula que en las utilidades correspondientes a la parte del patrimonio de la comunidad por la cual se han emitido acciones, participan sólo quienes ya tiene acciones. Con esto se ha dado efecto nuevamente al derecho de propiedad sobre las acciones de la comunidad.

Por último, en cuanto a la participación en la decisión dentro de la comunidad, la condición de accionista no implica diferencia alguna entre los trabajadores. Todos participan igualitariamente en la gestión de la comunidad.

En suma, la incipiente legislación sobre comunidades laborales, hace pensar en que, si bien no existe un derecho de propiedad privada del trabajador sobre el capital de la empresa, sí existirá derecho de propiedad privada sobre el patrimonio de la comunidad, cuando ésta sea propietaria del 50% del capital de la empresa. En virtud de este derecho de propiedad, expresado en acciones de muy poco interés como valores, parece haber una participación privilegiada en las utilidades de la comunidad. Sin embargo, se ha roto definitivamente la relación entre el derecho de propiedad sobre el patrimonio y la participación en la gestión, al no depender esta última de aporte alguno.

4. Las características de la propiedad social

Por cierto que el término "propiedad social" ha sido y es utilizado con contenidos muy diversos. Baste citar el hecho de que en Chile el proyecto político de Unidad Popular denominó "área de propiedad social" al sector en el cual el Estado era el único o principal accionista. Esto nos lleva a un punto de discusión sobre el rol del Estado como sujeto propietario que trataremos de abordar hacia el final de esta primera parte.

De otro lado, el único término opuesto al de propiedad privada no ha sido el de propiedad social. Durante muchos años la experiencia de los países socialistas ha hecho circular la expresión "propiedad colectiva" para designar un sistema en el cual los

medios de producción no están bajo apropiación de particulares. Más recientemente en la muy conocida y particular condición de Israel, se ha utilizado formas asociativas, especialmente agrícolas, en las cuales se ha utilizado también la denominación propiedad colectiva. Las connotaciones que la propaganda ha dado a la expresión, hacen deseable que la dejemos de lado como punto de partida y volvamos a descubrir el sentido de la "propiedad social".

Lo primero que puede decirse de la propiedad social es que bajo tal denominación, se han formulado diversas y diferentes experiencias de formas alternativas a la propiedad privada de los medios de producción. El primer elemento definitorio de la propiedad social es su negación de la propiedad privada; puesto que en la base misma de la propiedad social, sustentándola, hay una crítica de fondo a los efectos sociales del régimen capitalista estructurado en torno a la propiedad privada. Desde este punto de vista, el elemento característico central de la propiedad social es la utilización de mecanismos que permitan la apropiación del excedente económico por toda la sociedad; ni por los "dueños", que ya no existen, ni sólo por los trabajadores, que de otro modo serían nuevos privilegiados, propietarios similares a los accionistas. De ahí que la propiedad social busque combinar la participación de la sociedad en el destino económico de la empresa y de sus excedentes, con la participación de sus trabajadores en la gestión y en parte de las utilidades de la misma.

La condición de los derechos que otorga la propiedad social **sobre los medios de producción**, tiene que verse básicamente como consecuencia del nuevo rol del trabajo en la empresa. Esta concepción, en nuestra opinión, parte de un diagnóstico lúcido de la alienación del trabajador y de la acumulación privada del excedente que son características del sistema de propiedad privada. Por eso, al dar un papel protagónico al trabajador en la empresa, se busca atacar la enajenación capitalista del trabajo en su misma base, desplazando el carácter de mercancía, del trabajo al capital.

El contraste con los derechos de la propiedad privada puede ser fácilmente establecido. En aquélla el derecho a la gestión y el derecho a las utilidades, según hemos visto, eran consecuencia del derecho de propiedad sobre el capital de la empresa detentadora de los medios de producción. En cambio, en la propiedad social tales derechos son consecuencia directa del mero hecho del trabajo. Este punto de apoyo radicalmente distinto pone de lado la apropiación de los medios de producción por particulares.

Obviamente, si el trabajador tiene derecho a participar en las decisiones de la empresa y a sus beneficios, con exclusión de cualquier tipo de "dueño", este punto de partida obliga a rediseñar la estructura administrativa de la empresa de propiedad social. En efecto, no sólo las decisiones no pertenecen a "los dueños", porque todos los trabajadores participan de la propiedad social, sino que la participación en la decisión exige un proceso democrático de desconcentración en ella. Esto, en realidad, es una nueva concepción de la empresa.

Importa detenerse en este último punto porque es de la mayor trascendencia. Las experiencias cooperativistas, por ejemplo, han entendido que transferir la propiedad a los trabajadores equivale a que los organismos de decisión formal de la empresa sean integrados por quienes laboran en ella. Y las decisiones que ellos toman son del mismo tipo que las detentadas por los antiguos accionistas. En vez de la junta general de accionistas, decide la asamblea de socios de la cooperativa y en lugar de delegarse la capacidad ejecutiva en un directorio, se encarga ese mando al consejo de administración. En realidad, la propiedad social se vincula al concepto de gestión por los propios trabajadores, que es mucho más rico que la sustitución de la composición de un organismo formal por otra. Consiste más bien en una comprensión de los niveles de decisión y de las líneas de mando de la empresa, sustentada en los principios democráticos, en vez de los autoritarios. Esto lleva a pensar de nuevo la forma de concebir las responsabilidades sobre la decisión y sobre la ejecución en la empresa. Cada pequeña o gran unidad dentro de la empresa debe ser responsable efectivamente de la toma de decisiones de su competencia. Este nuevo enfoque altera sustantivamente la condición del trabajador en la empresa y la relación entre el hombre y su trabajo, posibilitando la realización de aquél a través de éste.

De otra parte, puede preguntarse quién aporta el capital dentro de esta empresa. Para esto hay varias fórmulas posibles. Uno de los especialistas en problemas de autogestión, Jaroslav Vanek, propone una forma que distingue el usufructo, que permanecería

en manos de los trabajadores, del dominio directo que quedaría en los propietarios del capital. Nos parece que esta propuesta[5] es demasiado legalista para ser eficaz. El autor confía en que la separación formal entre un propietario del capital que recibiría simplemente un interés por su aporte y los propietarios sociales que tendrían derecho a la gestión y a las utilidades, permitiría una ruptura real de la relación de dominación actualmente existente entre el "patrón" y el "servidor".

No sólo por razones de factibilidad con respecto a la ruptura de las relaciones asimétricas de dominación, sino por la necesidad de destruir el principio de propiedad privada del capital, característico del sistema capitalista, es indispensable ir a una forma radical en la cual el derecho de propiedad social se comparta única y plenamente entre los trabajadores y el resto de la sociedad. El capital puede ser puesto por el Estado o una entidad estatal específica que actúe como agente financiadora, a cambio de lo cual debe recibir un interés determinado que le permita cubrir gastos y pagar a su vez un cierto interés al ahorrista privado. Este último puede ser incentivado tributariamente —con mecanismos como los que ahora uitliza COFIDE, por ejemplo— a fin de que prefiera esta vía de inversión. Obviamente, la participación de un organismo estatal como agente financiador plantea la pregunta sobre el margen de control o manipulación que por esa vía el Estado puede ejercer sobre las empresas de propiedad social. Esto nos remite a una problemática más general, sobre el carácter del Estado, a la cual habremos de volver más adelante.

Se discute si es conveniente que, alternativa o complementariamente, el capital entregado por la entidad estatal financiadora sea amortizado por el grupo trabajador. Razones de productividad y eficiencia, de una parte, aconsejarían que el capital sea amortizado, sin perjuicio del pago del interés ya aludido, mientras aquél se deba. La búsqueda de un régimen plenamente socializado sugiere, contrariamente, que el capital no sea amortizado nunca, y que los excedentes económicos, antes de concentrarse en manos del grupo trabajador como nuevo sector privilegiado, paguen un interés alto por el uso del capital, estén gravados tributariamente y contribuyan al resto del sector de propiedad social, así como aseguren la apropiación social del excedente generado por la nueva empresa. Lo que no puede aceptarse en ningún caso es que en algún momento se individualicen los derechos de los trabajadores sobre el capital; en tal eventualidad, habríamos vuelto al origen de todo el problema: el derecho de propiedad privada sobre el capital y sus nocivos efectos sociales.

De modo que los derechos que el grupo de trabajadores tenga sobre los bienes de producción de la empresa,a través de la forma de propiedad social, en consonancia con el interés social y la percepción de sus beneficios menos: los impuestos, la contribución a organismos de grado superior dentro de la estructura empresaria de propiedad social y el aporte del excedente económico que debe ser apropiado por el conjunto de la sociedad. Individualmente el trabajador debe tener derecho a permanecer como tal dentro de la empresa, bajo respeto a reglas objetivamente definidas. Si deseare retirarse puede pensarse en mantener una compensación económica por el trabajo aportado que, como los actuales beneficios de seguridad social, le permita reinstalarse en otra ocupación dentro del sistema productivo.

Deben ser obligaciones de los trabajadores: 1) conservar los bienes que tienen bajo propiedad social; 2) destinarlos a los fines especificados en el contrato de adjudicación entre la entidad estatal financiadora y el grupo de trabajadores o variar tal uso en conformidad con la entidad estatal del sector productivo correspondiente; y 3) pagar los intereses del capital. Cualquier gravamen sobre los bienes de producción debe requerir, a más de acüedo de los trabajadores, la autorización de la entidad estatal financiadora.

En caso de disolución de la empresa, o del grupo trabajador, cabe la transferencia de los bienes de producción a otro grupo o grupos de trabajadores para los cuales sean útiles. Esta transferencia debería hacerse a través de la entidad estatal financiadora y sin pago al grupo trabajador en disolución.

Con esto creemos haber dejado bosquejadas las principales características de lo que consideramos la alternativa planteada como propiedad social. Dejamos fuera, conforme lo advirtiéramos al comienzo, una serie de muy importantes problemas; entre ellos queremos destacar nuevamente la relevancia de las relaciones entre el sistema de planificación nacional y

5. VANEK, Jaroslav, *Some fundamental considerations on financing and the right of property under labor management*, 1970, mimeo.

sus instancias regionales con las empresas de propiedad social de base. Probablemente la organización de éstas en niveles de grado superior, debería constituir un paso importante para la formulación de la política de planificación. De nuevo aquí aparece la problemática planteada por el significado de la intervención de los mecanismos estatales, en función del carácter social del Estado.

5. El Estado y la Propiedad Social

En el último punto hemos aludido a la problemática planteada por el Estado como sujeto de propiedad y sus implicancias para la propiedad social que se propone crear el proceso peruano. Queda claro que el aporte de capital por una empresa estatal financiadora a la empresa de propiedad social, jurídicamente no la constituye en "propietaria" sino en simple acreedora con derechos debidamente establecidos. Pero el contenido de esa relación plantea una interrogante sobre su significado, que debemos abordar.

Un segundo problema se plantea del modo siguiente. Si la propiedad social —en los términos definidos— aparece como la fórmula más deseable y desalienante de propiedad, ¿debe subsistir la empresa de propiedad estatal? Un experto en la problemática de funcionamiento de la propiedad social sugería que el Perú debería establecer el sector de propiedad social a partir de las empresas estatales existentes[6]. Si se quiere, una manera más simplista de plantearse el problema trataría de definir si la propiedad por el Estado es privada o social. Abordemos cada punto.

En primer lugar, con respecto al sentido de la permanencia de empresas estatales y sus consecuencias sobre la condición del trabajador, hay que advertir que en ciertos sectores neurálgicos de la economía, parece aconsejable mantener la propiedad en manos del Estado, como forma de asegurar el control por quien representa los intereses colectivos por encima de cualquier particularismo, incluyendo como tal los intereses del grupo concreto de trabajadores.

Pero esto nos lleva a preguntarnos por la realidad del ejercicio de la función del Estado, no sólo "en nombre" de los intereses colectivos, sino efectivamente a su servicio. Como es bien sabido, la neutralidad arbitral del Estado es una construcción ideológica liberal y su caracterización aparente como garante de los "intereses generales" queda desmentida por la constatación de la existencia de intereses sociales contrapuestos para uno de los cuales, de hecho, el aparato del Estado resulta funcional, en desmedro del otro. En otras palabras, no debemos asumir que el Estado representa los intereses colectivos, y en nombre de tal supuesto justificar como "de interés social" la forma jurídica de la propiedad estatal. Es indispensable verificar si el carácter socialista del conjunto del sistema político y social tiene la plenitud que garantice que esa representación efectivamente mayoritaria de intereses se ejecute a través del aparato estatal.

Claramente, este último problema rebasa en mucho las posibilidades de definir jurídicamente la propiedad social, para ubicarse nítidamente en el nivel del ejercicio del poder del Estado por una clase o grupo social determinado. Es decir, la significación de la empresa estatal, como de la introducción de mecanismos estatales de control sobre las empresas de propiedad social, que "garanticen" la representación del interés mayoritario, depende del carácter que efectivamente tenga el Estado. Y esto nos remite a un análisis sobre quién ejerce el poder del Estado y en beneficio de qué clase.

Concluimos en que, la variable de la intervención estatal en cualquier diseño de mecanismo de relación empresa-sociedad, no puede ser manejada en abstracto, fuera del análisis de una formación social determinada y su estructura de poder. Tal análisis nos dará cuenta del sentido de representación popular efectiva a través del Estado y del destino del excedente recolectado por el Estado, que bien podría seguir siendo apropiado por un sector minoritario.

Aclarada la cuestión previa mencionada, puede sostenerse la conveniencia de que ciertos sectores o niveles productivos quedan bajo propiedad estatal para preservarlos totalmente de particularismos. Esta necesidad aparece aún más justificada si, como en el caso peruano, se pretende mantener —por lo menos transicionalmente— la existencia de un fuerte sector de propiedad privada que hasta hoy es el dominante, decisión que es una de las mayores amenazas contra la constitución de un sector de propiedad social

6. HORVAT, B., Exposición oral en CENCIRA, Lima, 21 de Enero de 1972.

con carácter hegemónico en el conjunto de la economía. Queda pendiente sin embargo, el problema de establecer mecanismos de participación a nivel de cada empresa estatal que impidan que el carácter alienador de la propiedad privada con respecto al grupo trabajador concreto, perviva en detrimento de éste, al ejercerse por el Estado los derechos de propietario. La empresa estatal pues, para guardar coherencia con el sistema de propiedad social, debería ser justificada por exigencias de seguridad económica y política, y debería reformularse internamente en cuanto a los mecanismos de decisión para garantizar efectivamente el aporte de los trabajadores al proceso productivo en términos de realización personal a través del trabajo.

Nos queda, por último, el problema de precisar qué tipo de propiedad configura la propiedad del Estado. Hemos señalado con claridad desde el comienzo de este trabajo que la diferencia entre propiedad privada y propiedad social, desde el punto de vista jurídico básicamente no está dada por el sujeto del derecho sino por el carácter nuclear otorgado por una y otra respectivamente a la propiedad del capital y al hecho del trabajo. En función de ese punto de partida, la propiedad del capital por el Estado, si el aparato estatal efectivamente representa los intereses mayoritarios y si se adopta a nivel de la empresa estatal mecanismos efectivamente participacionistas, es complementaria al sector de propiedad social. Estos requisitos, parecen obviar las consecuencias que tenían la propiedad privada y la estatal dentro del sistema capitalista, a dos niveles: al interior de la empresa, enajenando el producto del trabajo de los hombres que lo producen; y sobre el conjunto del sistema social, acumulando excedentes en beneficio y al servicio de una minoría dominante.

II

CRITICA AL PROYECTO DE LEY

La publicación del Proyecto de Ley de Propiedad Social se efectuó con el propósito de recibir críticas y sugerencias de perfeccionamiento. No es tal el objeto del análisis que emprendemos en la segunda parte de este trabajo. Intentamos más bien, discutir un "modelo de empresa de propiedad social" cuyos supuestos nos parecen inadecuados a la realización de la "utopía" bosquejada en la primera parte, como eficaz forma de superación de la propiedad privada de los medios de producción.

Es cierto que debemos ser conscientes de la distancia entre el modelo legal y su funcionamiento. Pero también es verdad que, la eficiencia del modelo propuesto por el Proyecto tiene que ser relacionada sistemáticamente con otras acciones del gobierno ya puestas en marcha —su política económica conservadora, sus mecanismos políticos de co-optación— y evaluada en conjunto. En otras palabras, el análisis científico del Proyecto no puede limitarse a constatar "avances", ni a reclamar "profundizaciones". Es indispensable analizar la lógica del modelo propuesto y su ensamble en el conjunto de la política desarrollada en el proceso peruano. No reclamamos pues, una visión "legal" sino, por el contrario, un encuadramiento de la lógica intrínseca del Proyecto con el resto de los cambios encausados por el gobierno, para percibir la direccionalidad del conjunto.

Pese a lo anterior, estimamos de la mayor importancia, ir al anáilsis específico de ciertos mecanismos propuestos en el Proyecto, especialmente tocantes a la rentabilidad económica de la empresa y a la participación de los trabajadores, que deben ser cuestionados, incluso a partir de los principios generales que encabezan el Proyecto. Este cuestonamiento debe dirigirse a maximizar las condiciones de desarrollo de la clase trabajadora dentro del nuevo tipo de empresa que se propone crear; con este enfoque deben leerse las alternativas concretas que se proponen en este documento, y no como reformas al Proyecto que sí lo convertirían en "socialista". Esto último, como veremos enseguida, no es posible en el marco del proyecto de un tipo de empresa o un sector de la economía.

Vamos a desarrollar el presente análisis en los siguientes aspectos. Primero, haremos una breve caracterización introductoria de lo que podemos llama"el modelo" del Proyecto. En segundo lugar, abordaremos el problema del criterio económico de funcionamiento de la empresa. En tercer lugar, discutiremos las relaciones del sector con los otros sectores, mirando a la propuesta hegemonía del sector de propiedad social y sus implicancias. Y, por último, haremos referencia a los problemas de participación y democratización de la empresa y sector.

1. El Modelo del Proyecto

Si se toma un punto de ubicación muy general, que bien puede ser la inscripción ideológica del proceso dentro de un marco referencial socialista [7], es necesario puntualizar que el modelo propuesto no es socialista. Es cierto que, al nivel jurídico y al nivel ideológico supera la noción de propiedad privada de los medios de producción, lo cual constituye un clarísimo avance, pero hay varias razones que nos hacen pensar que el sistema capitalista no es puesto de lado por el modelo propuesto.

Sería bastante obvio decir que el socialismo, por definición, no se construye "a nivel de empresa". Y que mientras subsistan, con carácter dominante en el conjunto de la economía, la apropiación y la acumulación de excedentes en manos privadas, estaremos bajo formas renovadas de vigencia del capitalismo. De modo que no es posible pensar en "un sector" de la economía que, por presentar características de acumulación social, pueda "ser socialista". La economía no puede definirse como socialista, a nivel de un sector económico. Lo que importa es dónde van los excedentes generados en el conjunto de la economía.

Pero se puede decir algo más; aun al interior de la empresa y del sector propuestos en el modelo, subsiste la apropiación privada de excedente, lo cual mantiene lo esencial del capitalismo y, como veremos, más adelante, se convierte en el ordenador económico del funcionamiento de la empresa propuesta. Esto resulta contradictorio con la propia lógica interna del Proyecto que establece la acumulación social como principio básico de la empresa de propiedad social (art. 1º).

Las características fundamentales del Proyecto nos hacen visualizar una empresa en la cual se socializa la gestión, confiándola en parte a sus trabajadores y en parte al Estado (esto último es una socialización formal, como veremos luego). En lo que respecta al excedente, ocurre una socialización parcial que utiliza hasta cuatro mecanismos; dos a nivel de la sociedad y dos a nivel de la empresa. Los primeros son: la transferencia de un 10% del excedente económico al Fondo Nacional de Propiedad Social (art. 99º) y la obligación de volver a reembolsar al Fondo el monto de los Certificados de Retiro anulados a la muerte del tenedor o su cónyuge (art. 127º). En un sentido más restringido de socialización a nivel de la propia empresa, tenemos la obligación de incorporar al Fondo Social el monto de los reembolsos sobre los aportes transitorios hechos por COFIDE o el Fondo (art. 84º, inc. b) y la obligación de, una vez concluído el reembolso de aportes transitorios, seguir efectuando deducciones similares para incorporarlas al Fondo Social (art. 71º).

Por último, es obvio que un mecanismo adicional de socialización, es el pago de impuestos; que no tiene mayor importancia, habida cuenta de que su monto no puede ser superior al de la carga tributaria que soporta la empresa privada (art. 95º).

Como queda dicho, la socialización de la gestión y del excedente generado en las empresas del sector necesariamente nos traslada al problema del rol del Estado. Por cuanto, socializar implica transferir a un órgano exterior a la empresa parte de la gestión y del excedente, a fin de que de él beneficie el conjunto de la sociedad o, más bien, los sectores oprimidos por la vigencia del capitalismo y cuya liberación es el objetivo final de una Revolución. Ese órgano tiene que hacer parte de la estructura del Estado o estar bajo su control; pero resulta que, si en verdad el Estado no sirve la representación real del conjunto de la sociedad, el traslado de la gestión y del excedente al Estado, no son realmente mecanismos de socialización. A eso aludimos antes, cuando señalamos que el traslado de la gestión en parte al Estado era un mecanismo de socialización sólo formal.

Como es evidente, en el proceso peruano el problema del Estado y lo que podemos llamar la participación popular macro-política no sólo no se plantea teóricamente sino que se ha evadido con la falacia ideológica de "la vuelta de la política a la vida cotidiana" [8]. A nivel de un análisis del comportamiento del Estado, en lo que va del proceso —y si bien una verificación empírica no ha sido hecha, siendo indispensable—, difícilmente puede decirse que el conjunto de la gestión del Estado y del destino que da al excedente económico bajo su capacidad de decisión, está en favor de los sectores populares. Re-

7. Cf. Mensaje a la Nación del Presidente de la República, 28 de julio de 1971.

8. Cf. DELGADO, Carlos, "SINAMOS: La Participación popular en la revolución peruana", en *Participación*, Nº 2, febrero 1973, p. 6-25.

sulta difícil caracterizar a los beneficiarios de tal gestión; pero en buena parte siguen siendo algunas empresas imperialistas, los sectores industriales más dinámicos y la llamada tecnoburocracia que acrecienta capacidad de decisión y altos niveles de consumo.

Todo esto es forzosamente un juicio provisional; que se hace con una clara conciencia de su provisoriedad. Pero el hecho de que, al nivel ideológico se esté evadiendo el problema político del carácter del Estado, no apunta a que la situación cambie, en el corto plazo, para dar paso a formas de participación popular auténticas. Y de otra parte, los requerimientos del sustento político institucional del gobierno de la Fuerza Armada, hacen también improbable un cambio en el nivel del comportamiento del aparato del Estado, cuya actual conducción reposa en buena parte en cuadros militares.

Lo anterior implica, en suma, que para juzgar el carácter de la socialización, no basta el nivel de la empresa; ni es suficiente el de "un sector de la economía"; ni basta siquiera el funcionamiento de toda la economía dentro de ciertos patrones en los cuales no hay formalmente apropiación privada. De ahí el error de la CGTP, cuando considera insuficiente la propiedad social porque la propiedad no es del Estado [9]; en última instancia, el carácter socialista del conjunto del sistema es indesligable del carácter que el Estado de hecho suma y de la representación de intereses de clase que efectivamente tenga.

Sabemos que no puede enjuiciarse estáticamente al encuadramiento de la empresa de propiedad social dentro del proceso. Pero tampoco se lo puede enjuiciar mecánicamente, afirmando que a partir de nuevas relaciones de solidaridad afianzadas al interior de la empresa, "deben producirse" efectos en el resto del conjunto social. El hecho de que este paso no sea mecánico y que sea perfectamente concebible una empresa "solidaria" dentro del modo de producción capitalista, hace que necesariamente nos parezca insuficiente un enfoque del Proyecto en sí mismo.

2. El criterio económico de funcionamiento de la Empresa

2.1. El primer supuesto que nos permite centrar la argumentación es la necesidad de la acumulación social, reconocida formalmente por el Proyecto (arts. 1º y 4º). Esto significa que, el excedente económico generado a partir del funcionamiento de las unidades de producción no debe quedar en manos privadas, sino que debe socializarse, es decir, poder destinarse a objetivos de inversión con criterios de la más alta eficacia para el interés del conjunto de la sociedad, o la mayoría efectiva de ella. Es evidente que esta noción supera el análisis de lo que ocurre con el excedente a partir de cada empresa; hay que ir desde ese nivel de análisis al de la naturaleza de las relaciones entre unidades de producción y sus consecuencias respecto a la generación de plusvalía y, por último, al nivel de las relaciones sociales globales y el destino del excedente económico.

A una primera visión, el mecanismo de distribución del excedente que propone el Proyecto podría considerarse como acumulación "mixta" porque hay una porción que se destina a socializar a nivel de la empresa y a nivel del sector y otra porción que se destina a acumulación privada. Tal caracterización, sin embargo, es errónea. Porque si trasladamos la óptica desde el nivel micro-político hasta el nivel macro-social, la aparente acumulación "mixta" se convierte en un mecanismo funcional a la acumulación privada que se conserva dominante en el conjunto de la economía.

Esto último es así, en tanto que, de un lado, el funcionamiento actual de la economía peruana mantiene una distribución del ingreso bastante discriminatoria —a pesar de redistribuciones sectoriales o 'verticales', como las llama Webb [10]— y, en términos generales, el mantenimiento del país dentro del mercado capitalista sigue permitiendo la salida al exterior de una importante porción del excedente económico nacionalmente generado, a través de: la exportación de materia prima, la importación de bienes de capital e insumos y productos elaborados, la recepción de financiación exterior y la adquisición de tecnología; todo ello

9. Ver "La Prensa" del 7 de setiembre de 1973.

10. WEBB, Richard, *Government Policy and the Distribution of Income,* Princeton University, mimeo, Princeton, New Jersey, june 1973.

dentro de las reglas del mercado mundial capitalista, dominado por el imperialismo. De otro lado, los supuestos políticos del proceso que vive el país no anuncian la cancelación definitiva de tales mecanismos, ni la creciente participación protagónica del Estado en la economía los elimina necesariamente; y, por último, el Proyecto de ley que venimos analizando permite la acumulación privada directa, a través del sistema de financiación, como veremos enseguida.

2.2. De otra parte, es necesario abordar el supuesto referente a la canalización del ahorro interno, que ha sido un argumento muy reiterado por los autores del Proyecto como justificación al mecanismo financiero propuesto. Es obvio que, cualquier sistema económico requiere de la captación del ahorro interno para posibilitar la retroalimentación de su economía. Sin embargo, cuando se diseña un mecanismo "atractivo" para ese ahorro, no se trata de promover el ahorro del pequeño ahorrista sino más bien se garantiza el concurso de la gran inversión privada. Esto nos lleva a un problema más general, consistente en si es posible el desarrollo en base a la inversión privada o con una participación significativa de ésta. No sólo hay un bien fundado cuestionamiento teórico de ella. Sino que la experiencia histórica de varios intentos han mostrado en la práctica que la vía de desarrollo capitalista —es decir en base a sus supuestos económicos centrales, uno de los cuales es la inversión y la acumulación privada—, no es tal; es una vía de subdesarrollo.

Por último, es necesario poner de manifiesto la mitificación de que viene siendo objeto el tratamiento de los incentivos al ahorro. De un lado, cuando se sostiene que "hay que atraer ahorro" puede entenderse que el ahorro está en algún lugar no conocido y que se trata de canalizarlo. Lo cual es rigurosamente falso; el ahorro está canalizado: por los bancos estatales o privados, pro las empresas financiadoras privadas, etc. No se trata pues, de "atraer" un ahorro ocioso. El ahorro está destinado a ciertos fines; lo que puede plantearse, y es pertinente hacerlo a partir de propiedad social, es su reorientación; lo cual implica, sin dudas, trasladar el ahorro de sus destinatarios o usuarios actuales —el Banco Central Hipotecario, por ejemplo— a mecanismos de inversión productiva. Para este objeto bastaría con subir ligeramente los intereses, por encima de lo que ese ahorro recibe hoy en los canales que lo atraen o, más simplemente, disminuir en tales canales los intereses actuales y ofrecerlos sustitutorimente en un mecanismo financiero directamente responsable de promover la propiedad social.

Completando la presentación mítica del ahorro, puede suponerse que su "incentivación" con altos dividendos propendería a una contracción del consumo que dejara un mayor margen disponible para inversión productiva. Este argumento puede tener una relativa validez para los países con una media de ingresos por encima de las necesidades básicas. Pero en un país como el Perú, en que una abrumadora mayoría de la población no cubre sus necesidades elementales, un mecanismo incentivador del ahorro dirigido a desalentar el consumo, tendría como potenciales receptores a un sector verdaderamente minúsculo de población. Precisamente este sector es el más propenso al consumo por la relación de alienación a los patrones de consumo de las metrópolis desarrolladas; por lo cual es irreal pretender que se produzca en este estrato minoritario y privilegiado una efectiva contracción del consumo que, a través del ahorro, financie directamente actividades productivas.

La misma temática puede plantearse de otro modo, recordando que el pequeño ahorrista, al cual se dirige buena parte de la propaganda capitalista que busca promover ahorro, en realidad es un consumidor a la espera: tal "ahorro" es consumo diferido y no es base para ninguna inversión productiva directa. De otra parte, el gran proveedor de ahorro, el inversionista privado, calcula la utilización de su ahorro en función de criterios que minimizan el riesgo, lo cual politiza su decisión y, por tanto, lo convierte, de momento, en renuente a contribuir a la financiación de las empresas de propiedad social. En suma, y mientras no se afecten drásticamente los patrones culturales de consumo, por lo menos puede resultar in-

útil basar en el ahorro la lógica del financiamiento, y, al mismo tiempo, es grave comprometer por tal ahorro el diseño de la empresa de propiedad social.

2.3. Entrando al análisis del Proyecto, ocupémonos en primer lugar de los aportes transitorios de COFIDE o el Fondo Nacional de Propiedad Social a la empresa. Según el Proyecto (art. 69º), estos aportes deben ser reembolsados según el contrato entre la entidad financiadora y la empresa. La fundamentación de esta necesidad de devolución apuntaría a asegurar la eficiencia de la empresa y el máximo de utilización social para el capital aportado por el sector. Ambos efectos pueden lograrse sin la devolución de los aportes, sustituyéndola por una mayor aportación de excedente económico como contribución forzosa al sector; con la ventaja de que no se consolidaría en el grupo de trabajadores la noción de "haber pagado" el aporte transitorio y no se generarían expectativas de reivindicación grupal sobre la correspondiente cuenta del Fondo Social.

Además, este punto adelanta el problema del criterio de rentabilidad de la empresa que trataremos inmediatamente después. En efecto, si la empresa ha de devolver los aportes transitorios, el primer criterio de decisión a utilizar por la entidad financiadora será saber si el giro económico de la empresa permitirá o no saldar los aportes transitorios. Con lo cual el modelo de empresa deviene dependiente de sus posibilidades en la tasa de retorno. Como vamos a plantear en el acápite que sigue, este criterio es, en concepto nuestro, el nervio del sistema capitalista y debería ser destruido. Dentro de un planteo alternativo, la financiación no debería sujetarse a las posibilidades de devolución del aporte transitorio y, en consecuencia, habría una razón adicional para eliminar el mecanismo de reembolso.

Si bien el Proyecto incluye en la definición de acumulación social que utiliza (art. 4º) la canalización del excedente hacia la propia empresa para ser incorporado a su Fondo Social (art. 84º, inc. a), esta autoacumulación, como la proveniente de la devolución de los aportes transitorios, son mecanismos de socialización restringida. En verdad, la concentración de recursos propios en la empresa, por cualquiera de las dos vías, atenta contra una mayor socialización en el proceso de acumulación. Si la mayor capacidad de acumulación del excedente se concentrara en el sector —en vez de concentrarse en la empresa— se garantizaría la mejor socialización de los criterios con los cuales se decide la inversión o la reinversión. Esto permitiría que el uso de la mayor parte de los excedentes fuera priorizado de acuerdo a las necesidades sociales, en vez de los intereses del grupo de trabajadores de la empresa. En suma, y alternativamente al Proyecto, la financiación enteramente externa a la empresa resulta un mecanismo dirigido a lograr un carácter plenamente social de la acumulación.

2.4. Tocar el problema de los acciobonos es entrar en el corazón del tema del destino del excedente. En la lógica del Proyecto, los acciobonos no sólo cobran una tasa de interés variable según la rentabilidad de sus empresas sino que acumulan excedente, directa o indirectamente, por varias vías. La primera es la cotización de los certificados de participación en la bolsa (art. 118º) que obviamente refleja el valor agregado a los acciobonos mediante la separación de una porción del excedente y su destino al Fondo Integrado de la empresa (art. 85º, inc. b). La segunda es la revaluación, que tiene un régimen especialmente acelerado (art. 88º) y cuyo excedente también se traslada al inversionista mediante acciobonos liberados (art. 89º) cuyos beneficios deben recibirlos los tenedores de certificados de participación (art. 119º). La tercera es la puntualizada por el Proyecto para el caso de disolución de la empresa (art. 82º), en el cual se reconoce a los acciobonos la posibilidad de un valor mayor al nominal, y que debemos entender también resultante del engrosamiento del Fondo Integrado a costa del excedente (art. 85º, inc. b). El problema de los acciobonos, no se limita pues, al pago de un interés variable, sino que incluye sus diversas formas de acumulación de excedente.

Hay que anotar que el interés variable —sumado a la acumulación de excedentes por el cer-

pitalista de la participación de este aporte privado en la financiación de las empresas de tificado de participación— porta el carácter capropiedad social. En efecto, utilizar un mecanismo de pago de interés a estos acciobonos, proporcional al éxito económico de la empresa, introduce la lógica de la rentabilidad del capital como criterio de eficiencia de la empresa. Es decir, no nos referimos sólo al problema finalista de que mediante los acciobonos y los certificados de participación se mantienen los mecanismos de acumulación privada en estas empresas; además, la rentabilidad del capital ordena económicamente a estas empresas; será el cirterio de "eficiencia" decisorio para optar por qué producir y cómo producirlo.

Lo primero consiste en la determinación del contenido mismo de la producción en función lo que el mercado determina como rentable, poniendo de lado las necesidades sociales que deben ser satisfechas prioritariamente de acuerdo a un criterio humano como ordenador de la producción. Lo segundo toca especialmente la razón bienes de capital/mano de obra, que da cuenta del desarrollo tecnológico capitalista —precisamente funcional a los intereses del capitalismo de maximizar la rentabilidad del capital— y que provoca crecientemente el desempleo. Ambos efectos, que se derivarían de la empresa de Propiedad Social en el Proyecto, como puede notarse, son similares a los que provoca el funcionamiento de la empresa capitalista, en la cual la rentabilidad del capital es determinante de la producción con los efectos sociales conocidos: insatisfacción del consumo de primera necesidad de vastos sectores de población y desempleo de un gran sector de la mano de obra disponible; efectos ambos que resultan una necesidad de la lógica empresarial capitalista basada en la rentabilidad.

De modo convergente, el reparto final del excedente distribuible en la empresa, según el Proyecto (art. 97º), se comparte entre los acciobonos y los trabajadores, según el aporte de capital hecho por unos y otros al patrimonio neto de la empresa. Con lo cual, se repite en lo esencial la lógica capitalista.

Ahora puede verse más claro las implicancias del sistema diseñado en el Proyecto, con el fin aparentemente no discutible de "atraer ahorro". Este sistema financiero debe atraer la inversión privada al sector de propiedad social; y ello es posible, gracias a que la empresa de propiedad social —en su diseño actual— sigue la lógica del capitalismo, buscando la maximización de la tasa de rentabilidad del capital.

El problema es que tal inversión y tal criterio de rentabilidad del capital ordenan la economía dentro del modo de producción capitalista. Y, en consecuencia, resultan alternativos con un planteamiento socialista en el cual a nivel declarativo se inscribe el proceso peruano y, en consecuencia, se tendría que encuadrar la empresa de propiedad social.

Pensar en sistemas alternativos, que rompan la lógica descrita, no lleva necesariamente a descartar el ahorro como fuente de alimentación de la economía. En efecto, se puede incentivar el ahorro con el pago de un interés determinado y fijo, para el efecto de ser utilizado en el desarrollo de la producción. La captación de este ahorro por COFIDE, bajo el actual sistema de las acciones tipo "C", podría proveer este ahorro, si —como sugerimos antes— se quitan los incentivos a los otros existentes canales para captar el ahorro. Sin duda, no sujetar la ganancia del depósito a la rentabilidad de la empresa y no hacer participar al inversionista en el excedente generado por el trabajo, sería alentador tan sólo para el pequeño ahorrista y no para el "hombre de negocios" que busca maximizar utilidades con su inversión privada. Escoger entre incentivar el pequeño y mediano ahorro o incentivar la gran inversión privada, es otra forma de presentar la opción entre socialismo y capitalismo.

La opción por el ahorro en una vía socialista de construcción de la economía libera el funcionamiento de la producción de los criterios de rentabilidad del capital. El recurso económico no irá entonces donde más alta tasa de ganancia encuentre, como ocurre con la empresa privada actual y ocurriría con la empresa de propiedad social propuesta. El recurso podría destinarse de acuerdo a las necesidades sociales que determinan otra escala de

prioridades en la producción y en los servicios. En esta alternativa tiene sentido que el país invierta en empresas "no rentables" pero de un alto rendimiento social, por lo que producen o por la forma en que producen. Pero, al mismo tiempo, en las empresas que permitan acumulación de excedente, esta acumulación será plenamente social; no se compartirá con el capital privado, con lo cual se interrumpirá definitivamente la lógica de reproducción del capitalismo.

2.5. Conviene hacer una precisión sobre la necesidad de acumulación planteada ahora y que, a primera vista, podría parecer contradictoria con la crítica formulada antes al criterio de rentabilidad del capital. Mientras la necesidad de acumulación es una exigencia de toda economía, para permitir su expansión, en el sistema capitalista tal acumulación se maximiza en cada empresa o complejo empresarial; convirtiéndose así en el criterio de eficiencia para determinar la factibilidad de un paquete de inversiones. En cambio, en una economía socialista la acumulación es una necesidad social que se enfrenta a nivel del conjunto de la economía; lo cual hace que la rentabilidad del capital no sea un criterio de eficiencia de cada unidad de producción. Así, la exigencia de la acumulación puede ser confiada a la responsabilidad de determinados niveles de la economía (comercio exterior e industria pesada, por ejemplo). Teniendo la acumulación un carácter social, tal responsabilidad en ciertas áreas de la economía no se traduce en condiciones económicas de dominación desde las unidades correspondientes o en favor de sus trabajadores. Ni siquiera éstos tienen por qué beneficiar de una mayor escala de remuneraciones; puesto que se ha superado la lógica de evaluación de la empresa en términos de su rentabilidad. Al mismo tiempo, la acumulación en estas empresas permite planificar el resto de la producción en función de las necesidades sociales.

3. La propiedad Social como Hegemónica y los otros Sectores

3.1. El primer supuesto del cual debemos partir en esta parte, es que la decisión de la creación de un sector de propiedad social como preponderante en la economía, que debe significar el abandono del capitalismo que el proceso anuncia, supone que las empresas sobre las cuales se construya el sector no pueden ser empresas pequeñas, de poca significación económica. Más bien, el carácter de estas empresas y su neurálgica ubicación en la economía, para alcanzar el carácter preponderante propuesto, hace pensar en empresas de envergadura y cuyo rol en la economía sea central. En consecuencia, la ubicación de la inversión que la sociedad hace en estas nuevas empresas debe ser justificada por el rol protagónico que ellas tengan en el sistema productivo. El hecho de que el Estado haya reservado para sí los sectores minero y pesquero, y que existan nuevas formas asociativas en el sector agrario, deja sólo la industria como campo de crecimiento del nuevo sector. Pero ahí es dominante la propiedad privada de los medios de producción. Si la propiedad social ha de ubicarse en el sector industrias, tendrá que desplazar en lo inmediato a la poderosa propiedad privada, para el logro de la preponderancia propuesta.

Veamos el asunto desde otra entrada. Dentro del sector industrial la producción de bienes intermedios y la de bienes de consumo duradero resultan de la mayor importancia para las empresas de propiedad social. Si tenemos en cuenta que el nivel de la industria básica debe pertenecer al sector estatal según la legislación vigente, los otros dos niveles que proponemos para el sector de propiedad social permitirían a éste una alta tasa de acumulación y una posición determinante —conjuntamente con el sector de propiedad estatal— dentro de la cadena productiva. De otra parte, si no se deja la política de precios a las reglas de mercado, la subsistencia temporal de la empresa privada en el nivel de la industria de bienes de consumo no durables sería socialmente irrelevante; puesto que la tasa de acumulación permitida por la producción de bienes intermedios y el dinamismo de la producción de bienes de consumo duradero —mirando al mercado andino, además— pueden asegurar un desarrollo sólido de las empresas de propie-

dad social, en condiciones realmente preponderantes sobre la empresa privada.

La ubicación de las empresas de propiedad social en los dos niveles propuestos tiene algunas implicancias. Nuestra industrialización dependiente, que ha repetido la mecánica de la sustitución de importaciones, no ha desarrollado la producción de bienes de capital y de insumos, es decir, la producción de bienes intermedios. Reservar este nivel para las empresas de propiedad social resulta así muy importante y prácticamente no conflictual con las empresas de propiedad privada, con tal que a éstas no se les permita orientar la producción de aquéllas; algunas de las empresas privadas existentes en esta área, podrían ser rápidamente absorbidas por las empresas de propiedad social. En el área que sí se presentaría conflicto es la de producción de bienes de consumo duradero, donde el atractivo del mercado andino ha desarrollado una empresa privada, en buena parte de intereses extranjeros, que busca beneficiar de la ampliación de demanda que se le ofrece en condiciones sumante ventajosas y, a veces ,de monopolio. Es indispensable ahí la conversión de este sector privado, en plena expansión y crecimiento, al sector de propiedad social, para garantizar un acelerado nivel de desarrollo y, como apuntamos antes, una mayor tasa de acumulación. Por último, convertir esta área al sector de propiedad social obligaría a reorientar su producción hacia bienes de uso colectivo que son los que resultan socialmente demandables, en vez de los bienes de uso individual o familiar que ahora se ofertan en el mercado, repitiendo los modelos de consumo de las sociedades capitalistas hegemónicas.

3.2. El segundo supuesto que proponemos es que la alternativa socialista, como forma de abandono del capitalismo, crea nuevos criterios de eficacia social para la producción. Son las necesidades de toda la sociedad las que ordenan la direccionalidad de la producción, sus contenidos y sus formas de desarrollo tecnológico. Esto tiene que implementarse arrolladoramente a través del sector que se propone como preponderante o hegemónico. Si no fuera así, se caería nuevamente en las reglas del juego capitalista.

En el Proyecto no queda claro cuál será la naturaleza de las relaciones entre las empresas del sector privado subsistentes y las del sector de propiedad social. A estas últimas se les aseguraría un mercado "cautivo": interno al sector de propiedad social (art. 134º), en relación con las empresas estatales en la industria básica (art. 153º) y la demanda de consumo proveniente de las entidades públicas (art. 154º).

Nuestra primera afirmación es que, la empresa de propiedad privada y la de propiedad social no pueden ser competitivas. Parten de lógicas de funcionamiento distintas: la una busca maximizar la tasa de ganancia y la otra debe buscar la maximización de la satisfacción de necesidades sociales. Esto se traduce en criterios divergentes en la determinación de los costos y políticas alternativas de fijación de precios. Si no fuera así, si en verdad pudiesen competir, ambas estarían bajo las mismas reglas de juego —como se deduce del Proyecto— y la empresa de propiedad social, como etiqueta de una nueva forma de reproducción capitalista, no aportaría nada a la construcción del socialismo; es decir, reproduciría el modo de producción capitalista, como se propone implícitamente el Proyecto.

Una segunda afirmación con relación a este punto, es que fijados sectores específicos para la empresa de propiedad social y la empresa privada, lo cual impediría la competencia directa entre ambas, es necesario determinar la forma de transferencia e intercambio entre el sector de propiedad social y los otros sectores. Esto es el problema de las relaciones generadoras de plusvalía entre un sector y otro de la economía; lo cual es otra manera de plantear el problema central de adónde van los excedentes. Resulta de la mayor importancia que el criterio de intercambio de bienes entre las empresas también sea socializado, de tal suerte que no se permita a la subsistente propiedad privada de medios de producción la acumulación —por otra vía— del excedente generado. Este tema dice relación con una política de precios que, según las vigentes reglas del ca-

pitalismo, puede ser fijada por las reglas de mercado y de la competencia o, alternativamente, puede ser determinada por criterios sociales. Aquí se vuelve a plantear el problema de la opción entre mantener el capitalismo o romperlo definitivamente.

Conviene quizá detenerse en el tema del mercado que viene siendo ponderado por algunos como un excelente mecanismo regulador de la economía. La discusión al respecto entre los economistas es verdaderamente inacabable; pero lo que resulta evidente es la muy distinta significación del mercado no sólo en función de las reglas de juego que el Estado le fije, sino en relación con el contexto de un marco social que en él se refleja. De este modo, las comparaciones con los discutidos intentos de utilizar el mercado en algún país socialista, resultan totalmente improcedentes. En efecto, en un país como el nuestro, cuya estructura de distribución del ingreso muestra a las claras el resultado de la dominación ejercida por una clase social sobre la mayoría, el mercado padece no sólo un sesgo sustancial en cuanto a la demanda minoritaria de ciertos productos socialmente injustificables, sino que expresa en sí mismo la estructura productiva que se tiene que romper en beneficio de los más. De otra parte, vasta es la discusión posible sobre *los márgenes y los niveles en los que se puede* dejar al mercado, por determinación estatal, la fijación de algunos montos de la producción o cierta variación controlada en los precios. En suma, queremos subrayar lo confusa y peligrosa que puede resultar la discusión sobre el mercado en términos abstractos, sin relación con la estructura económica y productiva de nuestro país, y sin determinar los niveles en que puede operar.

3.3. Todo lo anterior lleva a la necesidad de devaluar el peso de la empresa privada en el conjunto de la economía. No sólo porque la preponderancia de esta empresa hoy en el país, hace que el crecimiento de un sector que se pretende hegemónico tenga que lograrse necesariamente a expensas de la empresa privada, sino porque la empresa privada propone y mantiene un modelo de funcionamiento económico que corresponde a la supervivencia y garantiza la reproducción del sistema capitalista.

La rentabilidad del capital a la cual hemos aludido varias veces en este trabajo, es significativa no sólo porque, generada por la empresa privada, sella todo su funcionamiento y ordena su rol en la producción. Además, la rentabilidad concurre a la formación de la imagen de "empresa eficiente" que se ha trasladado ya a la empresa estatal, y ahora amenaza con trasladarse a la empresa de propiedad social. Determina así, en términos societales que superan el ámbito de la empresa privada en sentido estricto, la justificación de los salarios (piénsese en la educación del trabajador en torno a la rentabilidad a través de la negociación colectiva), y la justificación de la existencia misma del giro económico de una empresa "socialmente conveniente". Esta noción de empresa corresponde esencialmente al modo de producción capitalista; y mientras no sea superada no se habrá abandonado el sistema capitalista.

Es obvio que, para que el sector de propiedad social sea realmente hegemónico debe crecer a expensas del sector de propiedad privada. No sólo porque la predominancia del sector debe basarse en empresas existentes, so pena de que alcanzar tal predominancia tome un plazo larguísimo o sumas de inversión cuantiosas de las cuales el país no dispone; sino porque el progresivo crecimiento del sector, exclusivamente en base a empresas nuevas, haría desarrollar a éstas bajo las reglas de las empresas privadas dominantes. Una visión superficial de la estructura económica podría hacer pensar que un sector de la economía puede convertirse en hegemónico, por agregación a otro ya existente. Eso es posible siempre y cuando ambos tengan las mismas reglas del juego. Pero si se busca sustituir la lógica económica del sector preexistente no basta con superponerle nuevas empresas, mientras el viejo sector sigue beneficiándose de centros nerviosos de la economía y determinando las reglas del juego a nivel económico (rentabilidad, competencia, etc.) y a nivel cultural (empresa "eficiente", bienes que se ofertan, etc.).

En suma, para que sea posible lo que se propone el sector de propiedad social (afrontar el desempleo, crear nuevas relaciones de solidaridad, acumulación social, etc.). debe ser hegemónico en un plazo breve. De otro modo sería absorbido —como lo está en la concepción del Proyecto— por la empresa de propiedad privada y su patrón económico de funcionamiento. Para que tal desarrollo hacia la hegemonía sea posible, debe efectuarse a expensas de las áreas más significativas de la empresa privada.

Esto nos lleva a tocar el concepto político del "pluralismo económico" que ha sido reiteradamente expuesto por voceros del gobierno. Si por tal se entiende la existencia paralela de empresas de propiedad social, de empresas estales y de empresas privadas, en ese orden de prioridad y peso dentro de la estructura económica, en principio, no hay incompatibilidad con la construcción de un modelo socialista. En efecto, la empresa privada puede quedar, durante un largo período, relegada a sectores productivos no determinantes, en los cuales su capacidad de acumulación sea baja y sus efectos sociales poco relevantes. Pero si por tal "pluralismo económico" se entiende el mantenimiento de las empresas privadas hoy existentes, este concepto es antagónico con la creación de un orden económico y social que supere el sistema capitalista. Pensamos que permanece en el gobierno una cierta ambigüedad sobre esto y que las acciones concretas del proceso mismo han sido erráticas; mientras se han estatizado empresas privadas a las cuales antes se dio garantías de que habiendo sido reformadas permanecerían así —en el sector pesquero—, se viene fomentando financieramente por el Estado la expansión y desarrollo de la empresa privada reformada en niveles muy significativos —en el sector industrial, especialmente—.

3.4. Nos queda por examinar sólo —y en función de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes— el mecanismo de conversión de las empresas de propiedad privada al sector de propiedad social. Es claro que tal conversión podría ocurrir bajo dos supuestos totalmente distintos: en la lógica económica del Proyecto, que mantiene el sistema capitalista en la raíz de la empresa de propiedad social; y en una lógica alternativa, que hemos venido tratando de dibujar en estas notas.

En la lógica del Proyecto, es posible que dado el mecanismo de financiación, que incorpora la inversión privada como un componente significativo del sector, resulte atractivo para un buen número de accionistas de empresas privadas la posibilidad de convertirse al sector social. Usando el camino franqueado por el Proyecto (art. 11º) muchos accionistas pueden decidir la conversión, en el entendido que ellos recibirían certificados de participación a cambio de sus acciones; tales certificados son inmediatamente transferibles en la bolsa y, gracias a la participación de COFIDE en la bolsa con una línea de crédito abierta por el Banco Central de Reserva, se mantendrá en cualquier caso el valor de los certificados (art. 120º). Asimismo, los certificados gozan de beneficios tributarios para su adquisición (art. 121º), sobre la renta neta que originan y sobre su transferencia por herencia (art. 122º).

Esta conversión permitida, y quizá alentada por la lógica del Proyecto, haría de la empresa de propiedad social un sustituto de la empresa privada para la inversión privada. Convertiría a los actuales accionistas en netos rentistas; con la evidente ventaja para ellos que su inversión, garantizada por la intervención del Estado en los mecanismos financieros, les arrojaría una renta mínima fija —procedente de los valores del Estado que componen las carteras de inversión (art. 117º)-- y un plus variable según la rentabilidad de estas empresas, que para el efecto tienen todo el apoyo financiero del Estado.

Una ventaja adicional proviene del hecho que, la participación de la inversión privada así delineada, queda libre del conflicto de la relación directa capital-trabajo. Esto último puede operar como un poderoso aliciente a la conversión, especialmente en aquellas empresas en las cuales el funcionamiento de la comunidad laboral se ha convertido en un catalizador del enfrentamiento de los trabajadores con los accionistas.

Es claro que en la lógica alternativa que hemos venido proponiendo, esta conversión carece de sentido. Si en los párrafos precedentes se ha propuesto la conversión de empresas privadas al sector de propiedad social, esto es congruente con la propuesta, hecha antes, de desterrar el mecanismo de inversión privada a través de los acciobonos y su intervención determinante en el criterio de funcionamiento económico de las empresa propuestas y de la economía nacional en su conjunto. Por tanto, la conversión que se deduce como exigencia de la hegemonía reclamada para el sector de propiedad social, tiene que hacerse sobre otras bases.

Pensamos que es el mecanismo de la expropiación de un conjunto de empresas del sector privado el que más se ajusta al esquema alternativo. El monto resultante de la valorización debe pagarse en bonos de rendimiento fijo y redimibles en un largo plazo. Esto impediría la succión del recurso capital y su traslado a sectores más rentables de la economía o su exportación en perjuicio del país.

Dos problemas surgen con relación a esto: el procedimiento de valorización y la determinación de las empresas sujetas a expropiación. Queremos apenas sugerir algunos criterios con respecto a estos dos temas, que deberían ser materia de un trabajo exhaustivo.

La valorización es un punto clave. Con un criterio como el del patrimonio neto de la empresa, que se ha usado en la valorización de las empresas pesqueras, puede contrastarse el criterio del rendimiento potencial de la empresa, que se ha usado con sentido comercial en el caso de la adquisición del Banco Continental. Si se usara el primero estaríamos propiamente ante un mecanismo expropiatorio en nombre del interés de la sociedad; en el segundo caso estaríamos ante una compra-venta forzosa que no perjudica el interés particular ni —como mecanismo— beneficia sustancialmente el de la sociedad.

En la valorización debería otorgarse un rol fundamental a los trabajadores organizados. Efectivamente, en los últimos meses se han incrementado las denuncias formuladas por comunidades laborales y sindicatos en torno a las reiteradas burlas de utilidades cometidas por las empresas, en perjuicio del Estado y de los trabajadores. La participación vigilante de los trabajadores garantizaría que la valorización fuese certera y descontara el monto de las utilidades burladas por los accionistas, lo cual es del mayor interés para toda la sociedad.

Finalmente, en relación con la determinación de las empresas del sector privado que deberían ser expropiadas, mencionamos algunos criterios que deberían ser comprendidos: empresas monopólicas o de producción cartelizada; empresas con predominio de capital extranjero y que requieren ser nacionalizadas de acuerdo a la legislación vigente sobre tratamiento al capital extranjero; empresas productoras de bienes de consumo duradero; empresas económicamente significativas por su alta inversión de capital; empresas socialmente significativas por su alto número de trabajadores. Es claro que a nivel de los casos concretos, varios de estos criterios se superponen en las mismas empresas. Es prácticamente un lugar común la afirmación de que nuestra economía padece de una alta concentración; estadísticas nunca accesibles para ser citadas parecen mostrar que en el sector industrias, por ejemplo, alrededor de ciento treinta empresas, la mayor parte extranjeras, producen la mitad del producto bruto del sector. El traslado de estas empresas al sector de propiedad social daría una base importante al sector, lo cual le permitiría convertirse en hegemónico e imponer nuevas reglas de juego en la economía nacional.

3.5. Cabe preguntarse por la situación de las cooperativas de producción cuyo tratamiento legal es similar, en mucho, al de las empresas privadas, conforme hemos analizado en la primera parte de este trabajo, pero cuya vocación, en principio, las podría hacer susceptibles de convertirse al sector de propiedad social. Probablemente, debe recurrirse a inducir no compulsivamente tal conversión, a fin de fortalecer el sector de propiedad social sin crear un conflicto laboral y político en las cooperativas de autogestión. En todo caso resulta evidente la necesidad de, por lo pronto, ligar económica-

mente las cooperativas al nuevo sector; de modo que las cooperativas no subsistan como un tejido funcionalmente complementario de la empresa privada sino que contribuyan directamente al fortalecimiento del sector de propiedad social. Habrá que diseñar mecanismos concretos que permitan esta vinculación, mientras se desarrollan las condiciones sociales y políticas que hagan factible la conversión de las cooperativas de producción en empresas de propiedad social.

4. Participación de los Trabajadores y su Democratización

Enunciamos primero, algunos **supuestos** de referencia que nos sirven para ubicar el tema. El primero es el carácter del Estado, cuya naturaleza hoy —conforme hemos planteado— no dice representación de los sectores populares. El segundo, en función de lo anterior, es la necesidad de lograr la mayor autonomía posible de los trabajadores, dentro de las nuevas empresas a crear. Y el tercer supuesto precisa al precedente, en el sentido de que esa autonomía no debe desembocar en una anarquía, en el funcionamiento interno de cada empresa, ni en el sector; la autonomía debe reflejarse en la organización de los trabajadores, pero a la vez, no debe aislarlos de los trabajadores de las otras empresas ni de los demás trabajadores fuera del sector. Esto último, es propiciar su organización como clase, y en vista a nuevas contradicciones que deben surgir desde las empresas de propiedad social, especialmente con el Estado.

En el rubro agrupamos tres subtemas: la gestión, el dilema manipulación-democratización y los derechos laborales de los trabajadores. Todo esto, a partir de la consecución de la participación plena preceptuada por el Proyecto (art. 2º).

4.1. Gestión

4.1.1. La principal ausencia en el Proyecto es la de mecanismos que inviertan la tradicional línea autoritaria arriba-abajo, en el manejo y conducción de la empresa. El Proyecto repite en términos generales los errores del esquema cooperativo, en el cual sólo se confía a los trabajadores la decisión de elegir periódicamente a los que mandan; pero no se desconcentra la capacidad de decisión en la empresa, trasladando poder a organismos o asambleas correspondientes a los diferentes niveles del proceso productivo.

Sin que esto signifique asambleísmo, es necesario pensar en mecanismos de gestión realmente democráticos que transformen la participación del trabajador en la empresa desde su forma de aproximación al trabajo productivo. Desde este punto de vista, las funciones de los comités especializados que propone el Proyecto (arts. 60º a 63º) no constituyen mecanismo efectivo de participación; porque: a) están descritos como órganos a nivel de gerencia, b) sus funciones se limitan al asesoramiento y no descentralizan la capacidad de decisión, c) su establecimiento queda formalmente librado a los estatutos internos, lo cual en la experiencia de las cooperativas ha anulado de hecho el mecanismo.

4.1.2. Un segundo punto discutible en el Proyecto es la noción de participación que maneja para los diferentes órganos integrados por trabajadores. En varios de ellos, especialmente la Asamblea de Delegados (art. 64º), los comités especializados (art. 61º) y el Fondo Nacional de Propiedad Social (art. 145º), se introduce el mecanismo del sorteo que, buscando impedir la formación de "oligarquías" intermediarias en la participación, sin embargo, desnaturaliza el sentido democrático de la participación.

Es obvio que la mejor forma de participación es la directa; razón por la cual es objetable que el Proyecto obligue a la intermediación de delegados a toda empresa con cien o más trabajadores (art. 37º); esta cifra podría elevarse hasta 500 trabajadores, número hasta el cual resulta factible realizar asambleas. Pero, más allá de esa cifra hay que utilizar formas de representación que mantengan la participación. Tratándose de esta inevitable participación indirecta, ésta tiene que buscar medios de auténtica representación. No puede confiarse al azar de un sorteo, que despoja

de legitimidad a la función de quien decide sin mandato, representación o delegación. Deben ejercer las responsabilidades decisorias quienes según el criterio de la mayoría resulten los más ideóneos para hacerlo; tal es el sentido de la participación democrática. Esta forma tiene otros efectos muy importantes: educa políticamente a los trabajadores, los responsabiliza en la función de escoger y elegir a los mejores, y los obliga a plantearse criterios de opción, lo cual al fin y al cabo es educarlos en la participación política.

4.1.3. El Proyecto busca incorporar la resolución de los conflictos laborales bajo órganos internos de la empresa: el Comité de Honor, el Comité Directivo y la Gerencia. Esto debería aparecer de modo explícito y no sólo para efectos de las sanciones (art. 22º). Además, para buscar una mayor legitimidad, debería correrse el nivel de decisión de las sanciones; la separación debería ser acordada por la asamblea.

Si se constituye una jurisdicción interna al sector para la administración de justicia laboral, no queda claro —como no lo está en el Proyecto— si es competente la autoridad de trabajo para conocer de denuncias formuladas por trabajadores sobre violación de un derecho. Puede proponerse que el Ministerio intervenga como instancia de revisión, a iniciativa del interesado.

En relación con el régimen de sanciones en particular, es necesario añadir que algunas causales resultan más duras que las existentes para la empresa privada (art. 23º, inc. a 3, inc. h). Asimismo, es grave notar que se incorpora una peligrosa causal adicional de despedida (art. 41º) para quien interpone "impugnación absolutamente infundada" si "procedió con plena conciencia de las consecuencias"; disposición que por su ambigüedad permitiría interpretaciones y aplicaciones discutibles y cuyo efecto obvio será disuadir a potenciales impugnadores.

Por último hay que añadir otro carácter represivo del régimen disciplinario que es la pérdida de beneficios sociales que acompaña a la separación (art. 25º); lo cual, en un país de alta tasa de desempleo, es sin duda excesivo.

4.1.4. A nivel de la gestión del sector, el bloqueo más importante a la participación está en la no incorporación de trabajadores a la Comisión Nacional de Propiedad Social (art. 162º). Un examen de las funciones de la Junta de Administración del Fondo Nacional de Propiedad Social (art. 147º) en comparación con las funciones de la Comisión (art. 163º) privilegia claramente a la segunda; las funciones de ésta —especialmente la contenida en el inciso b) del artículo— son amplias y le permiten concentrar el poder dentro del sector. Resulta pues muy grave que no haya participación de los trabajadores justamente en el órgano decisorio del sistema.

Pero no sólo hay razones para reclamar tal participación, basándose en la coherencia del diseño. Es indispensable que, desde la perspectiva que da el máximo organismo del sector, los trabajadores asuman la personalidad política del sector, que obviamente queda representado por ese organismo. Tal función política es de especial importancia en relación con los otros sectores de la economía; y por tanto, no puede reposar exclusivamente en delegados del Estado. Asimismo, la participación de los trabajadores en ese nivel resulta de una enorme importancia formativa: desde ahí pueden asumir la perspectiva de toda la economía nacional y no sólo las de sus empresas, o la de su sector.

Por último, es procedente pensar en que a ese nivel máximo de decisión del sector se incorporen representantes de los trabajadores de los otros sectores. Esto no sólo debe permitir la vinculación de los diversos componentes de la clase trabajadora sino que, efectivamente, el sector de propiedad social no se encierre en sí mismo y privilegie a sus trabajadores; que más bien sea plenamente "social", beneficiando el interés de toda la clase trabajadora.

4.2. **El dilema manipulación-democratización**

Más allá de los propósitos del legislador, la introducción u omisión de determinados principios en el Proyecto, dan cabida a la manipulación política a través de ciertos mecanismos previstos.

4.2.1. En la prueba de ingreso que rinde el trabajador que quiere incorporarse a una empresa de propiedad social, existe un criterio muy peligroso consistente en "apreciar la identificación del trabajador con los principios que rigen la propiedad social, así como su idoneidad personal" (art. 17º). Esta es una norma vaga, susceptible de recibir contenidos manipulatorios de tipo político. Cabe preguntarse quién puede medir con certeza la identificación con los principios de la propiedad social. El asunto es todavía más alarmante, si se toma en cuenta la situación que se daría al crearse empresas, en la cual no existiendo aún el Comité de Honor, presumiblemente será un organismo burocrático el que previamente tome este "examen de ingreso" y decida el contenido de este criterio ambiguo.

4.2.2. El Proyecto no menciona a los sindicatos ni la situación legal en la cual quedarían dentro de estas nuevas empresas. Sin embargo, una disposición general (art. 18º) permite deducir que formalmente no hay impedimento para que los trabajadores de estas empresas constituyan sindicatos.

La no mención expresa del derecho a sindicación y reiteradas respuestas del Presidente de la Comisión redactora del Proyecto, no obstante, llaman a preocupación. En efecto, se ha afirmado que en este tipo de empresas el sindicato es innecesario [11]; esta interpretación, en concepto nuestro equivocada, es la misma que ha servido de base a la autoridad de trabajo para negar el reconocimiento a los sindicatos constituídos en cooperativas agrarias y en sociedades agrícolas de interés social, con posterioridad a la adjudicación; a pesar que, en estos casos, tampoco hay impedimento legal para la formación del sindicato.

Creemos que la importancia del sindicato, en las cooperativas de producción como en las empresas de propiedad social, resulta plenamente vigente, si bien no para cumplir las mismas funciones que en la empresa privada tradicional. Una de sus nuevas responsabilidades ha de ser constituirse en organismo representativo de los trabajadores para vigilar el cumplimiento de las disposiciones y de los acuerdos libremente tomados; asimismo, debe proteger y respaldar con la organización al trabajador cuyos derechos individuales son violados por la administración. Por último, debe ser mecanismo de agremiación con los trabajadores de las demás empresas del sector y con los trabajadores de otras empresas, a fin de garantizar y luchar por los derechos e intereses que les son comunes en tanto que clase trabajadora.

4.2.3. Un comentario más general que toca lo anterior es la concepción de empresa, en el Proyecto, que mira sólo hacia sí misma y hacia sus funciones económicas. La solidaridad que busca propiciar la empresa de propiedad social necesariamente tiene un horizonte político que el Proyecto no parece asumir, al poner de lado mecanismos que propicien la politización, la elección representativa, la representación de trabajadores a la cabeza del sistema, etc. En vía alternativa, se debe buscar explícitamente una politización del contenido de estas empresas que las enmarque, más allá de su función empresarial, en el horizonte de un cambio estructural efectivo; lo cual debe permitir la sustitución de un sistema económico y social por otro. La ideología subyacente al Proyecto parece asumir mecánicamente que el cambio ideológico sigue necesariamente el cambio económico a nivel de la unidad de producción. Y eso es una simplificación que falsea las posibilidades del cambio. Para que tal cambio sea posible, en beneficio de las mayorías, las empresas de propiedad social no sólo deben ser ocasión

11. Declaraciones del General Arturo Valdés. Ver "El Comercio" del 6 de setiembre de 1973.

de transferencia de poder económico a los trabajadores sino de poder político a la organización que se deriva de su constitución y de su agremiación. Esta es una dimensión que no aparece en el Proyecto.

4.3. **Derechos laborales**

4.3.1. En el Proyecto aparecen algunos derechos de los trabajadores, disminuídos respecto al régimen del cual se benefician los trabajadores de la empresa privada. Se ha justificado estas diferencias, en nombre del principio formal de que la empresa de propiedad social es de los trabajadores y, en consecuencia, ellos pueden decidir libremente sobre la renuncia a ciertos derechos con el fin de mejorar la productividad.

Hay varias falacias en tal planteamiento justificatorio. La primera es que, subsistiendo acumulación privada a través de las empresas de propiedad social, que la empresa "sea de los trabajadores" es un afirmación a un nivel formal que enmascara el destino del excedente económico generado por el trabajo. La segunda es que, la decisión sobre la renuncia a ciertos derechos puede ser manipulada desde los niveles gerenciales o burocráticos, especialmente por los mecanismos diseñados por el Proyecto.

En efecto, el Proyecto dispone que la Asamblea puede acordar, por mayoría calificada, solicitar al Ministerio de Trabajo que autorice la renuncia de los trabajadores, por tiempo definido, a sus derechos laborales (art. 19º). Y enumera no taxativamente: vacaciones, pago de horas extras y jornada legal de trabajo. Hay que tener presente que esta asamblea, tratándose de una empresa con más de cien trabajadores, está compuesta por delegados y que éstos son designados por sorteo. ¿Puede decirse que, a través de este mecanismo, los trabajadores deciden libremente la renuncia a sus derechos laborales?

Un problema adicional está en que el Proyecto prevé un caso adicional de disminución de derechos, sin intervención decisoria de los trabajadores de la empresa. En el supuesto que la empresa de propiedad social no pudiese cubrir con su excedente económico el reembolso del aporte transitorio hecho por COFIDE o por el Fondo Nacional de Propiedad Social, la empresa debe proponer los reajustes necesarios ante la Junta de Administración del Fondo; reajustes que deben incluir cambios en las remuneraciones de la empresa (art. 101º). La Junta puede aprobar esos reajustes o introducir otros, eventualmente afectando las remuneraciones.

4.3.2. En conexión con el punto que venimos examinando es necesario señalar que dentro de la empresa de propiedad social propuesta, el derecho laboral básico —el derecho a un salario— sigue sujeto en su monto a la rentabilidad de la empresa. Con ello se renueva el criterio capitalista que incluye al salario como un costo de producción y hace del mismo una variable dependiente de la rentabilidad del resultado económico. Con la ventaja, en este caso y desde el punto de vista de la lógica capitalista, que la sujeción del salario a la rentabilidad de la empresa no debe provocar un alto nivel de conflicto entre el capital y los trabajadores, debido a que éstos mismos gestionan la empresa.

Alternativamente, hay que pensar en una escala de salarios única para, cuando menos, todas las empresas del sector de propiedad social. Escala, en la cual el monto de la remuneración sea función del tipo de trabajo, la calificación requerida, el esfuerzo aportado y, en una cierta proporción, de las necesidades familiares. De otro modo, no sólo se repite una lógica intrísecamente capitalista en la fijación del valor del trabajo como mercancía, sino que se seguirá compitiendo entre las empresas de propiedad social a través de los salarios ofrecidos. Esto es la negación de la solidaridad de los trabajadores que se pretende promover con las empresas de propiedad social.

Conclusión

Al terminar estas notas, más que presentar conclusiones que, en verdad, hemos ido anotando a lo largo del texto, quisiéramos cerrar el círculo descrito a través del análisis.

Hemos comenzado por una conceptualización de la propiedad social, a partir de la superación de la propiedad privada de los medios de producción. Por contraste hemos intentado extraer las características de una definición de propiedad social que supere de veras los efectos socialmente indeseables de la propiedad privada dominante en el sistema capitalista. Tal caracterización nos ha servido como marco conceptual de referencia para la segunda parte del artículo, en la cual hemos abordado el Proyecto de ley publicado por el Gobierno.

En este análisis, nos hemos movido en dos niveles diferentes. De un lado, hemos tratado de dibujar la lógica del Proyecto de Propiedad Social que, en concepto nuestro, no abandona el sistema capitalista sino que lo renueva. En el nivel económico y financiero fundamentalmente, hemos formulado una crítica de carácter estructural cuyos supuestos hemos explicitado en el diseño tentativo de algunas características de una alternativa socialista; la cual supone romper la estructura interna del Proyecto y sustituirla por una diametralmentre opuesta, pero consecuente con los principios básicos en los cuales el Proyecto dice inspirarse y que recoge formalmente en su texto (abandono del capitalismo, acumulación social, etc.).

En otro nivel, independizable analíticamente del anterior, y asumiendo que la aprobación del Proyecto de Propiedad Social tal como está significaría, a nivel del modelo legal, sólo la renovación del modo de producción capitalista, hemos dirigido un conjunto de críticas hacia determinadas condiciones de la empresa propuesta que restringen o desalientan el desarrollo de la clase trabajadora como tal. En este terreno hemos formulado comentarios y propuestas, especialmente en lo tocante a los niveles de participación y mecanismo de democratización en la empresa, lo cual nos parece significativo en sí mismo, sea cual sea la lógica de funcionamiento económico que en definitiiva adquiera la empresa de propiedad social.

Lima, octubre de 1973

Jorge Santistevan

EL REGIMEN LABORAL EN EL ANTEPROYECTO DE DECRETO LEY DE LA PROPIEDAD SOCIAL

INTRODUCCION

Resulta de particular importancia hacer un análisis detenido del régimen laboral que se diseña en el Anteproyecto de Decreto Ley de la Propiedad Social recientemente publicado. Este análisis tiene singular relevancia, no solamente porque los trabajadores de las futuras empresas de propiedad social adquirirían un nuevo rol en el proceso de producción al ser los únicos participantes de ellas, sino porque el propio Anteproyecto establece excepciones significativas al régimen laboral común.

Efectivamente, en la Introducción al Proyecto de Ley de Propiedad Social (1) se señala que "las empresas de propiedad social están integradas exclusivamente por trabajadores. Es decir, que por el hecho de laborar en la empresa se es necesariamente miembro de ella, y que sólo pueden ser integrantes de ésta aquellos que mediante su trabajo contribuyen directamente al proceso productivo, sin que exista, otro requisito o forma para participar en una empresa de este tipo. En ello se diferencia de las otras organizaciones empresariales existentes en el país, incluyendo a otras formas asociativas de propiedad, que admiten asalariados y que no les dan acceso a todos los beneficios o ventajas que se derivan de su condición de trabajadores".

De otro lado, el artículo 18º del Anteproyecto estipula que los trabajadores de las empresas de propiedad social están sujetos al régimen laboral común, salvo en aquello que esté expresamente modificado por su texto. ¿Qué es aquello que el Anteproyecto modifica? ¿Las modificaciones al régimen laboral común que establece el Anteproyecto para los trabajadores de las empresas de propiedad social, se justifican? ¿Esas modificaciones benefician en última instancia a los trabajadores de las futuras empresas, los colocan en una situación de ventaja con respecto a sus demás compañeros de clase que laboran en otras empresas? El propósito de este artículo es analizar exclusivamente el régimen laboral del Anteproyecto del Decreto Ley de Propiedad Social en función del ordenamiento laboral común. Así, se pretende contribuir al mejor análisis del contenido del referido Anteproyecto y, en lo posible, a su perfeccionamiento.

1. EL SISTEMA DE REMUNERACIONES

A diferencia del procedimiento de negociación colectiva mediante el cual los trabajadores sujetos al régimen laboral común tienen la posibilidad de mejorar sus condiciones salariales y de trabajo (2) el Anteproyecto señala que en el sector de propiedad social la escala de remuneraciones de cada empresa se determina al momento de su constitución. Periódicamente, la asamblea de trabajadores tiene la facultad de reajustar dicha escala (artículos 8º y 9º del Anteproyecto). Ambos actos, la constitución y la modificación del acta de constitución deben ser, en última instancia, aprobados por la Comisión Nacional de Propiedad Social que estaría integrada exclusivamente por delegados de organismos públicos (artículos 10º y 162º del Anteproyecto).

Aparte de destacar el hecho de que en las empresas de propiedad social, al no existir negociación colectiva, sus sindicatos dejarían de tener una de las más importantes funciones que tradicionalmente les ha correspondido y que la legislación peruana consagra

1. Cfr. *Anteproyecto de Decreto Ley de la Propiedad Social*, Lima, agosto de 1973, Oficina Nacional de Información, Empresa Editora del Diario Oficial "El Peruano" (folleto), p. 7.

2. Cfr. el Decreto Supremo 006-71-TR.

como exclusiva (3), es necesario detenerse en dos de las posibles consecuencias que este sistema de fijación de remuneraciones acarrearía: (a) cada empresa de propiedad social tendría su propia escala de remuneraciones; y (b) ¿qué ocurre si la escala establecida por los trabajadores no es aprobada?

La consecuencia (a) implicaría que en las distintas empresas del sector de propiedad social se van a repetir las diferencias de remuneraciones que existen entre las empresas del régimen privado. Al señalarse que la asamblea de trabajadores de cada empresa acordará la escala correspondiente, parece lógico presumir que va a existir la tendencia de incrementar las remuneraciones en base al rendimiento de la unidad de producción. Esto implicaría que la lógica del sistema capitalista podría supervivir en las empresas de propiedad social si el patrón de referencia utilizado para la regulación del régimen salarial es el resultado económico de la empresa. Tendríamos con ello que los servidores de las unidades más rentables del sector recibirían mayores salarios que los de las menos restables, al igual que en el ámbito privado.

Es cierto que con objeto de evitar el fenómeno señalado, se ha previsto un mecanismo. Este consiste en que al momento de calcular la materia imponible para el pago del impuesto a la renta que afecta a la empresa, no se considera deducible como gasto el íntegro de remuneraciones abonadas sino únicamente un promedio. El promedio deducible no puede exceder del doble del salario mínimo vital señalado para la zona por cada trabajador (artículos 99º a) y 100º del Anteproyecto), con lo cual el monto de remuneraciones que supera el promedio establecido está sujeto al impuesto a la renta en la empresa.

Se busca así evitar la fijación de altas remuneraciones alentando la esperanza de recibir una mayor participación en la renta de trabajo o excedente distribuible que se calcula después del pago de impuesto y otras deducciones.

No obstante, el mecanismo previsto por el Anteproyecto puede no cumplir su función por las siguientes razones: (1) la asamblea de trabajadores de cada una de las empresas tiene la facultad de determinar su propio sistema salarial; (2) la participación en la distribución de la renta de trabajo que se alienta, resulta siempre un elemento aleatorio ante el cual aparece como naturalmente preferible el establecer remuneraciones altas aún a riesgo de eliminar la renta de trabajo, pues aquellas se perciben como más seguras; (3) la competencia de las empresas del sector de propiedad social con las de los otros sectores puede contribuir a que se mantenga el interés por remuneraciones más elevadas.

Veamos la consecuencia (b), ésto es, ¿qué ocurre si la escala de remuneraciones no es aprobada? Según el texto del Anteproyecto, sabemos que dicha escala debe ser parte integrante del acta de constitución. Al revisarse periódicamente la escala de remuneraciones, la decisión de la asamblea está sujeta a la aprobación de la Unidad Regional correspondiente y, posteriormente, debe remitirse a la Comisión Nacional de Propiedad Social, aparentemente para una segunda aprobación (artículos 9º y 10º del Anteproyecto).

Sin embargo, ¿si la revisión de la escala planteada por la asamblea no es aprobada por la Unidad Regional, a quién se recurre? Parece claro que a la Comisión Nacional, en segunda instancia, la cual tiene entre sus facultades la de tomar u ordenar las disposiciones necesarias para la buena marcha de la empresa (artículos 163º, inciso b) del Anteproyecto). Cabe todavía una pregunta: ¿terminaría allí el procedimiento de revisión de la escala salarial? De otro lado, si tenemos en cuenta las atribuciones de la Comisión Nacional, podría también este organismo modificar la escala aprobada por los trabajadores y por la Unidad Regional si considera que ésto es una disposición necesaria para la buena marcha de la empresa.

Si a todo lo anterior se añade que los trabajadores no tienen representación en la Comisión Nacional, cabe preguntarse: ¿en los casos extremos, quién, en definitiva, establece la escala salarial? ¿Hay algún mecanismo para revisar la determinación de la Comisión Nacional? ¿Tiene alguna ingerencia en este punto el Ministerio de Trabajo?

Por último, en el caso de que la Comisión Nacional, en última instancia, no apruebe los aumentos de remuneraciones acordados, ¿no se daría allí una negociación similar a la establecida para el régimen común?

Además de las apreciaciones anotadas, también es necesario reflexionar sobre una realidad que tiene vin-

3. Cfr. el artículo 6º del Decreto Supremo 006-71-TR.

culación con el sistema de remuneraciones: si las empresas de propiedad social van a ser, casi en su totalidad, nuevas unidades productivas que deben coexistir y competir con las empresas privadas y públicas, ellas también van a entrar en la competencia del mercado de trabajo. Por ello, se van a ver obligadas a ofrecer remuneraciones atractivas y competitivas con dichos sectores, ya sea para atraer a los técnicos y profesionales que allí están trabajando o para que los nuevos técnicos o profesionales que ingresen al sector no sean después absorbidos por las empresas de los otros sectores.

A esta última apreciación deben añadirse algunos elementos que nos permitan descubrir algunas implicancias negativas contenidas en el Anteproyecto. Consideremos que la riqueza generada con el esfuerzo de los trabajadores de las empresas de propiedad social debe cubrir, antes del cálculo de la renta de trabajo: (1) la remisión de un 10% del excedente económico, antes de impuestos, al Fondo Nacional de Propiedad Social (artículo 99º del Anteproyecto); (2) la devolución del aporte transitorio con interés (artículo 69º del Anteproyecto); (3) el pago del impuesto a la renta; y (4) en su caso, un remanente suficiente como para proporcionar un retorno a los acciobonos emitidos (artículos 79º y 97º inciso a) del Anteproyecto). Si a estos cuatro elementos le añadimos el efecto en el incremento de remuneraciones que puede producir la competencia con los salarios del sector privado y público, ¿en qué situación se encontrarían los futuros trabajadores del sector de propiedad social con respecto a los servidores de las otras empresas de la competencia? Puede ocurrir que dos trabajadores que realizan la misma labor en dos empresas similares, una del sector privado reformado y otra de propiedad social, y que tengan la misma remuneración, se encuentren en distinta situación al momento de participar en el reparto de excedentes. Aparentemente, quedaría en desventaja el de la empresa de propiedad social pues antes de recibir su participación el resultado económico de la empresa es afectado en mayor proporción que la ganancia de la empresa privada reformada. De ser confirmada esta apreciación, los trabajadores de la propiedad social tendrían menos alicientes económicos y, mientras exista la competencia, dos efectos pueden producirse: (a) se va a preferir el aumento de remuneraciones que se ha anotado; o (b) la falta de aliciente va a desincentivar el crecimiento del sector.

Ambos efectos son negativos. El primero —como se dijo— pues repetiría la lógica del sistema capitalista que se desea abandonar. El segundo porque reduciría las posibilidades de convertir en hegemónico un sector de la economía que entrega los medios de producción a manos de los trabajadores e introduce importantes elementos de socialización de la riqueza.

Pero al mismo tiempo que hay que dejar expuestas estas consideraciones, debe advertirse que ellas no pueden llevarnos a rechazar el contenido fundamental del Anteproyecto. Se plantean para promover el análisis de las normas y buscar algunas soluciones.

De primera impresión, aparece como deseable eliminar la posible competencia entre las empresas del sector de propiedad social y las del sector privado reformado. Asimismo, puede pensarse en la conveniencia de diseñar un sistema de remuneraciones uniforme en sus aspectos básicos que se aplique a todas las empresas del sector, dejando a criterio de cada una de ellas el establecimiento de primas e incentivos que impidan, de un lado, las diferencias de ingresos por trabajo realizado entre los servidores de las unidades de producción de propiedad social y, de otro lado, la búsqueda de irracionales aumentos de remuneraciones en función de los resultados económicos.

2. DERECHOS DEL TRABAJADOR DURANTE LA PRESTACION DE SERVICIOS Y AL MOMENTO DE SU RETIRO

Precisamente porque el Anteproyecto remite, en lo que se refiere al régimen laboral de los trabajadores de propiedad social, a la legislación común del trabajo, se concluye que se aplicarán a estos trabajadores las normas que en el Perú conocemos como del "régimen común de obreros", del "régimen de la actividad privada" o del "régimen de la Ley 4916, ampliatorias, modificatorias y conexas" para distinguirlo del que corresponde a los servidores o empleados públicos. Aunque no queda claro si va a subsistir la diferencia entre obreros y empleados (que todavía se traduce en derechos distintos).

Esto significa que mientras el trabajador presta sus servicios en una empresa de propiedad social, tiene los derechos generales a una jornada máxima de trabajo, al correspondiente descanso semanal y anual y a las demás condiciones estipuladas en nuestra legis-

lación. No obstante, como veremos más adelante, el Anteproyecto admite que, en algunos casos, el trabajador renuncie a ciertos derechos.

Al término de su relación laboral, el trabajador de propiedad social, al igual que el del régimen común, se hace acreedor a su correspondiente compensación por tiempo de servicios y, tanto en este momento cuanto en el tiempo de prestación de servicios, es encuentra integrado al Sistema Nacional de Seguridad Social. (4)

Pero hay un derecho nuevo que corresponde a ciertos trabajadores de propiedad social. El anteproyecto lo denomina **certificado de retiro.** Tienen derecho a él los trabajadores que habiendo laborado durante veinte años como mínimo en una o más empresas del sector de propiedad social, pongan fin a su relación de trabajo por haber solicitado el goce de pensión de jubilación o por encontrarse en estado de inhabilitación física que les impida seguir trabajando. Se hacen igualmente acreedores al certificado de retiro los herederos directos de primer grado de aquellos tabajadores que al momento de su fallecimiento hubiesen cumplido veinte o más años de servicios en empresas del sector de propiedad social (artículo 123º del Anteproyecto).

Este certificado de retiro constituye un documento representativo del aporte realizado por el trabajador en la formación del fondo social de la empresa, el mismo que se calcula en función de los días/hombre laborados y del incremento de dicho fondo (artículo 124º del Anteproyecto). Como lo señala expresamente el Anteproyecto (artículo 126º) los certificados de retiro son valores nominativos de renta variable que se reciben al tiempo de dejar de laborar en empresas de propiedad social. Estos valores son emitidos por la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) en representación de una cartera integrada por acciobonos emitidos por las empresas de propiedad social únicamente para ese efecto (artículo 125º del Anteproyecto).

El propósito de los certificados de retiro es el de otorgar al trabajador que ha dedicado veinte o más años de servicios al sector de propiedad social, una renta adicional a su pensión de jubilación o de invalidez, o en el caso de los herederos, a las pensiones de viudez u orfandad. Se permite, también, que los certificados de participación sirvan como garantía para obtener créditos destinados a la adquisición de casa-habitación única de interés social.

El certificado de retiro constituye un derecho exclusivo de los trabajadores de empresas de propiedad social y por sus características es una novedad introducida por el Anteproyecto. Sería solamente comparable con los derechos que obtiene un comunero en representación de su contribución a la formación del patrimonio de la comunidad laboral y la similitud se encuentra únicamente en el principio generador de este derecho, vale decir, en el reconocimiento de un derecho patrimonial representativo del esfuerzo realizado para la formación del fondo social (en el certificado de retiro) o de la participación patrimonial de la comunidad (en la participación al cese que recibe el comunero antes de que la comunidad laboral alcance el cincuenta por ciento del capital social de la empresa o en las acciones emitidas por la comunidad que se reciben cuando la comunidad haya alcanzado dicho porcentaje). (5)

Difieren, sin embargo, en que el derecho reconocido al comunero al momento de su retiro se traduce en dinero en efectivo, en tanto que el certificado de retiro constituye un valor que genera una renta y que, al momento en que sus beneficiarios dejan de tener derecho a él (por fallecimiento del trabajador o de su viuda o exconviviente o porque sus hijos menores alcanzan la mayoría de edad), se extingue el derecho a percibir la renta correspondiente y todos los demás derechos patrimoniales sobre el referido certificado.

3. LA POSIBILIDAD DE RENUNCIAR A CIERTOS DERECHOS QUE LA LEGISLACION LABORAL COMUN ESTABLECE

Uno de los principios fundamentales que constituyen la esencia misma del Derecho del Trabajo es la irre-

4. Así lo dispone el Decreto Ley 19990.

5. Cfr. Los artículos 15º y 21º del Decreto Ley 18350; 74º y 97º del Decreto Ley 18810; 305º incisos b) y c) del Decreto Ley 18880; 120: incisos b) y c) y 121º del Decreto Ley 19020; sobre la participación del comunero al cese en el empleo. Y los artículos 24º y 26º del Decreto Ley 18350; 74º y 75º del Decreto Ley 18810; 285º al 287º del Decreto Ley 18880; y 102º, 103º y 130º del Decreto Ley 19020.

nunciabilidad de sus normas. Este principio emana como necesario de un orden legal que tiene como función el garantizar ciertos derechos mínimos que la ley señala y que otorga, además la posibilidad de que mediante el contrato individual del trabajo o a través de la convención colectiva se superen o mejoren esos derechos mínimos preestablecidos. Para cumplir con esta función, las normas laborales se consideran como "reglas de orden público" "de carácter imperativo" que en ningún caso permiten su desconocimiento o renuncia.

La legislación laboral peruana no ha sido ajena a este principio de irrenunciabilidad de los derechos y numerosas normas sustantivas y adjetivas lo estipulan expresamente (6). Más aún, en caso de no existir regla expresa de irrenunciabilidad para una institución de nuestro derecho laboral, se considera siempre que la voluntad de las partes no puede variar el mínimo que la ley señala.

La doctrina es unánime en reconocer el principio de la irrenunciabilidad de derechos. En todo caso las diferencias se encuentran en la fundamentación del mismo.

Así, Guillermo Cabanellas (7) encuentra que "las normas jurídicas que emanan de la legislación laboral son imperativas, como dictadas por razones de orden público; y aun cuando puedan referirse a intereses individuales o particulares tienen carácter obligatorio y no cabe su desconocimiento ni su renuncia". Más adelante el mismo autor añade, "El principio de la irrenunciabilidad de derechos deriva del carácter de orden público que tienen las disposiciones del Derecho Laboral pero esa irrenunciabilidad se encuentra íntimamente ligada a otro agregado que casi siempre se omite, y es que la renuncia no puede hacerse en perjuicio del trabajador" (8). Sin embargo, el propio Cabanellas admite la posibilidad de la renuncia de derechos en casos excepcionales en los que "el interés público prima sobre el particular" y pone como ejemplo "ciertas situaciones en que por razones de una política de economía dirigida se prohíbe todo aumento de salarios".

Pero quienes consideramos, como Mario de la Cueva, el rol histórico que cumple la legislación del trabajo, encontramos el fundamento de la irrenunciabilidad de derechos más allá del carácter de orden público de sus normas: en el conjunto de garantías sociales indispensables para atenuar la explotación de los trabajadores (en forma inmediata) y transformar la sociedad (en forma mediata).

Efectivamente, el citado laboralista mejicano explica que el Derecho Laboral nace "como consecuencia de una situación de injusticia en la cual empezó a moverse una nueva clase social, el proletariado, que exigió también sus garantías, con la doble finalidad de atenuar la explotación de que venía siendo víctima por parte de la burguesía y de intentar suprimirla en el futuro; son los dos propósitos, las finalidades inmediata y mediata del derecho del trabajo" (9). Explica, posteriormente, cómo el Derecho del Trabajo, en tanto que un conjunto de garantías sociales, se opone al imperio de las garantías individuales que fueron las que permitieron la situación de injusticia social en la cual se originó. Así, "las garantías individuales permitieron la explotación; el derecho del trabajo pretende restringirla".

"El derecho del Trabajo ha sido llamado **Legislación Social.** Tiende a serlo, pero aún no lo es y el día en que lo logre dejará de ser lo que es: La legislación actual es una legislación de clase; cuando éstas sean destruidas concluirá aquella y desaparecerán las garantías por inútiles. Las garantías han sido y son un mínimo de derechos que se oponen al pueblo, al príncipe, a una clase. Cuando únicamente quede el pueblo no habrá lugar para ellas. El derecho del Trabajo es, por tanto un mínimo de garantías sociales... no fue concedido por la burguesía al llegar al poder, sino que le fue arrancado por el proletariado en diversas revoluciones".

"Pero donde se marca mejor su carácter de mínimo de garantías es en un segundo propósito, el mejoramiento de las condiciones de vida; aquí no se destruye la explotación, sólo se aminora; aún no es lo

6. Cfr. El artículo 7º de la Ley 4916 y el artículo 54º de su reglamento; el artículo 5º de la Ley 3010; el artículo 11º de la Ley 6871; el artículo 28º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1933; el artículo 48º del Decreto Supremo 006-71-TR; el artículo 29º del Decreto Supremo 007-71-TR; el artículo 32º del Decreto Supremo 006-72-TR.

7. *Introducción al Derecho Laboral,* Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, vol. I, p. 570.

8. Ibid., p. 565.

9. DE LA CUEVA, Mario, *Derecho Mexicano del Trabajo,* México, Editorial Porrúa S. A., 1970, tomo I, p. 245.

que el proletariado pretende, a lo que tiene derecho, sino el mínimo que, en las circunstancias actuales, ha logrado obtener". (10)

Es, entonces, el propio carácter de mínimo de garantías sociales el que impone como esencial del derecho del trabajo el principio de la irrenunciabilidad de sus normas, puesto que aceptar lo contrario significaría quitarle su carácter y esencia. Esto, desde luego, no niega la calidad de orden público y la imperatividad de las reglas del Derecho del Trabajo, como el propio De la Cueva se ocupa en señalar.

"Es fácilmente comprensible la imperatividad absoluta del derecho del trabajo —escribe el citado autor— la existencia de las relaciones entre el Capital y el Trabajo no dependen de la voluntad de los trabajadores y de los patronos, sino que tienen el carácter de necesidad: en la vida social han existido y existirán siempre las relaciones de producción y de ahí la urgencia de que el derecho las regule... La injusticia y la desigualdad sociales que produjo el principio formal de la autonomía de la voluntad, obligaron al Estado a intervenir en el proceso económico para asegurar a los trabajadores un nivel mínimo de vida. Así, se inició la transformación del derecho del trabajo, **jus dispositivum** en el Código Napoleónico, al derecho del trabajo como **jus cogens;** con el correr de los años y al elevarse el derecho del trabajo a un mínimo de derechos sociales, igual que los antiguos derechos individuales del hombre, forman parte del orden público de las comunidades y, en consecuencia, la sociedad, el Estado y los particulares tienen el deber de respetar sus imperativos". (11)

Siendo universalmente aceptado el principio-garantía de la irrenunciabilidad de derechos ¿cómo, entonces, se explica que el Anteproyecto permita expresamente la renuncia, en algunos casos, a la jornada máxima de trabajo (y al consecuente pago de horas extraordinarias) y al descanso semanal y anual, como lo estipula el artículo 19º?

Veamos primero quién determina cuándo y por qué se procede a la renuncia. Es la Asamblea de trabajadores la que debe tomar la iniciativa y el acuerdo de renunciar a los derechos señalados y presentar una solicitud fundamentada, en la cual se justifique ante la Autoridad de Trabajo los motivos de la renuncia.

10. Ibid, p. 246.
11. Ibid, p. 254.

La Autoridad de Trabajo, a su turno, aprueba el acuerdo que para ser válido ha de tener vigencia por un tiempo preciso y determinado, (artículo 19º del Anteproyecto).

Sin embargo, la asamblea —en una empresa con más de 100 trabajadores— no agrupa a la totalidad de sus miembros sino que está compuesta por delegados elegidos por sorteo (artículo 37º del Anteproyecto). En estas condiciones, resulta válido cuestionar que una decisión tan importante que afecta a la totalidad de miembros de la empresa sea entregada a un órgano elegido al azar y no por votación de las bases, en el cual no están necesariamente representadas los puntos de vista de la mayoría.

Con el procedimiento señalado por el Anteproyecto, el acuerdo de una asamblea puede hacer que los trabajadores, que no eligieron a esos delegados, se vean ante hechos consumados y en la obligación de aceptar la renuncia de beneficios que en una empresa de otro sector son considerados irrenunciables.

A ésto contribuye la disposición del segundo párrafo del artículo 28º del Anteproyecto, que convierte los acuerdos de asamblea en obligatorios inclusive para los disidentes y/o ausentes.

Por lo demás, el Anteproyecto no especifica cuáles son las situaciones que pueden considerarse como "casos excepcionales" a que hace referencia el artículo 19º, de manera que quedaría al arbitrio de la asamblea de la empresa de propiedad social y al criterio de la Autoridad del Trabajo dicha calificación. Esta omisión daría lugar a diversas interpretaciones que atentarían contra las garantías mínimas fundamentales que consagra la legislación laboral.

Pero, de otro lado, ¿se encuentra algún fundamento para que en alguna oportunidad se justifique la renuncia a la jornada máxima de trabajo y al descanso semanal y anual?

A la exposición doctrinaria anterior sobre el sustento del principio de irrenunciabilidad de derechos puede contraponerse la siguiente tesis: en las empresas de propiedad social, desaparece el antagonismo obrero patronal al convertirse los trabajadores en propietarios —a través de su sector— de los medios de producción y al poseer ellos la facultad de gestionar su empresa, deviniendo así en los últimos destinatarios de la riqueza generada y en constructores de su propio destino. En consecuencia, la propiedad social cam-

b'aría la base misma del fundamento del derecho laboral pues desaparecería la explotación de los servidores por parte de los dueños del capital. De ser así, se diría, toda la fundamentación del principio de irrenunciabilidad de derechos conservaría validez para los otros sectores de la economía pero no sería aplicable a las empresas de propiedad social.

Sin entrar a discutir en este trabajo la validez de esta tesis, asunto que obviamente rebasa su propósito y que sería materia de un análisis separado, tengámoslo en cuenta para pasar a ver si dentro de ese marco resulta todavía justificada la cláusula de renuncia de derechos del artículo 19º del Anteproyecto.

Ante el silencio sobre lo que debe considerarse como caso excepcional, solamente es posible detenerse en el contenido de los derechos a renunciarse, para buscar las razones que justificaron esta medida.

¿Por qué se autoriza el desconocimiento de la jornada máxima de trabajo o a la prestación de servicios en los días en que la legislación dispone el descanso obligatorio? El sustento de la limitación a un máximo de ocho horas diarias, del descanso semanal obligatorio y del goce de vacaciones anuales se encuentra en la necesidad de preservar las condiciones físicas y de salubridad de quienes solamente tienen su fuerza de trabajo como medio de vida. La legislación al reconocer estos derechos no solamente está recogiendo las legítimas reivindicaciones impuestas por el movimiento obrero (12) sino que, al mismo tiempo, está protegiendo la salud del trabajador y, para que esta finalidad se cumpla, incluye expresamente el principio de irrenunciabilidad en los dispositivos legales. (13)

12. Cfr. BASADRE, Jorge, *Historia de la República del Perú*, Lima, Ediciones Historia, 1963, tomo VIII p. 3702 y siguientes; Martínez de la Torre, Ricardo, *Apuntes para una Interpretación Marxista de la Historia del Perú*, Lima, Empresa Editora Peruana S. A., 1947, tomo I, p. 411 y siguientes; Lévano César, *La Verdadera Historia de la Jornada de Ocho Horas en el Perú*, Lima, 1967; y Kapsoli, Wilfredo, *Las Luchas por las Ocho Horas en el Perú*, Lima, publicación del Centro de Investigaciones Jurídicas de FEPUC, junio de 1971 (mimeo), para tener una idea de la trascendencia de la conquista, por parte del movimiento obrero peruano, del derecho a una jornada máxima de trabajo.
13. Cfr. El artículo 28º del Decreto Supremo de 31 de agosto de 1933, que reglamenta las Leyes 7505 y 7735 sobre el descanso vacacional; y el Decreto Supremo 18445 que aclara en definitiva la disposición anterior.

Si éste es el fundamento a la limitación de la jornada de trabajo y al descanso obligatorio semanal y anual ¿cuál sería, entonces, la razón por la que los trabajadores de empresas de propiedad social puedan renunciarlos?

Aun cuando no se discuta la tesis de la desaparición del antagonismo obrero-patronal, ¿acaso los trabajadores del nuevo sector de la economía no requieren la misma protección a su salubridad que los de otros sectores? ¿Es por alguna razón diferente el desgaste de su fuerza de trabajo? Nosotros entendemos que la respuesta a estas preguntas es negativa y ello nos mueve a criticar el artículo 19º del Anteproyecto. Además, debe tenerse presente que de ser incluido en la ley definitiva, podría constituir un precedente legislativo para que en el futuro se solicite la posibilidad de renuncia de derechos para los trabajadores sujetos al régimen laboral común.

4. LA POSIBILIDAD DE QUE SE REDUZCAN LAS REMUNERACIONES

Vinculado también al régimen laboral de los trabajadores de las empresas de propiedad social, el artículo 101º del Anteproyecto establece la posibilidad de que en algunos casos —esta vez sí expresamente señalados— se produzcan "cambios en las remuneraciones". Esta es otra norma que merece ser analizada y cuestionada desde el punto de vista de los trabajadores de las futuras empresas.

Así como es esencial el principio de irrenunciabilidad de derecho, una de las garantías fundamentales en beneficio del trabajador consagradas por la legislación laboral es la intangibilidad de los sueldos y salarios. Su fundamento, al igual que el del principio de irrenunciabilidad de derechos, se encuentra en las garantías sociales indispensables que tienen por objeto el garantizar ciertos mínimos (en este caso, la permanencia de la remuneración preestablecida) y en el carácter imperativo de sus normas por ser consideradas de orden público. Puede admitirse que la intangibilidad de las remuneraciones es consecuencia directa del principio de irrenunciabilidad de derechos.

Se hace innecesario repetir el fundamento doctrinal expuesto con relación al principio de irrenunciabilidad, pero no podemos dejar de referirnos a la forma como el derecho positivo del país garantiza la intangibilidad de sueldos y salarios.

Lo hace la legislación peruana al prohibir expresamente cualquier forma de reducción unilateral de remuneraciones. Solamente acepta dos excepciones: (a) cuando existe acuerdo entre el patrono y el trabajador, en cuyo caso se entiende que deba haber alguna razón que justifique la reducción (por ejemplo, la disminución de horas de trabajo); y (b) cuando el trabajador es deudor de alimentos, en cuyo caso sus remuneraciones pueden ser embargadas hasta el cincuenta por ciento como máximo (14). Pero allí no quedan las cosas, también se garantiza la percepción de remuneraciones en los casos extremos como la quiebra del negocio o la clausura temporal del centro de trabajo por comisión del delito de especulación (15). Y se llega aún más lejos: la misma garantía existe para el pago de beneficios sociales (incluidas las pensiones de jubilación que el empleador pudiera estar obligado a pagar) (16) y se cuida de que tanto las remuneraciones cuanto los beneficios sociales sean efectivamente percibidos por el trabajador al establecerse que carece de valor cancelatorio el pago que se efectúe por intermedio de apoderados, salvo que se trate del padre, cónyuge, hijos o hermanos del titular del derecho (17). Por último, la institución del salario mínimo vital manifiesta la tendencia del derecho positivo a garantizar, en cuanto sea posible, el ingreso del trabajador. (18)

Hay, en consecuencia, abundantes pruebas de la consagración de la garantía de intangibilidad de las remuneraciones en nuestro ordenamiento legal, lo cual no es sino un reflejo de su importancia.

¿Por qué, entonces, los trabajadores de las empresas de propiedad social no van a tener las mismas garantías, aun cuando la posibilidad de reducir las remuneraciones se presente únicamente para casos excepcionales? Nuevamente aquí se puede repetir la tesis de la desaparición del antagonismo obrero patronal. Pero ante la imposibilidad de entrar ahora en cuestiones más de fondo, veamos los detalles del artículo 101º del Anteproyecto.

14. Cfr. el artículo 2º, inciso d) de la Ley 8951, la Ley 9643 y el artículo 7º de la Ley 13906.
15. Cfr. El Decreto Supremo de 26 de febrero de 1960.
16. Cfr. los artículos 111º de la Ley 7566; 2º de la Ley 7607; la Ley 15485 y el Decreto Ley 18791.
17. Cfr. los artículos 2º de la Ley 6883 y 1º y 2º de la Ley 14404.
18. Cfr. la Ley 14222 y el Decreto Ley 17524.

Hay que comenzar anotando que, en esta oportunidad, el dispositivo no señala quién tiene la facultad de decidir los "cambios" o reducciones de las remuneraciones. Estipula únicamente que en algunos casos en que se produzcan situaciones de dificultad económica —que más adelante trataremos— la empresa (sin señalar quién, cuál de sus órganos) procederá a tomar dicha medida. Del texto puede desprenderse que el Comité Directivo, sin consultar con la colectividad de trabajadores, podría decidir el someter a la Junta de Administración del Fondo Nacional de Propiedad Social (19) un plan de recuperación económica que considere los ajustes que requiere la empresa para subsanar su incapacidad, pudiendo incluir dichos ajustes cambios en las remuneraciones que se venían distribuyendo.

Pero la decisión final sobre los posibles cambios de remuneraciones no se toma en el ámbito de la empresa sino que debe ser materia de resolución de la referida Junta de Administración, la cual por su parte, puede incluir "otros ajustes" que sean necesarios, "siendo su resolución obligatoria e inapelable" (Artículo 101º del Anteproyecto). Aparte de señalar cierta incongruencia con el artículo 19º que exige para la renuncia de derechos la aprobación de la Autoridad del Trabajo mientras que en el presente caso resuelve el Fondo Nacional de Propiedad Social, parecería indispensable el pronunciamiento de todos y cada uno de los trabajadores de la empresa para que proceda la reducción de remuneraciones. Asimismo, debe estipularse de manera contundente, que, bajo ninguna circunstancia, la Junta de Administración del Fondo imponga una reducción, como se desprende del texto del artículo 101º del Anteproyecto.

Ahora, ¿qué razones puede haber para que se haga necesario tomar esta medida? Solamente dos están incluidas en el artículo citado: (1) cuando la empresa se vea imposibilitada de cubrir con su excedente económico la devolución del aporte transitorio, con sus intereses, proporcionado por la COFIDE y/o el Fondo Nacional de Propiedad Social para el financiamiento de su constitución (artículos 68º y 69º del Anteproyecto); y (2) cuando la empresa se encuentre en la imposi-

19. Este organismo está integrado por tres representantes de los trabajadores elegidos por sorteo, dos delegados de la Comisión Nacional (compuesta únicamente por representantes de organismos estatales) y el gerente de COFIDE (Artículo 145º del Anteproyecto).

bilidad de continuar con la acumulación obligatoria a que se refiere el artículo 71º del Anteproyecto, ésto es, una deducción similar al monto de las devoluciones del aporte transitorio más intereses, que la empresa está obligada a mantener para integrarla a su Fondo Social.

El primer caso supone que frente a las dificultades económicas de la empresa y ante la necesidad de elegir entre (a) mantener intactas las remuneraciones de los trabajadores y sacrificar la devolución oportuna del aporte transitorio más sus intereses; o (b) la devolución del aporte transitorio a costa de la reducción de remuneraciones de los trabajadores; el Anteproyecto ha escogido esta última.

En el segundo caso, la alternativa es similar. Se trata de escoger entre estas dos posibilidades: (a) mantener intactas las remuneraciones de los trabajadores sacrificando el crecimiento de la empresa mediante la acumulación obligatoria; o (b) exigir el crecimiento de la empresa a costa de las remuneraciones de los trabajadores. También aquí, el Anteproyecto ha escogido la posibilidad de que se reduzcan las remuneraciones.

La única explicación de que se haya preferido el desconocimiento del principio de la intangibilidad de las remuneraciones podría encontrarse en la necesidad de que las empresas de propiedad social sean lo suficientemente rentables como para autofinanciarse y que no requieran de ninguna forma de subsidio de la entidad financiera del Estado (COFIDE) ni del Fondo Nacional de Propiedad Social. Pero, si bien este razonamiento resulta explicable desde un punto de vista estrictamente macroeconómico, desde la perspectiva de las garantías mínimas de los trabajadores significa el reducir el riesgo de quien otorga el aporte inicial a costa de eliminar la intangibilidad de las remuneraciones y, asimismo, priorizar el rendimiento del capital sobre la necesidad de que los servidores cuenten con un sustento mínimo garantizado. Y si lo que se buscara fuese el menor riesgo de la entidad financiera y el mayor rendimiento del capital, aun en detrimento del sustento de los trabajadores, ¿sería ésto compatible con los principios básicos de la propiedad social contenidos en los primeros artículos del Anteproyecto? ¿No se percibiría, detrás de este razonamiento, la supervivencia de la lógica del sistema capitalista que precisamente se quiere abandonar?

Cabe, finalmente, anotar que la introducción de excepciones al principio de la intangibilidad de las remuneraciones, como las establecidas en el artículo 101º del Anteproyecto, corre el peligro de constituir un precedente negativo para la posterior ampliación de dichas excepciones al régimen laboral común.

Tanto en lo que respecta a la renuncia de derechos cuanto en lo que atañe a la reducción de remuneraciones, sería deseable que la ley de propiedad social elimine las excepciones de los artículos 19º y 101º del Anteproyecto y se ciña a las garantías que consagra el ordenamiento laboral general.

5. REGIMEN DE SANCIONES DISCIPLINARIAS Y DE ESTABILIDAD EN EL TRABAJO

El capítulo III del Anteproyecto norma el régimen disciplinario, consignado el artículo 20º tres sanciones: amonestación, suspensión y separación del trabajador. Estas penas son aplicadas teniendo en cuenta la gravedad y circunstancias en que se cometió la falta, la eventual reincidencia por parte del trabajador, sus antecedentes y record personal y la posición jerárquica que ocupa en la empresa (artículos 21º del Anteproyecto). En lo que se refiere a las sanciones de amonestación y suspensión, poco o casi nada ha sido regulado por la legislación laboral común. En general, el régimen disciplinario se deja a lo estipulado en los reglamentos de trabajo o a las normas consuetudinarias de cada empresa.

Hay, creemos, un primer comentario general sobre el método de aplicación de sanciones. De acuerdo al anteproyecto, corresponde a la Gerencia General la imposición de amonestación, al Comité Directivo (20) la de suspensión y al Comité de Honor (21) —a propuesta del Comité Directivo— la de separación. No se prevé ninguna participación de los trabajadores de

20. El Comité Directivo es el máximo órgano ejecutivo de la empresa, encargado de dirigirla y cumplir y hacer cumplir sus fines sociales. Está compuesto por representantes de los trabajadores elegidos por la totalidad de miembros de la empresa. Cfr. los artículos 42º y siguientes del Anteproyecto.

21. El Comité de Honor es un organismo integrado por representantes elegidos por la totalidad de los trabajadores de la empresa de propiedad social, cuyas funciones son: decidir sobre el ingreso de nuevos trabajadores, sobre la separación de los miembros de la empresa y sobre cualquier reclamación de los trabajadores con relación a decisiones tomadas por otros órganos de la empresa. Cfr. los artículos 58 y 59 del Anteproyecto.

base en el proceso sancionador. Esto hace pensar que, en la práctica, la aplicación de medidas displinarias en las empresas de propiedad social se percibirá como una imposición "de arriba hacia abajo", sin que en este aspecto difiera de la aplicación de sanciones de las empresas del régimen laboral común.

Entendemos que, en los centros de trabajo en los cuales los medios de producción están en manos de todos los trabajadores de las empresas del sector y en los cuales el colectivo laboral detenta la facultad de administrarlos, el régimen disciplinario debe responder a un sentido participacionista. Y para ello, debería ensayarse un sistema de aplicación de justicia por los trabajadores. Se requeriría, entonces, modificar el anteproyecto en el sentido de otorgar a los trabajadores de base, o a sus delegados elegidos, un rol activo, junto con la Gerencia General y el Comité Directivo, en el proceso disciplinario. Solamente ésto evitaría que las sanciones sean apreciadas como una imposición y permitiría que, además del efecto intimidatorio que les es inherente, jueguen un papel educador para todos los trabajadores de la empresa.

De otra parte, el inciso d) del artículo 45º del Anteproyecto, añade, a las consecuencias propias de una suspensión (cuales son la pérdida de la remuneración y —en el caso en que sea aplicable— la pérdida del salario dominical), el efecto de inhabilitar al trabajador sancionado para ser elegido al Comité Directivo o al Comité de Honor de la empresa dentro del año en que la pena le fue impuesta.

A consecuencia de esta norma, la suspensión acarrea una limitación a la participación del trabajador en el manejo de su empresa. Puede parecer lógico y beneficioso que, para garantizar la mejor administración de la unidad de producción, la inhabilitación para ser elegido acompañe a la suspensión. Pero, también hay que considerar que, gracias a ello, es posible que la suspensión devenga en arma manipulatoria, a utilizarse con el único propósito de impedir el acceso de un trabajador a los órganos de gestión de la empresa.

Efectivamente, si recordamos que es el Comité Directivo, sin participación de las bases, el que está facultado para suspender y que, a consecuencia de ello, el trabajador resulta inhabilitado para postular a un cargo en dicho organismo, descubrimos que se abre una posibilidad para que los integrantes del Comité utilicen la suspensión no como medida disciplinaria, sino como impedimento contra alguien cuyo acceso al propio organismo sancionador les parezca inconveniente. Este razonamiento hace aconsejable que se revise el citado inciso d) del artículo 45º, para evitar que sus consecuencias sean instrumentalizadas en desmedro del legítimo derecho del trabajador a la participación en los órganos de gobierno de la empresa.

La separación del trabajador (sanción máxima) importa, a tenor del artículo 25º del Anteproyecto, la pérdida del trabajo y de los beneficios sociales acumulados y la pérdida de la calidad del miembro de la empresa de propiedad social. Interesan, desde el punto de vista laboral, las dos primeras consecuencias pues ello equivale al despido del trabajador en la legislación común del trabajo. (22)

Como sabemos, el Decreto Ley 18471, sobre estabilidad en el empleo, garantiza al trabajador que ha superado el período de prueba, su derecho a permanecer en el puesto, en tanto no haya incurrido en alguna de las causales taxativamente consideradas como faltas graves que autorizan al despido.

La estabilidad en el trabajo así entendida, aparece en la legislación peruana recién el 10 de noviembre de 1970 con la promulgación del citado Decreto Ley que modifica un aspecto de la Ley 4916. El régimen anterior permitía la despedida del trabajador, sin causa justificada, con un simple aviso de noventa días o, en su defecto, abonando una indemnización equivalente a tres meses de remuneraciones. (23)

El régimen vigente de estabilidad en el trabajo concede, al trabajador despedido, el derecho a elegir entre su reposición en el centro de trabajo o el pago de sus beneficios sociales acumulados, más una indemnización por la despedida injustificada y las remuneraciones devengadas desde la fecha de la expulsión hasta el día de la sentencia favorable que dicte el juez o el Tribunal del Trabajo. En el primer caso, si el servidor es repuesto se mantiene el vínculo laboral. En el segundo caso, si el despedido opta por el cobro de sus beneficios sociales, termina su relación de trabajo con el empleador. (24)

22. Cfr. el Decreto Ley 18471 y su reglamento, el Decreto Supremo 001-71-TR.
23. Cfr. el inciso a) del artículo 1º de la Ley 4916 y el artículo 28º de su Reglamento, la Resolución Suprema de 22 de junio de 1928.
24. Cfr. Art. 3º del Decreto-Ley 18471.

A pesar de las modificaciones introducidas en la legislación peruana por el Decreto Ley 18471, su reglamento (25) dejó vigente el período de prueba de tres meses, establecido por la Ley 14218, durante el cual el trabajador recién ingresado puede ser despedido, sin causa justificada, teniendo derecho a percibir una compensación por el tiempo de servicios prestados equivalente a un dozavo de su remuneración mensual por cada mes trabajado.

Sin embargo, el régimen laboral común estipula una exoneración a los tres meses de período de prueba, lo cual significa que el trabajador incluido en ella tiene las garantías de la estabilidad en el trabajo desde el primer día en que comienza a prestar sus servicios. La excepción prevista se refiere a los casos en los que el trabajador ha ingresado por concurso, examen de conocimiento o aptitud.

La exoneración se encuentra plenamente justificada si se tiene en cuenta que el propósito del período de prueba es el de conceder un tiempo prudencial durante el cual se pueden apreciar las condiciones, aptitudes y disposición del recién ingresado para realizar un trabajo permanente y garantizado en forma estable.

Ahora, si comparamos el régimen de separación del Anteproyecto con las normas sobre estabilidad del empleo de la legislación laboral común, encontraremos algunas diferencias que deben ser cuidadosamente consideradas.

Comencemos por señalar que, conforme al artículo 17º del Anteproyecto, todos los postulantes que deseen incorporarse como trabajadores en una empresa de propiedad social, deberán previamente ser examinados por la Gerencia para determinar su capacidad laboral y su adecuación a las vacantes existentes. Además de este examen (que habrá de ser similar a un examen de conocimientos o aptitud), los postulantes deben entrevistarse con el Comité de Honor de la empresa el cual, conjuntamente con el Gerente General, apreciará la identificación del trabajador con los principios que rigen la propiedad social, así como su idoneidad personal. Después de la decisión del Comité sobre el ingreso del postulante éste procederá a tomarle un juramento.

25. Cfr. el artículo 3º del Decreto Supremo 001-71-TR y la Ley 14228.

De otro lado, el artículo 18º del Anteproyecto expresamente consigna que los trabajadores de las empresas de propiedad social están sometidos al período de prueba que corresponde al régimen laboral común. Aquí está la primera diferencia: mientras que los trabajadores del régimen que hayan pasado por un examen de conocimientos, tienen la garantía de un trabajo estable desde el primer día de su servicio, los trabajadores de la propiedad social, que están obligados a someterse a un examen, a una entrevista y a prestar un juramento, tienen que esperar el vencimiento de los tres primeros meses de labor para adquir la garantía de la estabilidad.

Si la razón de la exoneración al período de prueba que establece la Ley 14228 consiste en que dicho período se hace innecesario ya que con anterioridad a la prestación del servicio se han determinado las condiciones, aptitud y disposición del trabajador, no existe ninguna razón para que en el sector de propiedad social el trabajador que es obligatoriamente examinado no se encuentre exonerado del período de prueba.

También difieren las reglas sobre separación de una empresa de propiedad social con el régimen común de estabilidad laboral, en lo que se refiere a la calificación de las conductas consideradas como causales de separación, en el primer caso, o faltas graves, en el segundo.

De la comparación entre el artículo 2º del Decreto Ley 18471 con el artículo 23º del Anteproyecto, encontramos las siguientes distinciones:

1. El Anteproyecto (numeral 3), del inciso a), del artículo 23º) considera como causal de separación las inasistencias injustificadas al trabajo durante diez días no consecutivos en un semestre. Por su parte, el inciso i) del artículo 2º del Decreto Ley 18471 consigna quince días de inasistencias injustificadas no consecutivas. Esta reducción podría verse compensada con el numeral 1), del inciso a), del artículo 23º del Anteproyecto que aumenta a cinco los días de inasistencias injustificadas consecutivas que señala el régimen común (el inciso b), del artículo 2º, del Decreto Ley 18471 considera "más de tres" inasistencias injustificadas como faltas graves).

2. El inciso b) del Artículo 23º del Anteproyecto se asemeja al inciso a) del artículo del Decreto Ley

18471, pues en ambos casos se prescribe como causal de despedida o separación el grave daño a la empresa o a otros trabajadores, causado, en forma deliberada o negligente, por un servidor. No obstante, la norma del anteproyecto omite dos elementos que establece el Decreto Ley 18471: (a) que la creación de grave riesgo para los otros trabajadores o para le empresa, aunque no se produzcan daños, está incluida como falta grave; y (b) la referencia expresa a que el daño o riesgo grave debe producirse con ocasión del cumplimiento de las obligaciones de trabajo. Esta última omisión es relevante pues, por ejemplo —siguiendo a la letra el texto actual del Anteproyecto—, las lesiones causadas por un servidor a otros, fuera del centro de trabajo, darían lugar a la separación del agresor, cuando en rigor el asunto debería ser materia exclusiva de sanción penal.

3. El inciso d) del Artículo 23º del Anteproyecto, sanciona la competencia desleal en términos similares al inciso d) del artículo 2º del Decreto Ley 18471. A pesar de ello, la provisión del Anteproyecto es más amplia pues habla en términos generales de la realización de "actividades competitivas" con la empresa de propiedad social, a diferencia de la Ley de Estabilidad en el trabajo que se refiere a "actividades idénticas a las que ejecuta el empleador". La amplitud de la cláusula "actividades competitivas" puede contribuir a la ambigüedad en su aplicación.
   Pero, más importante que lo anterior, es que la disposición del Anteproyecto que comentamos no indica que, para que las actividades competitivas que eventualmente realice el trabajador tengan la calidad de causal de separación, deben haber acarreado grave perjuicio para la empresa. Así lo estipula el inciso b) del artículo 2º del Decreto Ley 18471 y esta precisión resulta pertinente, pues las actividades idénticas, y aun similares a las de la empresa, que no le causen perjuicio no tendrían por qué ser sancionadas.

4. El inciso h) del artículo 23º del Anteproyecto recoge el contenido del inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley 18471 al penar con separación el delito contra el patrimonio en agravio de la empresa de propiedad social cometido por uno de sus miembros. Al hacer expresa mención el Anteproyecto a la necesidad de que deba tratarse de un delito contra el patrimonio resulta más claro que el texto del Decreto Ley 18471, el cual simplemente se refiere a la disposición de bienes del centro de trabajo. Y esta aclaración es provechosa pues la experiencia en la aplicación del inciso c) del artículo 2º del Decreto Ley 18471 ha permitido que, por un lado, se sancione con el despido actos nimios de disposición de bienes que presumiblemente pertenecían al centro de trabajo; y, de otro lado, ha contribuido a que se presenten contradicciones notables entre las decisiones del juez común y las de la Autoridad de Trabajo al tratar de resolver sobre los mismos hechos.
   Aparte de esto, el Anteproyecto incluye, en el inciso que comentamos, la comisión de delito con motivo del ejercicio de las funciones del trabajador como causal de separación. Esto, si bien no está expresamente señalado en la Ley de Estabilidad en el Empleo, resulta un añadido conveniente.

5. La más notable diferencia que trae el Anteproyecto al tratar la estabilidad de los trabajadores de propiedad social, está prescrita en el inciso i) del artículo 23º. Allí se considera como causal de separación la impugnación "absolutamente infundada" de un acuerdo de asamblea de trabajadores de la empresa, a consecuencia de la cual se ocasionaron perjuicios "graves" para ésta, siempre que "fuera evidente que el impugnante procedió con plena conciencia de las consecuencias". (26). Cuál es la justificación de esta causal. Hay que anotar, en primer lugar, el peligro de que se convierta en una limitación a la participación del trabajador, quien se vería limitado en su derecho de impugnación por la sola amenaza de resultar incurso en el inciso i) del artículo 23º) y, a consecuencia de ello, resultar separado de la empresa.
   Consideramos, también, que el derecho de impugnar los acuerdos de asamblea ante la Unidad Regional, está garantizado para todo trabajador asistente a ella, a condición de que haya hecho constar su desacuerdo debidamente fundamentado en el acta de la misma. También se permite la impugnación a un grupo de trabajadores inasistentes que, en número superior a diez, la plantee

26. Cfr. el artículo 41º del Anteproyecto al cual se remite el inciso i) del artículo 23º.

en forma colectiva (artículo 41º del Anteproyecto). Tengamos, además, en cuenta que la simple impugnación no produce la suspensión del acuerdo. Queda a discreción de la citada Unidad de ordenar la suspensión del acuerdo, mientras se discute y decide sobre la procedencia de la impugnación. (Artículo 41º del Anteproyecto).

Preguntémonos, ahora ¿en qué casos una impugnación puede producir perjuicios graves? Solamente en la eventualidad en que la Unidad Regional ordene que el acuerdo impugnado no surta sus efectos y, a consecuencia de ello, la empresa de propiedad social resulte perjudicada. ¿Se deriva de ésto que la causa del daño fue la impugnación? No, pues la suspensión de un acuerdo es ordenada por la Unidad Regional. Este organismo, por su parte, tiene oportunidad de prever los perjuicios que puede acarrear la suspensión de un acuerdo y está en condiciones de evitar el posible daño si no hace uso de su facultad de ordenarla. ¿Cuál es la razón de sancionar al impugnante si el ejercicio de su derecho no es la causa de los daños producidos? ¿Por qué la responsabilidad por los perjuicios que ocasiona una suspensión que el trabajador no puede decidir ni controlar son sanciones con la separación?

Todo ésto nos hace pensar que la causal del inciso i) del artículo 23º del Anteproyecto es exagerada y carente de fundamento. No seríamos tan enfáticos si la impugnación de un acuerdo produjese automáticamente suspensión, pero tampoco coincidiríamos con incluirla como causal de separación del trabajador, puesto que —como ya advertimos— ésto puede limitar el derecho de impugnación por la simple amenaza de perder el empleo y la calidad de miembro de una empresa de propiedad social.

Por lo demás, no bastan las continuas referencias que hace el Anteproyecto a la absoluta falta de fundamento de la impugnación o a la evidencia de que el trabajador procedió con plena conciencia de las consecuencias de su acto, para evitar las exageraciones a que se puede llegar en la aplicación de esta norma. En definitiva, siempre va a depender del sentido como se interpreten estas cláusulas legales para saber los efectos que se generan y, por la vía de la interpretación, el último párrafo del artículo 41º del Anteproyecto constituye una amenaza demasiado grande al libre ejercicio del derecho de discrepancia. A ésto contribuye el que, a diferencia de otros casos, la separación por esta causal sea impuesta directamente por un organismo externo a la empresa: La Unidad Regional.

En el régimen laboral común el trabajador despedido es separado del centro de trabajo desde el momento en que su empleador lo hace responsable por comisión de alguna falta grave. No obstante, luego de producida la separación, el despedido tiene la facultad de recurrir a la Autoridad del Trabajo para solicitar su reposición en el empleo.

En el Anteproyecto de Decreto Ley de la Propiedad Social, no se hace referencia al derecho de reposición. La explicación de este silencio puede encontrarse en que, a diferencia de los casos de despedida del régimen común, la separación no se produce desde el momento en que se incurrió en la causal sino cuando el Comité de Honor la aplique a propuesta del Comité Directivo.

Solamente cabría la posibilidad de reingreso si la Unidad Regional, en apelación, revoca la decisión del Comité de Honor de la empresa (Artículo 22º del Anteproyecto). (Queda exceptuado, como hemos visto, el caso de impugnación infundada en el que la separación es impuesta directamente por la Unidad Regional).

De otro lado, en el régimen común la apreciación de los hechos, evaluación de las pruebas y la decisión final corresponden a la Autoridad del Trabajo (si se pide la reposición) o al Fuero Privativo de Trabajo (si se elige por la terminación de la relación de trabajo y el cobro de beneficios sociales e indemnizaciones por despido injustificado). En ambos casos la decisión emana de entidades ajenas a la empresa. No es así en el sector de propiedad social. Aquí, de acuerdo al Anteproyecto, decide en primera instancia un organismo interno de la empresa: Comité de Honor. Solamente en los casos de apelación interviene la Unidad Regional.

Se entiende esta diferencia pues en la empresa de propiedad social, la separación significa, además de la pérdida del empleo, la pérdida de la calidad y los derechos de miembro. Cabría, solamente, reclamar para la imposición de la sanción una mayor participación de los trabajadores de base y, en atención a la

gravedad de la medida, considerar si no sería indispensable exigir el acuerdo de la asamblea para su aplicación.

Una vez impuesta la separación del trabajador, solamente le quedaría recurrir al Fuero Privativo de Trabajo para solicitar lo que el artículo 25º del Anteproyecto llama "los eventuales derechos derivados de su relación con la empresa". No hay pues intervención de la Autoridad de Trabajo para decidir o revisar la aplicación de la sanción. ¿Cuáles pueden ser esos "eventuales derechos" a que se refiere el artículo 25º? No se trata del reclamo de beneficios sociales pues éstos se pierden con la separación. Solamente puede tratarse de peticiones de derechos adquiridos durante el servicio que hayan quedado pendientes, como: reintegros de remuneraciones insolutas, horas extras impagas, reclamaciones por vacaciones no gozadas, etc.

Es necesario, a propósito de este comentario, cuestionar el fundamento de la pérdida de beneficios sociales que acompaña al despido en el régimen común y que el artículo 25º del Anteproyecto consagra como consecuencia de la separación. ¿No es ésto, en ambos casos, una medida injustificada y extrema? ¿No es suficiente, particularmente en las condiciones de subdesarrollo de nuestro país (27), la sanción de perder un empleo estable?

Los beneficios sociales no son otra cosa que remuneraciones diferidas que se entregan al trabajador al momento en que termina el vínculo laboral con la empresa, salvo eventuales adelantos que pueden hacerse efectivos durante el cumplimiento de servicios. Las empresas (del régimen laboral común o del sector de propiedad social) hacen anualmente la correspondiente reserva para cumplir en el futuro con la obligación de entregar estar parte de la remuneración de los trabajadores que se va acumulando. Las reservas se van incrementando con la riqueza generada por el esfuerzo del trabajador y, contable y conceptualmente, constituyen un rubro del pasivo cuyo destino final son los trabajadores.

¿Existe alguna razón para que una empresa, de cualquier naturaleza, que ha hecho las reservas correspondientes se vea beneficiada al apropiarse de una cantidad que en todo momento estuvo considerada como una deuda cuyo acreedor sería un obrero, un empleado o un miembro de una empresa de propiedad social? ¿La pérdida de beneficios sociales, no constituye una modalidad de lucro para la empresa a costa del trabajador que con su esfuerzo acumuló una parte de sus remuneraciones? ¿Resulta justificado que la comisión de falta grave o de causal de separación dé lugar a este tipo de lucro? En todo caso, ¿no es posible hacer distinciones entre las conductas señaladas por la ley que dan lugar al despido o a la separación, de forma que solamente algunas (por ejemplo el delito contra el patrimonio en perjuicio de la empresa) den lugar a la pérdida de todo o parte de los beneficios sociales?

Creemos que en este punto no solamente debe reformarse el Anteproyecto sino, también, el régimen laboral común.

Y para terminar con la estabilidad laboral, el anteproyecto no contiene ninguna provisión sobre las posibles reducciones de personal que se hagan necesarias en las empresas de propiedad social. Habría que entender que en estas ocasiones se aplica el procedimiento común en el cual, previa solicitud fundamentada de la empresa e informe evacuado por el Ministerio del Sector, la Autoridad del Trabajo permite la reducción de personal. (28)

6. REGIMEN DE SINDICALIZACION

Desde el momento que el Anteproyecto no se incluye ninguna limitación al derecho de libre asociación

27. Cfr. el volumen de la XI Conferencia Anual de Ejecutivos Cade '72, *La Ocupación: factor prioritario para el desarrollo económico,* IPAE, Lima, 1972, que incluye un discurso del Ministro de Trabajo en el cual da como datos para 1971: un 4.4% de desempleo abierto y un 28% de la Población Económicamente Activa, como déficit total de desempleo (desempleo abierto más subempleo); asimismo señala que con el cumplimiento del Plan Nacional de Desarrollo se prevé una reducción de esta cifra al 18% de la Población Económicamente Activa en 1975 (p. 27). Un cuadro del Instituto Nacional de Planificación (p. 171) consigna un 46% de subempleo en 1970 y un déficit de empleo equivalente del 28.5% en ese mismo año. También, en el cuadro Nº 31 (p. 178) se indica que la meta de la política de empleo para el quinquenio señalada por dicho Instituto, es reducir el déficit de empleo equivalente al 16.8% en 1975.
Para una visión global de los serios problemas de empleo, véase *Situación Ocupacional del Perú* (Informe 1971), Ministerio de Trabajo, Dirección General del Empleo.

28. Cfr. el artículo 5º del Decreto Ley 18471.

profesional se puede concluir que, al remitirnos el artículo 19º de la legislación común, los trabajadores de las empresas de propiedad social tienen la facultad de organizarse en sindicatos (29). Sin embargo, más allá del texto escueto de las normas surge una pregunta: ¿Qué sentido tienen las organizaciones sindicales en este tipo de empresas?

En declaraciones públicas de los miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Decreto Ley de Propiedad Social, varias veces se ha tratado este punto. La opinión ha sido: no se prohíbe la existencia de sindicatos pero no se encuentra cuál sería su razón de ser en este tipo de empresas. (30)

Quizá si se restringe el papel de un sindicato exclusivamente a sus reivindicaciones inmediatas y se considera que su única función es la lucha por el incremento de salarios y la mejora de condiciones de trabajo, se puede considerar que su existencia es innecesaria en la empresa de propiedad social. Pero, si el rol del sindicato se entiende en un sentido más amplio, como organización de clase e instrumento de defensa de los intereses no sólo económicos del trabajador, encontraremos que sí tiene razón de ser y, desde ese punto de vista, habría que felicitarse que el Anteproyecto no haya variado el régimen común de sindicalización.

El sindicato de la empresa de propiedad social tendría las siguientes funciones que cumplir:

a. Como instrumento de defensa de los intereses de los trabajadores, el sindicato cumple el papel de fiscalizador del cumplimiento de las disposiciones de la legislación del trabajo, de las reglas del ordenamiento legal de propiedad social, de los acuerdos emanados de la asamblea y de los convenios, pactos y costumbres que tengan vigencia en el centro de trabajo. Aunque parezca un desempeño similar al que corresponde a los sindicatos en las empresas de otros sectores, repárese que estamos hablando del papel de fiscalizador del cumplimiento de normas, más que de la tarea de revisión y mejoramiento de ellas que es tradicionalmente preponderante en las organizaciones sindicales.

b. Como organismo representativo de los trabajadores de base, tendría la misión de proteger y defender al trabajador individual frente al desconocimiento o limitación de sus derechos por parte de la administración. El Anteproyecto no establece ningún mecanismo para suplir este rol propio del sindicato;

c. Asimismo, el sindicato puede convertirse en la mejor arma para garantizar una efectiva participación en la gestión empresarial y un eficaz control de la base a los representantes encargados de la administración. El burocratismo y la usurpación de poderes podrán ser combatidos como parte del trabajo sindical;

d. Como organizaciones autónomas de clase, los sindicatos serán la forma de establecer las relaciones al interior del sector entre los trabajadores de las empresas de propiedad social y la vinculación de los trabajadores del sector con los de los demás de los otros sectores, justamente para hacer efectiva la solidaridad que el esquema de propiedad social privilegia como uno de sus principios básicos; y

e. Al igual que en el régimen común, cumplirían también la función de contribuir al desarrollo social, cultural, profesional y técnico de sus miembros, dentro de una política independiente de capacitación que responda a los intereses comunes de los trabajadores.

Otros países que han implementado fórmulas de participación de los trabajadores en el manejo empresarial como la del Anteproyecto, admiten la existencia del sindicato y reconocen su utilidad. (31).

29. Las normas fundamentales sobre el régimen de sindicalización en el Perú son: Los convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, aprobados por las Resoluciones Legislativas 13281 y 14712 respectivamente; y el Decreto Supremo de 3 de mayo de 1962 reglamentario del Convenio 87.

30. Cfr. las declaraciones del General Arturo Valdéz Palacios (Presidente de la Comisión Redactora) en el diario "El Comercio" de 6 de setiembre de 1973 y la entrevista a los miembros de la Comisión en la revista "Caretas", Nº 483 de 4-18- de setiembre de 1973.

31. Una discusión interesante y reciente sobre este punto se encuentra en *Yugoslav Workers' Selfmanagement*, edited by M. J. Broekmeyer, Dordrecht, Holand, 1970. Véase: Vidakovic, Zoran, *The Function of the Trade Unions in the process of establishing the structure of the Yugoslav Society on a basis of workers Selfmanagement* (p. 41) y Hugenholtz, P. H., *The task of the trade unions in a system of Workers' Selfmanagement (Comment on Vidakovic's paper)* (p. 61).

Por lo demás, la inexistencia real de los sindicatos no depende exclusivamente de las autorizaciones, prohibiciones o limitaciones que imponga la ley. La experiencia histórica demuestra que la vigencia de la asociación profesional se manifiesta indispensable y está por encima del reconocimiento legal, pues la fuerza de los trabajadores organizados en muchos casos hace ésto secundario para el funcionamiento del sindicato.

De otro lado, tampoco puede considerarse que la nueva organización empresarial elimine todos los conflictos y enfrentamientos que ordinariamente ocurren en los centros de trabajo del régimen común. Ante esta realidad, es concebible que los trabajadores encuentren en el sindicado la respuesta propia a la defensa de su posición en los eventuales casos de conflicto. (32)

Por estas consideraciones, reiteremos nuestro pronunciamiento favorable al Anteproyecto desde que mantiene el régimen general de asociación profesional, pero seríamos partidarios de su reconocimiento expreso.

32. Cfr. BURT, W. J., *La Participación de los Trabajadores en la Gestión Empresarial en Yugoslavia*, en Boletín del Instituto Internacional de Estudios Laborales, Nº 9, año 1972, p. 187 en la que trata sobre los conflictos en la experiencia yugoslava.

Fernando de Trazegnies G.

¿EXISTE LA PROPIEDAD SOCIAL?

I

Desde hace algún tiempo, el lenguaje jurídico y el lenguaje político peruanos se han enriquecido con un nuevo término: la "propiedad social". Sin embargo, no hay consenso sobre lo que significa esta expresión y tanto los juristas como los políticos pretenden examinar la naturaleza de esta nueva institución. En consecuencia, parece oportuno apersonarse en el debate y tomar parte en el juego de definir la propiedad social. Para ello, la perspectiva de este artículo será fundamentalmente jurídica. Sin embargo, mis propias convicciones sobre lo que es el Derecho me llevan a evitar una separación demasiado cuidadosa entre Derecho y Política; o, cuando menos, me obligan a explicitar las condiciones en que se produce tal separación y a analizar las relaciones que surgen entre estas perspectivas, después de que han sido previamente aisladas ... por razones también de política.

En términos generales, aparentemente todo el mundo acepta que se está hablando de una forma de "propiedad", es decir, de un derecho real. Las diferencias de opiniones estriban en que algunos sostienen que se trata de una nueva institución —la propiedad de la sociedad— que no es asimilable a ninguno de los tipos anteriores. En cambio, quienes no pueden liberarse de las categorías conceptuales impuestas por la tradición, tienden a negar la especificidad de la propiedad social para clasificarla como: (a) propiedad del grupo de trabajadores de la empresa; (b) propiedad del Sector de Empresas de Propiedad Social; o (c) propiedad estatal.

La expresión "propiedad social" ha sido utilizada en el Perú por un Anteproyecto de Ley (setiembre 1973) que en su artículo 3º define a esta forma de propiedad por el hecho de que "corresponde al conjunto de trabajadores que laboran en las Empresas de Propiedad Social, sin que a ninguno de ellos le correspondan derechos de propiedad individual" y por el hecho de que "al generar nuevas unidades económicas de la misma naturaleza, beneficia a la Sociedad". Esta definición es, a todas luces, pobre y, como veremos después, inexacta. En la Introducción del mismo Anteproyecto de Ley se precisa que no se trata de una forma especial de propiedad privada, de un grupo de trabajadores por más numeroso que sea; ni tampoco es una forma especial de propiedad estatal. Más bien, se afirma, la propiedad corresponde a la sociedad como un todo y los trabajadores se limitan a usarla. En consecuencia, mientras que el articulado del anteproyecto se inclina por la tesis de la propiedad del Sector —al menos en su aspecto declarativo— la Introducción que presenta dicho articulado opta por la tesis más novedosa de la propiedad de la sociedad.

Sin embargo, la expresión "propiedad social" no es indudablemente autóctona; ha sido utilizada en otros países y, en particular, las democracias socialistas la han usado con sentidos diversos. En la U. R. S. S., propiedad social es fundamentalmente la propiedad estatal (1). Kolesov nos dice: "La diferencia radical de la propiedad socialista respecto de las normas precedentes de propiedad consiste en que es una propiedad social, colectiva" (2). Pero agrega: "La forma rectora de propiedad en la economía de los países

1. A pesar de que, cuando todos los bienes se encuentran bajo el control del Estado y no existe título oponible alguno, nos resulta difícil hablar de "propiedad". Si nadie más puede ser propietario, la propiedad estatal exclusiva se desvanece o se disuelve en categorías jurídicas diferentes.

2. KOLESOV, N.—"La propiedad social sobre los medios de producción en la U. R. S. S.". Ediciones en Lenguas Extranjeras, Moscú, 1961, p. 63.

de democracia popular la constituye la propiedad socialista del Estado" (3). "En la U.R.S.S. y las democracias populares, la propiedad del Estado no sólo constituye la forma dominante y rectora de la propiedad socialista, sino que también es la forma más desarrollada, la forma superior de la propiedad socialista. Es patrimonio de todo pueblo..." (4). Y aclara que no debe contraponerse propiedad social y propiedad estatal pues durante la dictadura del proletariado, en la que el aparato estatal debe sobrevivir, el Estado es el órgano que representa y organiza la sociedad (5). Más interesante para nuestra búsqueda de la naturaleza de la propiedad social es la experiencia yugoslava. En ella, la "propiedad social" adquiere una mayor especificidad: se organiza bajo los principios de la autogestión, lo que significa que los trabajadores de la empresa partcipan en el establecimiento de las relaciones de trabajo y en la gestión de la empresa, así como en el reparto de los beneficios (6). Se sostiene que la "propiedad social" no pertenece a ningún grupo ni al Estado sino que corresponde a la sociedad encarnada por los cuerpos representativos del pueblo trabajador (organismos políticos) y por los productores representados por sus organizaciones económicas autónomas (7). Sin embargo, una parte de los juristas yugoslavos consideran que aun así se trata de propiedad del Estado; Rastovcan, por ejemplo, afirma que desde el punto de vista jurídico la sociedad no puede estar representada sino por el Estado, de manera que propiedad de la sociedad es propiedad del Estado (8). En cambio, otra parte de la doctrina yugoeslava, representada sobre todo por los juristas Finzgar y Kidric, creen que no carece de sentido hablar de propiedad de la sociedad (9).

En el otro extremo del espectro, las tendencias democristianas —que fueron las primeras que propugnaron en nuestro medio este tipo de organizaciones, bajo el nombre de "empresas comunitarias"— prefieren asignar la propiedad al grupo de trabajadores que labora en la empresa. Dentro de este orden de ideas, la empresa de propiedad social no diferiría de la empresa privada sino en el hecho de que se encuentra integrada exclusivamente por trabajadores. Sin embargo, una empresa de esta naturaleza es difícil de organizarse y es más difícil aún que conserve su carácter, si se quiere mantenerla como propiedad efectiva del grupo: o se otorga al trabajador una verdadera propiedad sobre su parte en la empresa y éste puede venderla a quien no es trabajador o transferirla **mortis-causa,** con lo que pronto la empresa cuenta nuevamente con trabajadores de un lado y dueños del capital del otro; o se niega al trabajador todo derecho de disposición sobre su cuota-parte y se condicionan los derechos de gestión y utilidades al tiempo que dura la prestación de servicios, con lo que la propiedad del trabajador se esfuma y nos encontramos en algunas de las otras posiciones antes reseñadas.

Mi tesis es que la empresa de propiedad social no es nueva forma de propiedad sino un nuevo tipo de persona jurídica. En consecuencia, las categorías de la propiedad no se aplican a las relaciones existentes entre los diversos elementos en torno a los cuales se estructura la empresa —trabajadores, Sector, Estado— sino únicamente a las relaciones entre la empresa como persona jurídica y los bienes de su activo. Dentro de este orden de ideas, no tiene sentido preguntarse de quién es la Empresa de Propiedad Social y menos aún contestar que es del Estado, del Sector o de los trabajadores. En otras palabras, considero que la llamada "propiedad social" no es propiedad; y lo demostraré a continuación.

II

Ante todo, se hace necesario definir lo que entendemos por "propiedad". Solamente después de que nos encontremos de acuerdo sobre este parámetro, podremos juzgar la propiedad social en función de tal definición y saber si encuadra dentro de ella o no.

Sin embargo, la definición de la propiedad implica una distinción previa de carácter técnico que no se realiza habitualmente y cuya falta genera gran parte de la confusión que existe sobre esta materia. La

3. Ibid. p. 65.
4. Ibid. p. 66.
5. Ibid. p. 67.
6. DJORDJEVICH, Jovan.—"Yugoeslavia, democracia socialista". Fondo de Cultura Económica. México, 1961, p. 61.
7. Ibid. p. 65.
8. FERRETJANS, Jean-Pierre.—"Essai sur la notion de propriété sociale. De la propriété privée a *la* propriété collective: L'expérience yugoeslave de socialisation de l'agriculture". Libraire Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1963, pp. 203-205.
9. Ibid. pp. 208-212.

propiedad puede ser entendida a dos niveles: en sentido sociológico y en sentido jurídico. Y estos dos sentidos constituyen instrumentos conceptuales netamente diferenciados, que no puedn intercambiarse y que arrojan consecuencias para el análisis marcadamente distintas.

En sentido sociológico, la propiedad es un **hecho** social configurado por la forma como un hombre o un grupo de hombres se apropia de ciertos bienes para los efectos de su utilizaclón, sea como medios de producción, sea como artículos de consumo. Nos encontramos, pues, ante una situación fáctica y no ante una construcción jurídica. No importa la forma jurídica empleada; de lo que se trata es de saber quiénes efectivamente controlan el bien. Poco interesa si los "dueños" de los medios de producción se han organizado bajo la forma de una sociedad mercantil de responsabilidad limitada, bajo la forma de una sociedad anónima o si poseen el bien en condominio; todo este revestimiento jurídico es considerado irrelevante y se tiende a develar las verdaderas unidades de poder encubiertas por las formas jurídicas. Dentro de este orden de ideas, puede llegarse a la conclusión de que la sociedad anónima es una mera ficción y los "dueños" de los medios de producción son en realidad personas naturales que aportaron el capital y que pertenecen a una determinada clase "propietaria"; pero puede también concluirse en otros casos que "los dueños" (siempre en sentido sociológico) son quizá un grupo de altos ejecutivos que dominan una masa de pequeños accionistas dispersos y poco informados. Por consiguiente, en sentido sociológico los "dueños" no son aquellas personas naturales o "morales" que tienen un derecho de propiedad (en sentido jurídico) sobre los bienes, sino aquellos que efectivamente detentan los bienes y los usan a su arbitrio.

Desde el punto de vista jurídico, la propiedad es una relación particular de **derechos y obligaciones** basada en la vinculación entre un "sujeto" de derecho y un objeto o bien. Para estos efectos, entendemos por "sujeto" un centro de imputación normativa, es decir, una unidad jurídica (cuyo origen puede ser biológico, como en el caso de la persona natural, o técnico, en el caso de la persona "moral") que es capaz de ejercitar derechos y de asumir obligaciones. Entendemos por objeto, fundamentalmente una cosa corporal que puede ser mueble o inmueble. Planiol y Ripert señalan que no es adecuado hablar de "propiedad" del empleo o "propiedad" de la cátedra; en estos casos, se trata más bien del conjunto de garantías que la ley otorga al empleado o al profesor y no de un derecho de propiedad técnicamente hablando (10). Y Colin y Capitant afirman que la palabra "propiedad" sólo puede ser utilizada metafóricamente para hablar de propiedad del empleo, propiedad industrial, propiedad intelectual, etc., tratándose en estos casos de una extensión abusiva del término (11). De otro lado, la relación entre este sujeto y este objeto no es simple en la propiedad; no consiste en un solo derecho sino en un conjunto de derechos y obligaciones que constituyen una "situación jurídica".

Ahora bien, esta relación sujeto-objeto tiene características particulares que son constitutivas de la esencia de la propiedad. En primer lugar, esta relación confiere siempre al titular del derecho las facultades de usar de la cosa, percibir sus frutos y disponer de ella, según la definición del Derecho romano ya hecha clásica: **Jus utendi, jus fruendi et jus abutendi.** De estas facultades, el **jus abutendi** o derecho de disposición es el más importante. Jorge Eugenio Castañeda nos dice que la nota esencial del dominio es la de conceder a su titular el derecho de disponer de una cosa; esto lo diferencia de los demás derechos reales. Y agrega, siguiendo una extensa doctrina, que la propiedad es el más amplio poder de disposición que tenemos sobre un bien (12). Por eso, la jurisprudencia francesa ha considerado que, a pesar de todas las restricciones que pueda tener el derecho de propiedad en la época actual, no es posible establecer convencionalmente una inalienabilidad absoluta y perpetua: la libre disposición de los bienes es un atributo esencial de la propiedad. Incluso, basta que la inalienabilidad haya sido pactada simplemente por mucho tiempo, para que la cláusula contractual que la establece se considere nula porque atenta contra el derecho de propiedad (13). Dentro de esa

10. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.—"Traité Pratique de Droit Civil Français", III, Nº 215.
11. COLIN, A. y CAPITANT H.—"Cours Elémentaire de Droit Civil Français", 10a. ed., Paris, 1942, Nº 883.
12. CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.—"Instituciones de Derecho Civil. Los Derechos Reales", Lima, 1958, T. I. Nº 168.
13. PLANIOL, M. y RIPERT, Georges.—Op. cit., III, Nº 224.

misma línea, el artículo 852 de nuestro Código Civil no permite que se establezcan prohibiciones de enajenar, salvo en los casos expresamente contemplados por la ley; y éstos últimos son indudablemente excepciones (comunidades de indígenas, fundaciones, hogar de familia) que, por el mismo hecho de la excepción, escapan en cierta forma a la noción del derecho de propiedad. Es interesante destacar cómo, dado que la noción de propiedad que he venido delineando ha sido creada y responde a las necesidades de una sociedad específica que se rige por los principios del mercado, las excepciones referidas se encuentran ubicadas en las áreas marginales de tal economía de mercado y son en la práctica de escaso uso.

Otras características esenciales de la propiedad son las de ser un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo. El calificativo de absoluto no se aplica obviamente a su uso, que actualmente se encuentra muy relativizado (el artículo 34 de la Constitución del Estado prescribe que la propiedad debe usarse en armonía con el interés social). Derecho absoluto significa aquí que es oponible a todo el mundo, en la medida que cualquier otra persona tiene la obligación de respetarlo; se diferencia así de los derechos relativos que sólo generan obligación en determinadas personas, como el derecho del acreedor que tiene como contrapartida la obligación de un deudor específico. Derecho exclusivo significa que el titular y solamente el titular tiene derecho a ejercer los atributos de la propiedad: nadie que no sea el propietario —o quien tenga autorización de éste— puede disponer de la propiedad. Finalmente, derecho perpetuo quiere decir que la propiedad no se encuentra sometida a plazo. Evidentemente, la perpetuidad no implica que un solo propietario sea el titular del derecho sin que lo pueda transferir nunca; la perpetuidad no está referida a la persona del propietario sino al derecho mismo, al hecho que la posibilidad de que exista un derecho de propiedad sobre tal bien —cualquiera que sea la persona del propietario— no esté limitada por plazo alguno.

A estas características cabría agregar la independencia del derecho de propiedad respecto de todo otro derecho: su existencia misma no está subordinada o vinculada a nada, sino que existe autónomamente. La propiedad feudal —si cabe llamarla propiedad— está ligada a ciertos derechos políticos o a determinados **status** sociales que la condicionan o la limitan. Como una supervivencia de esa noción de propiedad, en el Perú han existido hasta mediados del siglo pasado los mayorazgos, las capellanías de familia y otras vinculaciones laicales que las ideas liberales fueron paulatinamente haciendo desaparecer. La propiedad moderna no admite esta existencia subordinada. Dentro de una sociedad de mercado, los bienes tienen fundamentalmente el carácter de mercancías: tienen que ser fácilmente intercambiables. Por esta razón, la propiedad pasa a ser un derecho de disposición puro, de manera que nada restrinja la circulación de los bienes económicos.

¿Qué se entiende por propiedad social? En un cierto sentido, toda propiedad es social. En primer lugar, porque la aparente relación sujeto-objeto esconde siempre una relación sujeto activo (titular)-sujetos pasivos (los demás integrantes de la sociedad), con referencia a un objeto determinado. En efecto, decir que una persona es propietaria de un objeto no es describir simplemente una relación entre esa persona y ese objeto; esencialmente, es indicar que existe una relación entre esa persona y las demás personas que están obligadas a rspetar esa propiedad. Al punto que no tendría sentido hablar de un "derecho de propiedad" si no existieran otras personas que podrían objetar tal apropiación y que sin embargo están obligadas a respetarla. Robinson Crusoe no puede decirse que tenía un "derecho" de propiedad sobre las tierras y demás bienes de su isla; se encontraba en una situación **de facto** que no requería reconocimiento social —es decir, garantía jurídica— en vista de que no existía sociedad. Por consiguiente, todo derecho es social, en la medida que la noción de Derecho supone el reconocimiento social de ciertas facultades. En segundo lugar, toda propiedad es social porque, como ya se ha dicho antes, su uso debe realizarse en armonía con el interés social. En la actualidad, ya no se concibe un uso indiscriminado y arbitrario de la propiedad que desconoce las exigencias de la sociedad y que pueda llegar hasta el abuso. Pero indudablemente no es este significado genérico del adjetivo "social" que quiere ser manifestado en la expresión "propiedad social". De lo que se trata no es de señalar que el derecho se realiza en el interior de una sociedad ni que el uso debe tener en cuenta a dicha sociedad; muy precisamente, lo que se pretende es encontrar un nuevo tipo de propiedad en la que el sujeto activo o titular del derecho es la sociedad entera. Examinaremos si esto se cumple en la Empresa de Propiedad Social.

III

Preguntémonos, en primer lugar, cuáles son los bienes que pueden ser objeto de propiedad social. La respuesta es obvia: como en cualquier empresa, los bienes de su propiedad serán todos aquellos que conforman su activo, es decir, su local, sus maquinarias, su dinero, sus productos, etc. La Empresa de Propiedad Social dispone, entonces, de un activo constituído de acuerdo a los fines para los que ha sido organizada.

¿A quién pertenecen tales bienes? En otras palabras, ¿quién es el sujeto activo o titular del derecho sobre los bienes del activo? Desde el punto de vista jurídico, no cabe sino una respuesta: el titular o propietario es la empresa misma en tanto que persona jurídica. Los bienes han sido adquiridos por la empresa y sólo ella puede aprovecharlos, usarlos y eventualmente enajenarlos. Los socios o integrantes de la empresa no tienen derecho alguno sobre el activo.

Ahora bien, hasta este punto, la Empresa de Propiedad Social no se diferencia de cualquier otro tipo de empresa y no encontramos todavía justificación para el adjetivo "social". En efecto, tomemos como ejemplo el caso de la sociedad anónima. Los bienes que utiliza para llevar a cabo sus actividades económicas no pertenecen a los socios sino a la sociedad anónima. Esta tiene personalidad jurídica, lo que equivale a decir que es capaz de tomar decisiones propias y que éstas pueden incluso ser contrarias a la voluntad de los socios individualmente considerados; consecuentemente, la sociedad anónima es la titular del derecho de propiedad sobre su activo. Es así como la adquisición de tales bienes supone una transferencia de propiedad en su favor; y esta transferencia puede que sea realizada por uno de los socios mismos cuando, por medio de un contrato de compra-venta, de un aporte o de otra figura similar, enajena su propiedad en favor de la persona jurídica denominada sociedad anónima. De la misma manera, la sociedad puede enajenar sus bienes en favor de terceros o de sus propios socios —venta o reducción de capital— existiendo también en estos casos una verdadera transferencia de dominio. Lo que demuestra que la sociedad anónima es quien ejerce efectivamente los derechos inherentes a la propiedad con relación a los bienes de su activo. En la Empresa de Propiedad Social la situación es la misma, aunque el control externo de los actos de esta persona jurídica sea mayor que en el caso de la sociedad anónima. La Asamblea puede autorizar la venta de los activos fijos (art. 32, inc. c., del Anteproyecto). Y el Comité Directivo puede vender los demás activos (art. 51, inc. a). Esto significa que la Empresa, a través de sus órganos competentes, ejerce los atributos de la propiedad y, en especial, el derecho de disposición.

Puede objetarse este planteamiento afirmando que la Empresa de Propiedad Social no es verdaderamente la propietaria de sus bienes por cuanto necesita una autorización de la Unidad Regional para perfeccionar la enajenación (art. 32, **in fine**). Además, el uso de tales bienes se encuentra seriamente limitado porque estas empresas está obligadas a integrarse en unidades superiores (art. 132) y a concertar y coordinar su acción (art. 133), de manera que su actividad —que implica el uso de sus bienes— se decide en conjunto y no por cada empresa separadamente. Eso significaría que tanto el derecho de disposición como el de administración se encuentra en el Sector; y el artículo 99 hace partícipe al Sector en las utilidades de la empresa, es decir, le asigna también un derecho a percibir los frutos. Esta interpretación que atribuye la propiedad al Sector se vería confirmada expresamente por el propio texto del Anteproyecto que en su artículo 3º, antes citado, señala que la propiedad corresponde al conjunto de trabajadores que laboran en todo el Sector; y que es precisamente este hecho el que le confiere su carácter social.

Sin embargo, las cosas no son lo que dicen sus etiquetas sino lo que su verdadera naturaleza establece; y, en el presente caso, cuando hablamos de naturaleza queremos referirnos a su naturaleza jurídica. Desde tal perspectiva, los artículos mencionados no son suficientes para atribuir la propiedad del activo de cada empresa al Sector; y la declaración del artículo 3º implica un error de concepto. En efecto, nada de lo dicho hacer perder a la Empresa de Propiedad Social el **jus utendi,** el **jus fruendi** o el **jus abutendi;** y, a su vez, nada de lo dicho confiere estos derechos a las Unidades Regionales o a la Comisión Nacional de la Propiedad Social, que son los órganos de gobierno del Sector y a quienes correspondería su ejercicio si la propiedad fuera de todos los trabajadores que integran dicho Sector. Por consiguiente, de un lado, el derecho de propiedad de la empresa no se encuentra afectado y, de otro lado,

no encontramos nada semejante al derecho de propiedad en poder del Sector.

En primer lugar, la necesidad de una autorización para la venta del activo implica una limitación al derecho de propiedad pero no atenta contra su existencia. Dentro del mundo actual, muchos bienes de particulares requieren que su venta sea autorizada por alguna dependencia del Estado; y, sin embargo, nadie duda que continúan siendo de propiedad privada. Es perfectamente conocido que las leyes sectoriales exigen que ciertos actos de las empresas que tienen repercusiones en la vida económica nacional sean previamente aprobados. Este es el caso, de los aportes —adquisición de propiedad— y de las reducciones de capital —enajenación de propiedad— en el Sector Industrias (arts. 169 y 212 del Reglamento del Decreto-Ley 18350). Y los ejemplos nacionales y extranjeros podrían multiplicarse. A pesar de ello, nadie ha sostenido que el establecimiento de tales requisitos legales ha significado una transferencia de los activos que eran propiedad de las empresas a la propiedad del Estado a partir de la dación de la Ley de Industrias. Y la razón para que no se haya formulado tan exótica interpretación estriba en que, tanto en esos casos como en la Empresa de Propiedad Social, el derecho de disposición continúa siendo exclusivo de la empresa. Es decir, solamente la empresa propietaria —sea una sociedad anónima o una Empresa de Propiedad Social— puede decidir la venta de los bienes de su activo; ella conserva la iniciativa y el Estado o la Unidad Regional se limitan a autorizar la decisión. Así el derecho de disponer de la propiedad —o capacidad de decidir la enajenación— sigue siendo exclusivo de la empresa propietaria. Por la misma razón, no puede decirse que el Estado o el Sector, según el caso, tengan derecho de disposición alguno pues de ninguna manera pueden decidir la enajenación del activo. Nada en el Anteproyecto de Ley confiere esta facultad a la Unidad Regional o a la Comisión Nacional; estas entidades sólo actúan como controladoras del ejercicio del derecho de propiedad de las empresas, pero no como sujetos del derecho de propiedad.

Más seria parece la objeción con relación al derecho de uso, inherente al derecho de propiedad. Es exacto que el Anteproyecto obliga a las empresas a agruparse en unidades mayores; respecto de este punto, no existe la libertad de asociación que constituye un correlato lógico de la propiedad privada individualista. Por otra parte, el Anteproyecto no ha precisado la naturaleza de la coordinación y concierto exigidos en el interior de la unidad superior, ni tampoco la forma cómo se programará la producción a nivel regional o nacional (arts. 134 y 142). Incluso, el artículo 134, segundo párrafo, prescribe el intercambio de tecnología entre las diferentes empresas, es decir, la circulación dentro del Sector de ciertos bienes que también constituyen parte del activo de la empresa; pero no se aclara si este intercambio se realizará mediante acuerdos mercantiles entre las empresas (lo que ratificaría el derecho de propiedad de cada empresa sobre la tecnología adquirida o generada por ella misma) o si se realizará obligatoriamente y libre de todo pago (lo que nos llevaría a pensar que, al menos respecto de la tecnología, nos encontramos ante una situación diferente a la del derecho de propiedad). Empero, a pesar de lo dicho, el Anteproyecto no parece suponer una planificación centralizada o la supresión de la economía de mercado ni siquiera en el interior del Sector de Propiedad Social. Por el contrario, las facultades que antes hemos mencionado con relación a la venta de su activo fijo y las facultades aún más amplias con relación a la venta de sus productos, permiten inferir que se conserva siempre la independencia de cada empresa; de manera que las vinculaciones entre ellas, o con las empresas privadas o estatales, tienen que realizarse generalmente mediante acuerdos libres. Por esta razón, el artículo 30 establece en su inciso (a) que compete a la Asamblea de cada empresa la aprobación de las políticas, planes y programas de su actividad; y el inciso (b) del mismo artículo asigna igualmente a la Asamblea la función de aprobar o desaprobar la gestión social. En su actividad cotidiana, la Empresa de Propiedad Social es administrada, como cualquier otra empresa, por sus órganos ejecutivos: el Comité Directivo y la Gerencia (arts. 42, 51, 53 y 55). De lo que se deduce que el uso de los bienes del activo está determinado por estos órganos de gobierno de la empresa. La coordinación y concierto no puede llegar al grado que anule esta capacidad de la empresa de administrar su propio patrimonio. En esta forma, el **jus utendi** existe siempre, aunque se encuentre sujeto también a limitaciones severas.

Finalmente, el **jus fruendi** no parece haber sido afectado. Cuando el artículo 4º declara que la acumulación social —que en el artículo 1º se ha seña-

lado como característica de esta nueva empresa— es el proceso mediante el cual se incorpora al patrimonio de la empresa o al del Sector el excedente resultante, no se está planteando a nivel jurídico ninguna forma revolucionaria ni nueva de percepción de los frutos. Explicaré este punto. Para los efectos de la tesis que estoy tratando de demostrar en el sentido que el activo de estas empresas pertenece a las personas jurídicas que las constituyen, es preciso verificar si los frutos —o utilidades o excedentes— de la propiedad del activo son apropiados por las propias empresas. Ahora bien, no cabe duda que la ley no priva a las empresas de los resultados de su actividad productiva, es decir, de sus productos; las Empresas de Propiedad Social hacen suyos los productos al igual que cualquier otra empresa. No se los entregan al Estado, ni al Sector; son los frutos de su propiedad y disponen de ellos en la forma más conveniente a sus intereses. La venta de estos frutos origina a su vez un excedente, luego de deducido el costo de producción; este excedente constituye, por así decirlo, el "fruto neto" que resulta de la utilización económica de la propiedad de su activo. Sin entrar en los tecnicismos de las diferentes clases de excedentes, lo importante es señalar que este excedente también es apropiado por la empresa que lo ha generado. Parte de dicho excedente contribuirá a formar capital y se incorporará al patrimonio de la empresa, como lo declara la primera frase del artículo 4º. Pero esto no cambia la situación ni convierte en social esta acumulación; por el contrario, también como en cualquier empresa, la persona jurídica que la encarna —en su calidad de titular del derecho de propiedad del activo y, consecuentemente, dueña de sus frutos— hace suyo dichos "frutos" y les da el uso que considera oportuno: los reinvierte o los reparte. De otro lado, la segunda frase del artículo 4º antes citado declara que la acumulación es social porque parte del excedente se incorpora en el patrimonio del Sector. Esta afirmación se refiere a lo dispuesto en el artículo 99, según el cual las Empresas de Propiedad Social deben transferir anualmente el 10% del excedente —calculado de manera que los aumentos salariales no puedan reducirlo— al Fondo Nacional de Propiedad Social. Sin embargo, esta obligación no altera el **jus fruendi** de la empresa: nadie discute el derecho de la empresa de hacer suyos los frutos; simplemente se le exige una contribución adicional para el Sector. Esta contribución tiene una naturaleza semejante a la del impuesto; y no es posible pensar que la aplicación de impuestos sobre la propiedad o sobre sus frutos constituye una supresión del derecho del propietario a la percepción de los mismos.

De toda la discusión que antecede se desprende que los bienes del activo de una Empresa de Propiedad Social pertenecen a esa empresa en tanto que persona jurídica. Por consiguiente, **desde el punto de vista jurídico** no hemos encontrado hasta aquí nada esencialmente diferente de la propiedad que ya conocíamos, nada que justifique jurídicamente el calificativo de "social". Esta justificación habría podido encontrarse, por ejemplo, en el hecho de que el activo no perteneciera a cada empresa sino al Sector o al Estado o a la comuna política u otra organización "social" similar; es decir, que los derechos de disposición, administración y goce hubieran sido conferidos a un sujeto "social". Esto no ha sucedido así y no lo vemos posible dentro de los términos de una economía de mercado. Parece irrefutable que, en la medida que la sociedad se organice a través de unidades independientes y que éstas se relacionen entre sí de manera más o menos voluntaria, las instituciones jurídicas de la propiedad privada y el contrato no pueden desaparecer ni serán alteradas en sus características esenciales. Indudablemente, su ejercicio estará sujeto a muy severas limitaciones, paralelas a las limitaciones a los principios del mercado que existan al nivel de la organización económica; pero en tanto subsista el mercado, subsistirán igualmente dichas instituciones. Distinto será el caso si la propiedad social se concibe dentro de una organización socioeconómica nacional que ha instaurado un régimen de planificación de la producción y en el que los productos se reparten por un procedimiento diferente al de la economía monetaria de mercado. En esta última hipótesis, difícilmente podría hablarse de propiedad cuando el sujeto o titular de la misma sería uno solo por definición —el Estado, la sociedad— y su título no sería oponible a nadie pues ninguna otra persona natural o jurídica podría pretender el mismo derecho; y cuando las facultades inherentes al derecho de propiedad se encuentran difuminadas por distintos organismos sociales.

Debe advertirse que el razonamiento que hemos seguido hasta ahora se basa en que las personas jurídicas sean consideradas sujetos de derecho al igual que las personas naturales. Por ese motivo, son sus-

ceptibles de tener derechos de propiedad; y el derecho de propiedad de una persona jurídica respecto de su activo es indiscutible y excluye todo derecho similar de los socios o de terceros sobre los mismos bienes. Sin embargo, si negamos esta premisa y sostenemos que solamente las personas naturales son auténticos sujetos de derecho, la conclusión de nuestro análisis puede ser sustancialmente diferente.

IV

Hemos afirmado que el titular del derecho de propiedad —el propietario— de los bienes del activo de una Empresa de Propiedad Social es la misma empresa como persona jurídica. Esta afirmación puede ser negada desde dos puntos de vista distintos: el jurídico y el sociológico. Los examinaremos separadamente.

Desde el punto de vista jurídico, la negación de la personalidad de los entes jurídicos conlleva negar también que sean estos entes los sujetos en quienes reside el derecho de propiedad; ésto nos obliga a buscar en las personas naturales que los integran al titular del derecho de propiedad. Si las personas jurídicas no existen como tales, los verdaderos propietarios de los bienes de su activo son sus socios; hará falta, entonces, determinar los mecanismos jurídicos en virtud de los cuales estos socios son propietarios de tales bienes. Dentro de este orden de ideas, creo que uno de los autores más agudos y consecuentes es Planiol, quien sostiene que no existen "personas" jurídicas y que éstas no son sino propiedades colectivas que se esconden detrás de la ficción de la personalidad moral pero que subsisten hasta nuestros días como una forma encubierta de propiedad que es paralela a la propiedad individual (14). Sin embargo, en una obra posterior escrita conjuntamente con Georges Ripert, Planiol reconoce que esta teoría es muy discutida, sin dejar de manifestar su simpatía por ella (15).

En mi opinión, Planiol está profundamente equivocado en su apreciación. Y esta equivocación obedece al hecho de haber confundido el plano jurídico con el plano sociológico. En primer lugar, creo que uno de los mayores sofismas que se encuentra muy en boga en la teoría jurídica contemporánea es el de sostener que todo bien sólo puede pertenecer a personas naturales y que toda persona jurídica debe a su vez resolverse en personas naturales, porque son éstas últimas las únicas que tienen existencia real. No cabe duda que, desde el punto de vista **biológico,** las personas naturales son las únicas que existen; pero la biología no es sino una perspectiva de la realidad. Paralelamente a ella, existen además realidades de otros órdenes, entre las que encontramos las **realidades técnicas** o jurídicas. La persona jurídica es una realidad, pero es una realidad técnica. Evidentemente que en última instancia, serán las personas naturales las beneficiarias de todo el aparato técnico, las que administrarán el patrimonio del ente técnico y las que constituyen dicho ente. Pero eso no contradice el hecho de que el ente denominado persona jurídica existe como tal y que su existencia genera consecuencias jurídicas insoslayables. Biológicamente hablando, la constitución de la persona jurídica, su administración y los beneficios directos o indirectos que se deriven de su existencia, corresponderá a hombres, a seres humanos; no son ángeles, ni animales ni marcianos quienes desempeñarán esas funciones. Pero eso no quiere decir que, jurídicamente hablando, la persona jurídica sea una mera ficción ya que tal afirmación implicaría privilegiar sin justificación alguna la realidad biológica sobre la realidad jurídica. E incluso desde el punto de vista sociológico, podría sostenerse que esa doctrina constituye una expresión más del individualismo que reduce la sociedad y los grupos sociales a la suma de las personas naturales que los constituyen, dejando de lado el espíritu y los fines del grupo en tanto que tal.

Por otra parte, la opinión de Planiol se enfrenta con toda la doctrina del Derecho Civil y del Derecho Mercantil. La noción de propiedad colectiva a la que alude es ininteligible dentro del contexto de nuestra concepción actual del Derecho. La única forma de propiedad colectiva que conocemos es el condominio o propiedad indivisa. Y, sin embargo, esta figura jurídica no se aplica a las formas asociativas que implica la noción de persona jurídica. Los socios no son condóminos respecto del patrimonio de la sociedad. No existe un derecho real que vincule al socio con dicho patrimonio; el derecho real existe, como ya lo hemos dicho, entre la sociedad

14. PLANIOL, Marcel.—"Traité Elementaire de Droit Civil", I, Nos. 3016 y ss. y Nº 3046.
15. PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges.—"Traité Pratique de Droit Civil Français", I, Nº 68.

misma y su patrimonio. Según manifiestan Colin y Capitant, los partidarios de la idea de la propiedad colectiva para disolver la persona jurídica en personas naturales dan fórmulas vagas e imprecisas de esta propiedad porque "nada se parece menos a la propiedad propiamente dicha que el derecho (si hay alguno) de los miembros de una agrupación personificada sobre los bienes de ésta" (16). El socio de una sociedad anónima no tiene derecho alguno sobre el patrimonio social en tanto que la sociedad exista. Todo lo que le corresponde es un derecho de participar en los órganos de administración de la sociedad y en los beneficios de la empresa. Pero éstos son derechos personales de naturaleza fundamentalmente distinta a la del derecho de propiedad. La relación del socio con la sociedad anónima no está determinada por una presunta condición de copropietario de los bienes sociales sino por su calidad de accionista; la relación jurídica que lo vincula con los demás socios no es la de propiedad sino la de sociedad. Indudablemente, el socio es propietario de su acción. Pero esta acción es un título autónomo, jurídicamente distinto de los bienes de la sociedad, aunque económicamente su valor depende de ellos. El socio no es un propietario en común o condómino de los bienes de la sociedad sino que es un propietario individual de un bien diferente constituido por la acción. Esta acción la puede vender, puede percibir sus frutos y hacer cuanto le parezca con ella dentro de los límites establecidos por la ley; en cambio, no tiene poder alguno sobre los bienes sociales que solamente corresponden a la sociedad. No se trata, pues, de una indivisión, sino que los bienes de la sociedad constituyen un patrimonio distinto sobre el cual los socios no tienen ningún derecho exclusivo. Resulta evidente que si los socios fueran individual o colectivamente acreedores o deudores de terceros, nadie querría entrar en sociedad; y jurídicamente no lo son desde el momento en que la sociedad tiene su responsabilidad limitada. Asimismo, si cada integrante pudiera pedir la indivisión, pesaría todo el tiempo un peligro de muerte sobre la sociedad (17). Por consiguiente, carece de sentido jurídico preguntarse quién es el dueño "natural" de los bienes de la persona jurídica pues éstos, sean de una sociedad anónima o de una Empresa de Propiedad Social, carecen de dueño "natural" o individual.

16. COLIN, A. y CAPITANT, H.—Op. cit. Nº 819.
17. Ibid. Nº 819.

Esta situación aparece muy clara cuando aplicamos el análisis a las fundaciones o a las Empresas de Propiedad Social, aunque es aplicable a toda forma asociativa que cree una nueva persona jurídica. Una sociedad anónima emite títulos que dan origen a un derecho de propiedad de los socios; es verdad que éstos no son propietarios de los bienes del activo, pero al menos disponen de algo de lo que son dueños: la acción. En cambio, una fundación o una Empresa de Propiedad Social no dan lugar a derecho de propiedad alguno sobre nada para sus integrantes. Planiol y Ripert, al desarrollar la teoría de la propiedad colectiva, atribuyen el carácter de sujeto del derecho de propiedad en las fundaciones a "la colectividad de sus beneficiarios, que a menudo es la colectividad de los ciudadanos de la nación entera" (18). Pero Colin y Capitant acotan con agudeza que en los casos de fundaciones no es claro a quién puede pertenecer la propiedad colectiva, "a menos que se la atribuya a los pobres socorridos, a los enfermos curados, lo que sería una evidente confusión de ideas" (19). Creo que tanto Planiol y Ripert como Colin y Capitant han visto exactamente el problema y sus planteamientos no son incompatibles si distinguimos los planos: la propiedad de la fundación pertenece a la sociedad entera, como afirman los primeros; pero esto supone una confusión de ideas, como dicen los segundos, porque aquí se está usando el concepto de propiedad ya no en sentido jurídico sino en sentido sociológico.

La Empresa de Propiedad Social se asemeja en muchos aspectos a la fundación. Es una persona jurídica y, por tanto, los bienes de su activo le corresponden a ella misma en propiedad. Nadie tiene derecho alguno sobre un título que represente una parte del capital: los bienes constituyen una unidad económica a la que se le ha asignado un fin y que es administrada —y también usufructuada, en el caso de las Empresas de Propiedad Social— por quienes en cada momento integran la persona jurídica. El "derecho de propiedad social" —si se otorga este apelativo al derecho de los integrantes de la empresa a participar en su gestión y beneficios— no puede adquirirse por ninguno de los medios legales de adquisición de la propiedad: no cabe comprarlo, ni ven-

18. PLANIOL, M. y RIPERT, G.—Op. cit., I, Nº 68, nota 1.
19. COLIN, A. y CAPITANT, R.—Op. cit., Nº 819.

derlo, no se puede llegar a ser integrante de la Empresa de Propiedad Social por prescripción. Cuando el socio de la Empresa de Propiedad Social —que sólo puede ser el trabajador de la misma— se retira, no le corresponde nada en compensación por su "propiedad"; a lo sumo, tiene una jubilación mejorada (arts. 123 a 131). Y, finalmente, cuando una Empresa de Propiedad Social se disuelve, los saldos de su liquidación no se distribuyen entre sus integrantes sino que pasan a formar parte del Fondo Nacional de Propiedad Social (art. 113, inc. e); en la misma forma como cuando una fundación se disuelve, sus bienes se transfieren a instituciones de fines análogos (arts. 68 y 69 del Código Civil).

V

La existencia de la persona jurídica como instancia titular de derechos puede ser negada también adoptando el punto de vista sociológico. En este caso, aun admitiéndose la realidad técnica de la persona jurídica y aceptando las consecuencias que de ella se derivan, se intenta descubrir más allá de las formas jurídicas a las personas o al grupo que detentan efectivamente los bienes puestos al servicio de una actividad económica determinada a través de la Empresa de Propiedad Social.

Evidentemente, el análisis sociológico sólo puede ser un análisis empírico: habrá que ver dentro de la experiencia concreta **quién ejerce** el poder de decisión permanente y exclusivo; puede ser el Estado debido a la magnitud de su intervención, o quizá las Unidades Regionales detrás de las cuales habrá que investigar a su vez los intereses que se ocultan, o el grupo de trabajadores que laboran en la empresa. Ahora bien, aun cuando la respuesta concreta depende de la investigación empírica, podemos decir **quién debería ejercer** esta "propiedad sociológica" dentro de los lineamientos de la idea de la propiedad social. Y, desde esta perspectiva, la respuesta también es clara. Luego de negada como hipótesis la existencia legal de la persona jurídica, nos encontramos que la "propiedad" no le corresponde tampoco al grupo de trabajadores, ni al Sector, ni al Estado. En realidad, no le corresponde a nadie. No existe una persona o personas físicas en quienes se reúnan todos los atributos de la propiedad, una vez que hemos suprimido la intermediación de la persona jurídica. Y como propiedad de nadie es propiedad de todos, podríamos decir que es en este sentido que cabe hablar de propiedad "social"; aun cuando quizá sería más propio reconocer simplemente que en este caso la categoría de la propiedad ha sido desbordada y las relaciones sobre el uso de esos bienes deben interpretarse con la ayuda de esquemas teóricos totalmente diferentes a la propiedad. En esta forma, habríamos encontrado a este nivel una diferencia radical con la sociedad anónima y otras formas empresariales en las que, puesta de lado la persona jurídica, nos encontramos que estamos frente a verdaderas propiedades colectivas (sociológicamente hablando).

La propiedad social no corresponde al grupo de trabajadores que en un determinado momento prestan servicios para una empresa porque éstos carecen de dos de las características esenciales de la propiedad: la perpetuidad del derecho y la autonomía del mismo. Los trabajadores ejercen los derechos de gestión, percepción de frutos y disposición de los bienes; con todas las limitaciones, evidentemente, que ya hemos señalado y que recortan su derecho pero que no alteran su esencia. Pero estos derechos no son permanentes ni autónomos pues dependen de su condición de trabajador. En la propiedad social, los derechos mencionados no se ejercen por el hecho de que el titular es dueño de una parte del capital (es decir, en su condición de propietario), sino que son meros elementos derivados de una relación personal previa (la condición de trabajador). Se infringe así el principio de autonomía: la cosas no se poseen "como propietarios" sino como trabajadores. Y lo que es más grave: esta condición de trabajador no es permanente; dura lo que dura la prestación de servicios. Por consiguiente, los derechos de gestión, percepción de frutos y disposición son igualmente temporales, mientras que la propiedad se define como el ejercicio de derechos sin plazo. Aún más, cuando la sociedad anónima se disuelve, el accionista —que podría ser considerado dueño desde el punto de vista sociológico por cuanto que su derecho es autónomo de toda otra relación y se basa en el hecho de poseer exclusivamente como propietario— recibe una parte del haber social; en esta forma, su derecho de propiedad sociológico se perpetúa aún después de que ha desaparecido la persona jurídica. En cambio, el integrante de una Empresa de Propiedad Social no tiene nunca derecho a parte alguna

del capital y, cuando se retira o cuando la sociedad se disuelve, no recibe nada.

La propiedad social no corresponde tampoco al Sector ni al Estado porque éstos, como se ha dicho antes, no tienen derecho de disposición ni de administración alguno sobre los bienes sociales. Todo su papel se limita a controlar o a aprobar el ejercicio de estos derechos por los integrantes de la empresa, como lo hace normalmente el Estado en muchos aspectos de la vida de una persona jurídica de Derecho Privado (sociedad, asociación, fundación). La iniciativa —el derecho de disposición, propiamente— queda en manos de los trabajadores de cada empresa, los que, según se ha explicado, tampoco pueden ser considerados como dueños por este solo hecho. Además, si hemos negado como hipótesis la existencia de la persona jurídica llamada Empresa de Propiedad Social para los efectos de conocer qué personas naturales y qué intereses controlan efectivamente esos bienes, debemos hacer lo mismo con todos los demás entes jurídicos. De manera que si queremos ser consecuentes con esos planteamientos, hay que reducir también el Estado a las personas e intereses que efectivamente lo controlan en un momento histórico determinado. De esta manera, de nada nos serviría hablar de propiedad estatal pues, para emitir un juicio de valor sobre ella y para saber estrictamente lo que representa, haría falta preguntarse a quién sirve dicho Estado; solamente así sabríamos en forma más precisa quién es el verdadero "dueño" de las Empresas de Propiedad Social.

Por consiguiente, de todo lo expuesto aparece que si negamos la existencia de la persona jurídica que es titular directa del derecho de propiedad social sobre los bienes de una Empresa de Propiedad Social, nos encontramos que no hay entonces otro "dueño" de tales bienes. El conjunto de facultades que constituye la propiedad se encuentra desarticulado y difundidas sus partes entre los distintos componentes del sistema de Propiedad Social; y algunas de las características esenciales de la propiedad —como la perpetuidad del derecho— han desaparecido por completo. La única instancia sociológica que parece gozar de un derecho permanente sobre esos bienes es la sociedad en su conjunto; es en ese sentido que se dice que propiedad social es la propiedad de la sociedad. Sin embargo, estamos muy lejos del concepto clásico de propiedad, al punto que podríamos abandonar el término para designar esta nueva situación; esto evitaría incluso muchas confusiones. Podría así declararse simplemente que, independientemente del sentido que hemos mencionado relativo a la persona jurídica que funge de propietaria, estas empresas no están organizadas en torno al derecho de propiedad. Las categorías de propiedad privada o estatal no son aplicables a esta forma de organizar la producción económica. En realidad, las Empresas de Propiedad Social serían únicamente unidades económicas, compuestas por un conjunto de bienes necesarios para realizar una determinada actividad productiva, que la sociedad coloca a disposición de quienes en cada momento los hacen funcionar, es decir, a disposición de sus trabajadores; evidentemente, dentro de ciertas condiciones. Este planteamiento que niega la ubicuidad del derecho de propiedad puede desconcertar a quienes están acostumbrados a encontrar una relación de propiedad debajo de cada relación social en el uso de los bienes; a estas personas les repugna la idea de bienes sin dueño. Sin embargo, ya hemos señalado que en el terreno técnico del Derecho, la desvinculación entre la propiedad y el uso efectivo de los bienes comienza con el desarrollo de las formas asociativas de empresa y, en particular, de la sociedad anónima; la empresa constituida sobre la idea del "propietario natural" clásico queda relegada a la empresa unipersonal con muchas características todavía de la producción artesanal, pero la figura de ese "propietario" clásico está ausente de la moderna empresa capitalista.

Ante estas nuevas tendencias organizativas se hacen necesarias nuevas categorías que expliquen mejor la naturaleza de las relaciones efectivas. En este sentido, es posible que la teoría de la Institución de Hauriou sustituya con ventaja a la explicación mediante la idea de propiedad. La Empresa de Propiedad Social es una "institución" típica, en el sentido de Hauriou: es un patrimonio afectado a un fin, y nada más; categoría que, por otra parte, no es nueva en nuestro ambiente jurídico pues la recoge ya el artículo 64 de nuestro código Civil de 1936 para definir a las fundaciones.

VI

Desde ya anticipamos una objeción a todo el planteamiento que antecede: el concepto de propiedad

que se ha usado como parámetro para determinar que la propiedad social no es propiedad, es demasiado restringido. Dentro de este orden de ideas puede decírsenos que a lo largo del presente trabajo la propiedad ha sido definida con categorías liberales; hemos entendido bajo esa denominación solamente la propiedad privada clásica. A partir de ese punto de vista, fácil es demostrar que la propiedad social no encaja dentro de tal concepto; y, como esta institución ha sido limitada a esa propiedad liberal, parecería que la propiedad social no es propiedad en absoluto. En otras palabras, la objeción puede plantearse en los siguientes términos: (a) la propiedad privada clásica no es "la" propiedad; por consiguiente, (b) el hecho que la propiedad social no sea propiedad privada clásica no significa que no sea propiedad en absoluto; (c) la tarea actual debe ser redefinir la noción de propiedad a fin de que permita incluir sus formas socialistas, entre las que se encontraría la propiedad social.

Existe indudablemente dentro de nuestra formación una tendencia a absolutizar los conceptos y a definir metafísicamente las instituciones jurídicas y sociales, a fin de encontrar una universalidad y permanencia que constituye la expresión de un cierto anhelo recóndito de estabilidad y seguridad. Es así como se pretende encontrar una definición de Derecho que pueda abarcar todos los fenómenos sociales normativos de la humanidad, desde el "Derecho" de las tribus de la Polinesia hasta el Derecho de las grandes Corporaciones Multinacionales capitalistas, desde las leyes de Manú y el Código de Hammurabi hasta la sofisticada legislación tributaria moderna; o descubrir preceptos "jurídicos" universales, tales como "no matar", "dar a cada uno lo suyo" **(suum cuique tribuere),** "respetar las promesas" **(pacta sunt servanda),** etc. Dentro de esta misma línea, juristas de todas las ideologías han perseguido una noción de propiedad que sea suficientemente abarcante como para comprender todas las formas que la humanidad ha desarrollado de apropiación de los bienes naturales. Hay ciertas formas de apropiación que han resistido siempre a ser categorizadas como propiedad; este es el caso, por ejemplo, del aprovechamiento del aire que se respira. Sin embargo, a fuerza de adelgazar el concepto se ha logrado por algunos autores definir la propiedad de manera que comprenda tanto el derecho del pescador primitivo sobre el producto de la pesca como el derecho del accionista sobre su acción, el derecho del Estado sobre los medios de producción en los países socialistas como el derecho del inventor sobre su invento en los países capitalistas.

Es notable que incluso algunos autores marxistas, de ordinario tan celosos del enfoque histórico, han caído en la misma tentación bajo formas sutiles. El más destacado de ellos, Karl Renner (20), cree que la noción jurídica de propiedad es relativamente inmutable, al igual que otras instituciones jurídicas fundamentales; lo único que cambia es su uso social. Renner piensa que la sociedad usa las instituciones legales como el constructor usa los ladrillos: puede hacer con ellas muchas cosas, como una casa, un edificio, etc.; pero los tipos de ladrillos con los que cuenta son limitados y estos tipos son siempre los mismos. En el fondo, la posición de Renner refleja una herencia kantiana que distingue entre forma y contenido, entre categoría e historia; herencia que se traduce en un positivismo jurídico, de corte marxista pero siempre positivismo. Las instituciones jurídicas se le aparecen como marcos vacíos, como puras formas, independientes de su sustrato económico-social, que son llenadas con diferentes contenidos; la historia sólo tiene lugar a nivel de estos contenidos.

Creo que este tipo de nociones cuya universalidad se ha conquistado a base de despojar a los términos de sus contenidos concretos, no son aceptables. En muchos casos, tales conceptos globales tienen una función decididamente ideológica pues ocultan la verdadera naturaleza de las relaciones entre los hombres; en los mejores casos, son nociones perfectamente inútiles. Las cosas son lo que son sus formas concretas. Y la búsqueda de lo universal no agrega nada al conocimiento humano cuando para lograrla se paga el precio de perder la riqueza y la complejidad de lo real al punto que el concepto se convierte en una fórmula vacía: el ser y la nada se tocan, cuando para definir el ser necesitamos suprimir todas las determinaciones de la realidad. De poco nos sirve la regla aparentemente universal que prescribe "no matar", cuando no se precisan las condiciones de aplicación de la pena de muerte, el sentido de la legítima defensa y el derecho a la guerra. De nada nos sirve aceptar que hay que "dar a cada uno lo suyo" cuando la definición de "lo suyo" puede dar origen a sistemas y a derechos radicalmente

20. RENNER, Karl.—"The Institutions of Private Law and their Social Functions", 1945.

diferentes. Afirmar que el Derecho es el "orden normativo que regula las conductas externas de los hombres" no nos ayuda en lo menor para entender las diferencias —realmente sustanciales— entre la legalidad liberal-capitalista y la legalidad socialista. Este tipo de esfuerzos teóricos equivale a pretender encontrar una definición de "vehículo" que pueda aplicarse por igual a la cuadriga romana y a un Alfa Romeo, al kayak esquimal y a una nave espacial; indudablemente que todo ello caería en la categoría de vehículos, pero esa noción general nos serviría de poco para entender lo que verdaderamente es el Apollo XIV. Y si un ingeniero mecánico consagrara su formación a aprender ese tipo de conceptos universales, difícilmente podría reparar el motor de su automóvil.

Lamentablemente, muchos abogados somos proclives a esa perspectiva a-científica. Y es así como construímos conceptos universales de los que nos sentimos muy orgullosos, pero que son inutilizables y que en la práctica profesional se sustituyen por un enfoque marcadamente positivista que proporciona nociones muy específicas de cada institución a través de una análisis minucioso del orden jurídico vigente. En el presente trabajo hemos tratado de evitar la utilización de una idea de propiedad que constituya un lugar común hueco, sin especificidad alguna. Por eso, hemos definido la propiedad en los términos de la propiedad liberal clásica adoptándola como patrón de referencia porque constituye el centro de nuestra experiencia histórica: la "propiedad" de épocas históricas anteriores recibe tal apelativo sólo como prefiguración de la propiedad liberal; y la "propiedad" que se presenta como alternativa a la propiedad liberal es considerada propiedad sólo por extensión de ésta. Dentro de este orden de ideas, resulta justificable que aquellas formas de apropiación social de los bienes que se alejan suficientemente de la propiedad liberal clásica, no sean llamadas propiedad.

VII

Como conclusión de este análisis podemos afirmar que la propiedad social no existe; o, más precisamente, que no es propiedad.

Desde el punto de vista jurídico, de lo que se trata es de crear una nueva forma de organización empresarial, una nueva persona jurídica con características originales que modifican algunos conceptos del Derecho de Personas. Pero no se está creando ninguna forma nueva de propiedad, no hay novedad alguna en materia de Derechos Reales. La nueva persona jurídica denominada Empresa de Propiedad Social —que hubiera sido posible denominar más simplemente, aunque con menor fuerza evocativa, "Empresa Social"— es propietaria de sus bienes en la misma forma como las demás personas jurídicas ya conocidas por el Derecho vigente; las limitaciones que específicamente la afectan, no alteran la sustancia de su derecho de propiedad.

Si nos olvidamos de la existencia de una persona independiente y nos preguntamos simplemente por el hecho social de la apropiación de los bienes, tampoco podemos encontrar aquí una propiedad de los trabajadores, del Sector o del Estado. La situación es más bien parecida a la de la fundación, que no tiene dueño sino que es un patrimonio afectado a un fin determinado y admministrado por ciertas personas. A lo sumo, podríamos hablar de una propiedad de la sociedad; de ahí la expresión —sociológica y no jurídica— de "propiedad social". Pero esta propiedad de la sociedad difiere a tal punto de la idea clásica de propiedad que mejor sería abandonar el concepto a fin de evitar confusiones; y estas confusiones son manifiestas en la discusión pública producida en torno al Anteproyecto de Ley.

Para los efectos de tomar posición frente al Anteproyecto de Ley, parecería metodológicamente más adecuado discutir directamente la naturaleza de los derechos de cada una de las partes involucradas en la organización de la Empresa de Propiedad Social y la justificación social de las limitaciones que se establecen, sin intentar encajar estos derechos y obligaciones dentro de estructuras conceptuales prefabricadas como la idea de propiedad. En todo caso, las relaciones de propiedad en torno a la Empresa de Propiedad Social podrían estar mejor expresadas si se sustituyera la actual redacción del artículo 3º del Anteproyecto, por otra del tenor siguiente:

> "*Artículo 3º.*—La propiedad es social por cuanto que es un patrimonio de la sociedad afectado a los fines de la presente ley.
>
> Los derechos jurídicos de propiedad sobre los bienes del activo de las Empresas de Propiedad Social los ejerce cada empresa como persona ju-

rídica independiente, dentro de las limitaciones que esta ley establece".

A partir de ahí, podríamos olvidarnos del problema de la propiedad y debatir más útilmente sobre si la Empresa de Propiedad Social asegura una mayor o menor participación de los trabajadores en la gestión y utilidades que la empresa privada, si el interés de la sociedad en aumentar las oportunidades de empleo puede cumplirse a través de esta nueva forma de organización empresarial, si el principio de solidaridad y la justicia distributiva son realizables en el interior de una economía de mercado, y otros temas similares. En cambio, la discusión sobre si la Empresa de Propiedad Social es propiedad de los trabajadores, del Sector o del Estado es tan estéril como las discusiones medievales sobre el sexo de los ángeles.

Lima, octubre de 1973.

REVISTA DE REVISTAS

Journal of Maritime Law and Commerce, Jefferson Law Book Company, 728 National Press Building, Washington, D. C. 20004, Estados Unidos de América.

Esta revista que aparece cuatro veces al año, será de gran interés para todas aquellas personas vinculadas al Derecho Comercial Marítimo, al Derecho del Transporte, al Derecho del Comercio Internacional y al Derecho del Mar. Muchas revistas dedicadas a asuntos marítimos incluyen sólo ocasionalmente estudios jurídicos y aún las revistas especializadas en temas legales dan cabida a artículos sobre los temas antes mencionados con muy poca regularidad. El **Journal of Maritime Law and Commerce** está, por el contrario, íntegra y exclusivamente dedicado a estos temas. Incluye en cada uno de sus números artículos sobre temas sustantivos, comentarios jurisprudenciales, análisis de legislación internacional y doméstica, recensiones bibliográficas y, cuando ello es posible, textos de convenciones y otros documentos.

La sola participación en ella del Profesor David M. Sassoon en calidad de editor es una garantía de su seriedad. El Profesor Sassoon es un conocido especialista en asuntos de Derecho Marítimo y autor de diversas obras, entre las que destaca **C. i. f. & F. o. b Contracts,** que forma parte de la importante colección British Shipping Laws publicada por Stevens & Sons de Inglaterra. Entre sus colaboradores regulares se encuentran distinguidos académicos de diversas nacionalidades.

The Journal of Business Law, Stevens & Sons Ltd., 11 New Fetter Lane, Londres, Inglaterra.

La revista es editada por el Profesor Clive M. Schmitthoff, quien es una de las más grandes autoridades en materia de Derecho del Comercio Internacional, el mismo que en calidad de asesor de las Naciones Unidas jugó un importante papel en la creación de UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law). Schmitthoff es profesor principal de Derecho en The City of London College.

Al igual que en el caso de la revista comentada más arriba, entre sus colaboradores figuran connotados especialistas de diversos países. **The Journal of Business Law** es publicada cuatro veces al año. Sus artículos están preferentemente dedicados a analizar los más recientes desarrollos de temas como Comercio Exterior, Seguros, Transporte Marítimo y Aéreo, Arbitraje, Inversiones, Patentes y Marcas de Fábrica, Mercado Común Europeo, entre otros. Trae también comentarios sobre decisiones judiciales de importancia y notas bibliográficas. Ella puede ser considerada, sin lugar a dudas, como la mejor de su género y será un valioso elemento de consulta para todos aquellos estudiosos de los temas mencionados. Esta publicación se encarga también de ir actualizando periódicamente —mediante notas breves— la conocida obra de Clive M. Schmitthoff **The Export Trade, The Law and Practice of International Trade,** Stevens & Sons Ltd., Londres. Tanto esta obra como la revista que es objeto de este comentario, se encuentran en la biblioteca del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Alfredo Ostoja L. A.

La Dimensión Jurídica de la Integración; INTAL-BID, Impresora Sur S. A., Buenos Aires, Argentina.

El Intituto para la Integración de América Latina ha desarrollado durante los últimos años una intensa labor relacionada con los aspectos jurídicos e institucionales del proceso de integración económica de Latinoamérica. Ahora, con la publicación de este volumen, INTAL recoge los artículos más relevantes que sobre la materia han aparecido en diversas ediciones de su Revista de Derecho de la Integración. El conjunto de trabajos preparados por renombrados juristas se encuentra dividido en tres partes.

La primera parte está dedicada al derecho de la ALALC y en ella encontramos interesantes capítulos sobre la flexibilidad del Tratado de Montevideo, la cláusula de la nación más favorecida, el principio de la reciprocidad y la repartición de competencias y poderes entre la

ALALC y los Estados Miembros. La segunda parte nos presenta valiosos trabajos sobre el derecho del Grupo Andino: la incorporación del ordenamiento jurídico subregional al derecho interno, el régimen común sobre inversiones extranjeras, el régimen de la empresa multinacional y la programación conjunta del desarrollo industrial subregional. La última parte, dedicada al derecho del Mercado Común Centro Americano, se compone de dos interesantes artículos sobre los órganos e instrumentos legales de dicho proceso de integración.

Dada la coherente estructuración de la obra y la calidad de los trabajos en ella contenidos, esta nueva publicación de INTAL indudablemente constituye un valioso aporte para todos aquellos que quieran conocer y comprender a cabalidad la dimensión jurídica de la integración.

Roberto Dañino

FICHERO DE REVISTAS *

ALEMANIA

INTERNATIONAL REVIEW OF INDUSTRIAL PROPERTY AND COPYRIGHT LAW (IIC). The Max-Planck-Institute for Foreign and International Patent, Copyright, and Competition Law, vol. 3, Nº 2, 1972, Munich, Germany, 103 to 266 pp.

Contents :

Articles
- First-to-File vs. First-to-Invent: A comparative Study based on German and United States Patent Law. Thomas R. Nicolai.
- Patent Protection for Chemical Products in Canada, Great Britain and the United States. Christopher Robinson.
- Patent Protection for Chemical Inventions in Sweden. Saul Lewin and Lars-Olof Assarsson.
- Three Years Experience with the Deferred Examination System in Germany. Klaus Hoffman.
- Licensing Agreements on Know-How in the United States. Stephen P. Ladas.
- The Impact of the "Sirena" Decision on National Trademark Rights. Hanns Ullrich.

Decisions
Trademark Law
Unfair Competition Law
Antitrust Law
Book Reviews
IIC-Abstracts

LAW AN STATE. Institute for Scientific Co-operation, vol. 6, 1972, Tubinge, Germany, 141 pp.

Contents :

- New Aspects of Research on Developing Countries. Hans A. Havemann and Hubertus Seifert.
- Comparative Law and Legal Development. Konrad Zweigert.
- Inter-Group Aggression : A Specific Characteristic of the Human Being. Rudiger Conradt.
- Crime Policy and the Criminal Law System. Claus Roxin.
- Legal Problems of the Explotation and Exploration of the Sea. Gunther Faenicke.
- Establishing a System of Statistical Data Banks. Hildegard Bartels.
- Comparative Political Science. Kurt Sontheimer.
- Mental Abnormality and Society. Gerd Huber.
- Futurology and Sociology. Ossip K. Flechtheim.
- Electronic Data Processing and the Law. Spiros Simitis.
- The Social Dimension of Political Economy. Heiko Korner.

ARGENTINA

IMPUESTOS. La Ley S.A. editora e impresora, Tomo XXXI, Nº 1, enero de 1973, Buenos Aires, Argentina, p. 111.

Contenido :

Doctrina
- Agentes de retención e información en el impuesto a las ganancias eventuales. José Manuel Pazos.
- La prescripción en materia impositiva. Eduardo A. Rossen.

- Legislación Nacional

Impuestos en General
Impuestos a los Réditos
Impuestos Internos
Impuestos de Sellos
Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes
Impuesto Sustitutivo a la Transmisión Gratuita de Bienes
Impuesto a las Ganancias Eventuales
Impuesto al Parque Automotor
Impuesto de Emergencia a las tierras aptas
Impuesto a la Educación Técnica
Impuesto al Patrimonio Neto
Impuesto a la Compra y Venta de Divisas
Tasas Judiciales
Impuesto al Juego
Gravamen de Emergencia a la Propiedad Inmueble
Contribuciones Especiales
Impuestos en Coparticipación

- Información Técnico-Práctico y de Auditoría Fiscal.

Impuesto para educación y técnica. R. O. V.
Importación y venta de bienes para uso o consumo propio. Raúl Oscar Vieiro.

* Cesár H. Guiven, Bibliotecario-Referencista del P.A. de Derecho, ha preparado este fichero de las revistas ingresados a nuestra Biblioteca.

DERECHO DE LA INTEGRACION. Revista Jurídica Latinoamericana. Instituto para la Integración de América Latina. Vol. VI, Nº 12, marzo 1973, Buenos Aires, Argentina.

Sumario :

Editorial
Efectividad de las decisiones y control jurisdiccional.

Estudios

— Sistematización de la estructura jurídica del Acuerdo de Cartagena. Francisco Villarán Kramer.
— La programación conjunta del desarrollo industrial subregional y el primer programa sectorial de la industria metalmecánica. Mauricio Guerrero.
— El derecho internacional privado frente al proceso de integración Latinoamericana. Manuel A. Vieira.
— El Convenio Internacional del Café. Celso Lafer.
— AELC : Interpretación de la Convención de Estocolmo. Adrienne Szokoloczy Syllaba.
— Restricciones cuantitativas y principio de no discriminación. Giuseppe Schiavone.

Información
Documentación
Legislación Nacional
Bibliografía

DERECHO DEL TRABAJO. Ediciones La Ley. Año XXXIII, Nº 5, mayo 1973, Buenos Aires, Argentina, pp. 321 - 384

Sumario :

— Convenciones colectivas de industria y convenciones colectivas de empresa. Mario L. Deveali.
— Los "cuerpos de corresponsabilidad gremial" en el ámbito de la seguridad social. Enrique Herrera.
— La transacción en el derecho procesal laboral (nota a fallo, pág. 346). Antonio Vásquez Vialard.
— Nuevas normas sobre constitución, competencia y procedimiento de los tribunales bancario y de seguros (nota a las leyes 20.062, 20.063 y 20.064, pág. 371). Carlos Alberto Kreimer.
— Asignaciones por hijos incapacitados (nota a la ley 20.262, pág. 382). Mario R. Maffei.

Jurisprudencia
Legislación Nacional

B R A S I L

JURIDICA. Ministerio da Industria e do Comércio. Instituto do Açúcar e do Alcool, Revista Trimestral, Ano XVIII, Nº 120, jun-mar, 1973, 357 p.

Indice :

I Temas em destaque
— A Sociedade por Açoes Típica Agrária, instrumento de democratizaçao da Propriedade da Terra. J. Motta Maia.
— O Poder legiferante do Presidente da República.— Otto Gil.
— Direito Agrário ou Direito Rural? Joao Leaes Sobrinho.
— Propiedade da terra e sua funçao social: a empresa agrária na legislaçao brasileira.— Paulo Bittencourt.
— O contrato de Charter.— Henrique Cándido Camargo.
— A segunda fase do ciclo do Mercado de Capitais.— Arnoldo Wald.
— Assistencia a víctima de delito, seus familiares e dependentes.— Armida Bergamini Miotto.
— Com vistas ao professor Souza Barros.— José de Moura Rocha.
— A mulher e o processo educacional.— Alda Cardozo Kremer.
— Proibiçao de nomeaçao, contrataçao e admissao no Serviço Público, pelos Atos Complementares 41-69 e 52-69.— José Souto Maior Borges.
— Antecedentes brasileiros da Sociedade de Capital autorizado e o protótipo da Lei Nº 4728, de 14 de julho de 1965.— Heitor Gomes de Paiva.
— O novo Direito Penal.— Fernando Whitaker da Cunha.
— O Direito Quantico.— J. Antero de Carvalho.
— Municipio e Municipalizaçao.— Raquel Olga Ruiz.
— A inconstitucionalidade do Decreto-lei Nº 389-68.— Albino Lima.
— San Tiago Dantes e o ensino Jurídico.— Alberto Venancio Filho.
— A Organizaçao da investigacao criminológica para a formulaçao de políticas em materia de defensa social.— Virgilio Donnici.

II Direito Aplicado
III Resenha
IV Leis, Decretos e Resolucoes Instituto do acucar e do alcool
V Registro Bibliografico

REVISTA DO INSTITUTO DE DIREITO DA ELETRICIDADE. Faculdade de Direito da Universidade Católica de Minas Gerais, Nº 14, agosto, 1972, Belo Horizonte, Brasil. 110 pp.

Sumario :

— A sociedade de economia mista como instrumento de exploraçao do serviço público pelo Estado. Adv. José Coriolando Beraldo.
— Da autonomia do Direito da Eletricidade e da sua interdependencia científica. Adv. María de Lourdes F. Feltoza.
— Estabilidade financeira das empresas de eletricidade. Econ. Luciano Pereira da Silva.
— A demanda de potencia e a distribuiçao de energia elétrica. Adv. Rubem Augusto de Lima.
— As tarifas de energia elétrica: análise e perspectivas. Econ. Oscar M. Pimentel.
— A energia elétrica como objeto de furto. Adv. Irineu J. Cristóvao dos Santos.
— O lado humano da energia. Dr. Glenn T. Seaborg.
— A reversao no serviço público de

energia elétrica. Avd. José Luiz Ladeira Bueno.
— Suspenso e interrupçao de fornecimento de energia elétrica. Adv. Carmélio Mantuano de Palva.
— CURSO DE DIREITO DA ELETRICIDADE PATROCINADO PELA CAPES — Noticias sobre o IV Seminário, realizado em 1971.

Jurisprudencia
Bibliografia
Legislaçao

C O L O M B I A

ESTUDIOS DE DERECHO. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, vol. XXXI, Nº 82, setiembre, 1972, Antioquia, Colombia, p. 205 - 420.

Sumario :

— La integración jurídica latino-americana. Luis Ramiro Rivero Sánchez.
— Modos de adquirir el dominio territorial en el derecho internacional. René Arias Montoya.
— Introducción a la criminología. Bernardo Ramírez Z.
— La obligación civil: De sus elementos fisonómicos. Darío Duque Pérez.
— A propósito del libro El Abuso del Derecho. Fernando Fueyo Laneri.
— Títulos - valores. Raúl H. Sánchez M.
— De la buena fe.- Bernado Trujillo Calle.
— Monetary law and contemporary problems. Eliyahu Hirschberg.
— Jurisprudencia Laboral. Hernando Ramírez Aristizábal.
— Filosofía social y jurídica indivitrialista. Miguel Herrera Figueroa.
— La crisis de las ciencias del derecho. B. Mantilla Pineda.

Información Universitaria
Comentarios de libros

DERECHO Revista del Colegio de Abogados de Medellín. Año XLIV, Tomo XX, Nº 98, 1973. Medellín, Colombia.

— Un Régimen federal para Colombia. Samuel Syro Giraldo.

I. El fracaso de las campañas descentralistas y la conveniencia del régimen federal para Colombia.
II. La adhesión popular al régimen federal.
III. Centralismo y federalismo.
IV. La descentralización fiscal, administrativa y política en el régimen federal.
V. Una crítica infundada contra la campaña federalista.
VI. La posición anti-federailsta de los beneficiarios del centralismo.
VII. El régimen federal como única garantía de la descentralización.
VIII. El federalismo como sistema moralizador de la política.
IX. La distribución de los ingresos públicos en el régimen federal.
X. Las críticas del expresidente Lleras Camargo contra el federalismo.

C H I L E

BOLETIN DEL INSTITUTO DE DOCENCIA E INVESTIGACION JURIDICAS. Año 3, Nº 16, enero 1973, Santiago de Chile.

Indice :

I. Editorial
II. Actividades del Instituto.
III. Derecho. Teoría.
Sociología Jurídica Contemporánea.
Profesor Adam Podgorecki
IV. Derecho. Estudios sobre temas específicos.
El Proceso de Expropiación en la Reforma Agraria Chilena
Profesor Joseph Thome.
V. Metodología de la Enseñanza del Derecho
La Reforma de la Enseñanza Jurídica.
Profesor Carlos A. Menezes Direito.
VI. Pedagogía
En torno a la docencia universitaria.
Profesores : Felipe Alliende y Abraham Magendzo.
VII. Indice de artículos publicados en el Boletín hasta el 31/12/72.
VIII. Lista de miembros del Instituto al 31/12/1972.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW. American Society of International Law, vol. 67, Nº 1, January, 1973, Washington, 226 pp.

Contents :

— The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice. Eduardo Jiménez de Aréchaga.
— Poland's Western Frontier and the 1970 Treaties.— Krzystof Skubiszewski.
— Berlin and the Quadripartite Agreement of 1971.— Gunther Doeker, Klaus Melsheimer, and Dieter Schroder.
— A New Legal Framework for Trade Between the United States and the Soviet Union: The 1972 US-USSR Trade Agreement.— Robert Starr.
— The Twenty-Fourth Session of the International Law Commission.— Richard D. Kearney.

Editorial Comment :
In Memoriam: Wolfgang Gaston Friedmann.— John N. Hazard, Louis Henkin, and Oliver J. Lissitzyn.

Notes and Coments :
— United States Ratification of the

Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad.— Philip W. Amram.
— Mini-States and a More Effective United Nations.— Stephen M. Schwebel The Service of Professor Brunson MacChesney as Acting Editor-in-Chief of the Journal.— Richard R. Baxter.
— Annual Meeting of the American Society of International Law.— Anne Simons.
— Contemporary Practice of the United States Relating to International Law.— Arthur W. Rovine.

Judicial Decisions.— Edited by Alona E. Evans.

Book Reviews and Notes.— Edited by Leo Gross.

COMPARATIVE JURIDICAL REVIEW. Volume 10, 1973, Florida, 225 pp.

Contents :

— Partidos Políticos Modernos. Modern Political Parties.— Ernesto Zavala Matienzo.
— Legislación Anticomunista en las Américas del Sur. Anti-Communist Legislation in the Southern Americas.— Jerome Alan Zuravsky B. A., LL. B.

FEDERAL PROBATION. The Probation Divission of the Administrative Office of the United States Courts in Cooperation with the Bureau of Prisons of the Department of Justice Washington, D.C., vol. XXXVII, Nº 1, March, 1973, Washington, p. 72

Contents :

— The Report of the Commission on Attica.— William L. Wilbanks.
— The Correctional Institution as an Enemy of Corrections.— Charles W. Thomas.
— Preventing Delinquency Through Diversion: The Sacramento County 601 Diversion Project.— Roger Baron, Floyd Feeney, Warren Thornton.
— Furlough Programs and Conjugal Visiting in Adult Correctional Institutions.— Carson W. Markley.
— Symposium on Control of Drug Abuse:
18,000 Addicts Later: A Look at California's Civil Addict Program. Roland W. Wood.
The Odyssey House Model and Civil Commitment.— Dennis J. Helnts, Ronald Russell.
A Probation Department Treats Heroin Addicts.— Herman Joseph.
The Need for Realistic Treatment of Alcohol and Drug Addiction. Edward W. Soden.
Urgent Questions About Heroin Maintenance Programs.— Stephen Chinlund.
Colloquialisms of the Therapeutic Community:
Treatment of the Adolescent Drug Abuser.— Robert Brook, Paul C. Whitehead.

INTERNATIONAL LEGAL MATERIALS. The American Society of International Law, vol. XI, Nº 6, November, 1972, Washington, p. 1191 to 1508.

Contents :

JUDICIAL AND SIMILAR PROCEEDINGS

— European Communities: European Court of Justice Decision in Imperial Chemical Industries v. Commission of the European Communities (Restrictive Business Practices in Dyestuffs Industries).
— International Bank of Washington-Overseas Private Investment Corporation: Arbitration of Dispute Involving U. S. Investment Guaranty Program.
— Philippines: Supreme Court Decision in Philippines v. Quasha Quasha (Rights of U. S. Citizens under the Parity Amendment to the Philippine Constitution).
— United States:
Decision of the Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in Diggs v. Shutz (Importation of Chrome fram Southern Rhodesia).
Memorandum of Decision and Order of the District Court for the Eastern District of New York in Federal Republic of Germany v. Elicofon and Kunstasammlungen Zu Weimar v. Elicofon (Standing of Non-Recognized Gobernments in U. S. Courts).

TREATIES AND AGREEMENTS

— Australia-Indonesia: Agreement on Certain Seabed Boundaries.
— Hague Conference on Private International Law:
Convention Concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons.
Convention on the Law Applicable to Procucts Liability.
Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations.
— Intergovernmental Conference on the Convention on the Dumping of Wastes at Sea:
Final Act.
Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and other Matter.
Technical Memorandum and Resolution on Support for Parties to Fulfill Obligations under the Convention.
— Union of Soviet Socialist Republics-United States:
Agreement Regarding Settlement of Lend Lease, Reciprocal Aid and Claims.
Agreement Regarding Trade.
Agreement Regarding Certain Maritime Matters.
— United Nations:
UNESCO Convention for the Protection of the World Cultural and Natural Heritage.

UNESCO Recommendation Concerning the Protection, at National Level, of the Cultural and Natural Heritage.

USSR Draft Convention on the Principles of Use by States of Artificial Earth Satellites for Direct Television Broadcasting.

US Draft Convention for the Prevention and Punishment of Acts of Terrorism.

Legislation and Regulations

Other Documents
Recent Actions Regarding Treaties to which the United States is a Party

Notice of other recent documents (not reprinted)

Index to volume XI.

JOURNAL OF THE PATENT OFFICE SOCIETY. The Patent Office Society, vol. 55, Nº 4, April, 1973, Washington, p. 213 to 277.

Contents :

— The Impact of In Re Mayewsky: What Should an Examiner be Allowed to Testify to?.— R. V. Lupo.

— Common Sense, Nonsense and The Compulsory License.— Edmund J. Sease.

— The Integrity of the Administrative Process, Sherman Section 2 and Per Se Rules - Lessons of Fraud on the Patent Office.— Martin J. Adelman, Ernie L. Brooks.

LAW & SOCIETY REVIEW. The Law and Society Association, vol. 7, Nº 2, Winter, 1972, Colorado, 157 to 318 pp.

Contents :

— About the Authors.

— Juvenile Detention: Right and Adequacy of Treatment Issues.— Carl P. Malmquist.

— Pre-Dispositional Data, Role of Counsel and Decisions in a juvenle Court.— Alyce Zenoff Ferster and Thomas F. Courtless.

— "For her own protection...": Conditions of incarceration for female juvenile offenders in the State of Connecticut.— Kristine Olson Rogers.

— Youth Services Bureaus.— J. A. Seymour.

— The Juvenile Court: The Making of a Delinquent.— Michael H. Langley.

— Research Note: Cops and 'Stool Pigeons' — Professional Striving and Discretionary Justice in European Police Work. James Leo Walsh.

Book Review

The Justices of the United States Supreme Court, 1789-1969: Their Lives and Major Opinions. Paul H. Blackman.

THE REVIEW OF POLITICS. University of Notre Dame, vol. 35, Nº 2, April, 1973, Indiana, Estados Unidos, 288 pp.

Contents :

— Newman : The Limits of Certitude. Marvin R. O'Connell.

— On the Revival of Classical Political Philosophy. Charles N. R. McCoy.

— 1848 : Theory and Practice of the German "juste milieu". Donald J. Matheisen.

— Pessimism and the Revolutions of 1848. Paul Gottfried.

— On the Road to War : British Foreign Policy in Transition, 1905-1906. Lyle A. McGeoch.

— The Helmsman and the Swindler: Notes on the Passing of the "Era of Mao Tse-tung". Peter R. Moody Jr.

SOUTHWESTERN LAW JOURNAL. Southern Methodist University. Vol. 27, Nº 1, March, 1973, Dallas.

Contents :

Annual Survey of Texas Law

Part I : Private Law
— Torts. Page Keeton
— Wills and Trusts. Charles O. Galvin.
— Property. Richard W. Hemingway
— Matrimonial Property. Joseph W. McKnight.
— Family Law. Eugene L. Smith.
— Oil and Gas. Bob F. Young.
— Commercial Transactions. Lennart V. Larson.
— Corporations. J. Leon Lebowitz.
— Insurance Law. Royal H. Brin, Jr.
— Workmen's Compensation. John L. Cox, Jr.

Part II : Procedural Law
— Evidence. Frank W. Elliott
— Conflict of Laws. A.J. Thomas, Jr.
— Texas Civil Procedure. Ernest E. Figari, Jr.

Part III : Public Law
— Local Government. David E. Sullivan.
— Administrative Law. David M. Guinn.
— Criminal Law and Procedure. Luther E. Jones, Jr.

TULANE LAW REVIEW. Tulane University, Volume 47, Number 2, February, 1973, New Orleans, 487 pp.

Contents :

Articles

— Performance Standards : A Viable Alternative to Euclidean Zoning? Luther L. McDougal III.

— A Review of the Law on Potestative Conditions. Vernon V. Palmer and Andrew L. Plauché, Jr.

— The 1972 Amendments to the Code of 1964. Leonard Oppenheim

— Joint Committees as an Alternative Form of Arbitration under the NLRA. Elliot S. Azoff.

Comments
— Alluvion, Islands, and Sand Bars. Kerry M. Massari.
— Parol Evidence in Louisiana. Frederick W. Bradley.

Notes
Reviews
Books Received

WISCONSIN LAW REVIEW. University of Wisconsin. Volume 1972, Number 4, 1972. Wisconsin, 954 to 1244 pp.

Contents :

Dedication to Wilber G. Katz
— Wilber G. Katz - The Gentle Exemplar. Harry Kalven, Jr.
— Wilber Katz. William C. Lewis, Jr.
— Wilber G. Katz - Apostle of Religious Freedom. Paul G. Kauper.
— Affecting Rights to Equity Interests Under Chapter XI of the Bankruptcy Act. Walter J. Blum, Stanley A. Kaplan.
— The Social Reponsibility of Regulated Utilities. Henry G. Manne.
— Adverse Consequences of Blue Sky Regulation of Public Offering Expenses. James S. Mofsky.

Lead articles
— What Price "Price Disclosure"? The Trend to Consumer Protection in Life Insurance. Spencer L. Kimball, Mark S. Rapaport.
— Price Disclosure in Life Insurance. Joseph M. Belth.

Comments
— Section 5 of the Federal Trade Commission Act - Unfairness to Consumers. James A. Carney.
— Psychological Advertising : A New Area of FTC Regulation. Leigh R. Isaacs.
— The Rule of Reason in Wisconsin Annexations. Stephen L. Knowles.
— Essentials of Corporate Stock Redemptions Under Section 303. William C. Niemann.
— Bargaining Orders Since Gissel Packing : Time to Blow the Whistle on Gissel? Mark S. Rapaport.
— Proposed Anticorporate Farm Legislation. David B. Gaebler, Andrew J. Ogilvie.

Note

Voluntary Separation as Grounds for Divorce in Wisconsin.

F R A N C I A

REVUE DU DROIT PUBLIC ET DE LA SCIENCE POLITIQUE EN FRANCE ET A L'ETRANGER- Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Nº 5, Septembre-Octobre, 1972, Paris, pages 1005 a 1343.

Sommaire :

I. Réflexions sur le vieillissement de la constitution fédérale américaine, par Karl Loewenstein.
II. Procédures spéciales d'expropriaiton, par J. P. Jacqué.
III. Droit de la guerre et droits de l'homme, par H. Meyrowitz
IV. Chroniques constitutionnelles et administratives étrangeres. République fédérale d'Allemagne. La loi du 27 juillet 1971 relaitve aux opérations d'urbanisme, par Michel Fromont. L'Union des Républiques arabes et la constitution égyptienne du 11 septembre 1971, par Gilbert Tixier. Annexes.
V. Chronique constitutionnelle et parlementaire francaise. Le role législatif du Sénat, par Alain Delcamp.
VI. Analyse des textes législatifs et réglementaires (1er mai 1972 - 31 aout 1972), par Thérese Pinet.
VII. Analyses de jurisprudence.
VIII. Bibliographie.
IX. Erratum.
X. Informations. Recueil Universel des Constitutions en vigueur.

I N G L A T E R R A

THE CAMBRIDGE LAW JOURNAL. University of Cambridge. Volume 32, Part I, April, 1973, Cambridge, England, 176 pp.

Contents :

— Solicitors and the Law of Maintenance 1590 - 1640. J. H. Baker.
— Some Structural Properties of Legal Decisions. S. C. Coval and J. C. Smith.
— Signature, Consent, and the Rule in L'Estrange v. Graucob. J. R. Spencer.
— Licenses and Constructive Trusts. "The Law is what it ought to be". R. J. Smith.

THE JOURNAL OF BUSINESS LAW. A Stevens Publication, October, 1972, London, England, 269 to 344 pp.

— A Combined Transport Document. Introduction by The Rt. Hon. Lord Diplock.
— Distribution Agreements in the Common Market. Graham Child.
— The Shipowner's Indemnity - II. F. J. J. Cadwallader.

British Business Law
European Business Law

THE LAW QUARTERLY REVIEW. Vol. 89, Nº 354, April, 1973, London, England, 161 to 312 pp.

Notes

— Tests for alcohol in drivers.
— Loss of domicile of choice.
— Police, pornography and the courts.
— Wilful neglect by psychotic husband.
— Priority of equitable interests in registered land.
— Court's control over mortgagee's right to possession.

— Is there already a British Bill of Rights?
— Calculated to confuse.
— Industrial Relations Act and a "new" industrial tort.
— Irregular marriages.
— Hohfeld and privacy.
— The group call of serjeants in 3 Hen. VII.
— Director's liability from use of private information.
— Commonwealth Survey Report.

The Present Validity of Nazi Nationality Laws. F. A. Mann.

What are parental rights? J. M. Eskelaar.

Acquisition of Property by Killing T. G. Youdan.

Leapfroggin -- and a Lords Justices eyes view of the Final Appeal. Gavin Drewry.

Book Reviews.

THE MODERN LAW REVIEW. The Modern Law Review Limited, vol. 36, Nº 3, May, 1973, London, England, p. 233 to 344.

— Accidents, Costs and Legal Responsibility. S. J. Stoljar.
— The Departmental Committee on the Adoption of Children and the Tug of War Cases. Christine Davies.
— Police Powers and Road Traffic Offences. J. M. Evans.
— The Effect of Section 9 of the European Communities Act 1972 on English Company Law. J. H. Farrar and D. G. Powler.

Reports of Committees
Adoption Reform. Alec Samuels
An Inheritance Tax. S. M. Cretney
Report of Departmental Committee on Liquor Licensing. David Pollard.

Notes of Cases

Reviews

I T A L I A

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE. Casa Editrice Dott. Giuffre, Anno XXXVII, Pubblicazione trimestrale, Nº 3 - 4, 1971, Milano, Italia, 376 pp.

Sommario :

Articoli
— In tema di noleggio di veicolo. Gustavo Romanelli.
— Riflessi sistematici della nuova disciplina della navigazione da diporto. Michele Grigoli.

Varieta
— La Convenzione di Bruxelles del 1971 sul trasporto maritimo di sostanze nucleari con particolari riguardo alla regolamentazione dei danni causati alla nave vetrice
— La Convention internationale de Bruxelles du 18 décembre 1971 portant pour les dommages dus a la pollution par les hydrocarbures. Marie-Rose Hennericq Simon e Paul Simon.
— Il diritto marittimo sovietico Patrizio Rossi.

Rassegna Bibliografica

Recensioni e riassunti di Antonio Lefebvre d'Ovidio e Guido de Vita, Dante Gaeta e Patrizio Rossi

Rassegne di giurisprudenze

Rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di demanio marittimo. Gaetano Antonio Bursese.

Note a sentenze

M E X I C O

DERECHO PENAL CONTEMPORANEO. Universidad Nacional Autónoma de México. Nº 39, julio y agosto, 1970, México, 87 pp.

Sumario :

Editorial
— Estudio sobre la reincidencia en el Centro Penitenciario del Estado de México. Antonio Sánchez Galindo.
— Tratamiento en Régimen de Libertad. Trebor C. N. Gibbens.
— La Psiquiatría Penitenciaria. Enrique Gutiérrez Bazaldúa.
— Anteproyecto de Código de Faltas para la República de Ecuador. Raúl Raffaroni.

LA JUSTICIA. Revista Mensual, Tomo XXXI, Nº 504, junio, 1972, México, 61 pp.

Sumario :

— Los Constructores de México: Alfredo Chavero. Antonio Luna Arroyo.
— La Política Habitacional de México. Jesús Silva Herzog.
— Solución Auténticamente Mexicana al Problema de la Vivienda. Bernardo Quintana.
— Aumento de Poder de Compra del Trabajador. Elías Piña.
— La Política del Presidente Echevarría una Obra Tangible. Octavio Sentíes.
— La Revolución ha encontrado en LEA su mejor intérprete. Luis Araiza.
— El problema de la salinidad del Río Colorado y los EE.UU.
— Solución amistosa al problema de las Aguas del Río Colorado. César Sepúlveda.
— Los Valores Sociales. B. Mantilla Pineda.
— Organización Legal del Notariado. Jorge María Allende.

Libros Importantes

REVISTA MEXICANA DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y ARTISTICA. Año IX, Nº 18, julio - diciembre, 1971, México, p. 165 - 329.

Contenido :

Artículos
— Marcas de Servicio. David Rangel Medina.

— Integración económica de América Latina y Propiedad Industrial. Stephen P. Ladas.
— Adelantos recientes y perspectivas futuras de las patentes en el Reino Unido. Edward Armitage.
— Protección de la propiedad industrial de los extranjeros en la URSS. M. Boguslavsky e I Cherviakov.
— Los proyectos de convenios europeos sobre patentes y el P.C.T. vistos desde España. Marcelino Curell Suñol.
— Bases para una reforma de la legislación americana sobre derecho de autor. Pedro Carlos Acebey.
— Una lección de Italia sobre licencias obligatorias. R. Lyman Heindel.
— Las patentes de invención y la propiedad industrial, llave del progreso. Jaime Delgado.

Bibliografía y Revista de Revista
Comentarios Bibliográficos
Información y Crónicas
Textos Legislativos

P E R U

DERECHO. Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 30, octubre, 1972, Lima, Perú, 248 pp.

Contenido :

Del Editor
Estudios
— El Consejo Nacional de Justicia. Mario Alzamora Valdez.
— Enjuiciamiento y crítica del ordenamiento vigente en materia de alimentación. Teresa Cornejo Fava.
— Derecho y Poder Político. W. Chambliss y R. Seidman.
— La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano. Dale B. Furnish.
— El Estado en la filosofía jurídica de Giorgio del Vecchio. Domingo García Belaunde.
— La reforma parcial del Código Penal Suizo (Ley Federal del 18 de marzo de 1971). José Hurtado.
— El Jurista y el mundo actual. Marcos Kaplan.
— La condonación en el caso de un contrato con garantía de cofideiusso. José León Barandiarán.
— El Juzgado de Menores del Callao. Alicia Maura Guzmán.
— La lógica del deber ser y su eliminabilidad. Francisco Miró Quesada.
— Título Ejecutivos. Ernesto Perla Velaochaga.
— Modificaciones al derecho de propiedad en la Legislación de Reforma Agraria. Marcial Rubio Correa.
— Sindicato y Comunidad Industrial. Jorge Santistevan.
— Descripción esquemática de la controversia monetaria. Arturo Seminario Dapello.
— Regímenes penitenciarios. Fernando Vega Santa Gadea

Informes
— Jueces Auxiliares, Juan Armando Lengua Balbi.

Jurisprudencia comentada
Fichero de revistas
Nuestras tesis
Crónica del claustro

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS. Organo de los Departamentos Académicos de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vol. 35, Nº 1 - 3, diciembre, 1971, Lima, Perú, 417 p.

Sumario :

— Régimen de las excepciones que pueden ser opuestas por el deudor de un título-valor cambiario. Jorge Eugenio Castañeda.
— El Juicio sumario en el procedimiento penal. III Parte. Estudio del articulado. Domingo García Rada.
— Formalidades de los Testamentos. Rómulo E. Lanatta.
— La crisis de la contratación agraria. Luis A. Gazzolo.
— Criterio dimensional para la estratificación de las empresas. Lucrecia Maisch von Humboldt.
— El artículo 199 del Código Penal y el "error facti". H.H.A. Cooper.
— Las excepciones en el derecho procesal civil (tesis). Augusto Ferrero Costa.
— Sanción penal del cheque (tesis). Hernando Montoya Alberti.

Legislación y Jurisprudencia
Crónica
Notas Bibliográficas
Revista de Revistas
Noticia y Comentarios
Biblioteca de Derecho

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Editorial Revista de la Jurisprudencia Peruana S. A. Año XXXI, Nº 336, enero, 1972, Lima, Perú, 125 pp.

Editorial
— La congestión y demora del despacho judicial.

Doctrina
— La sociedad de economía mixta en el Derecho Comparado y la necesidad de su regulación en el Perú. Lucrecia Maisch von Humboldt.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19257 al 19272).
— II. Decretos Supremos.

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Fiscal

Jurisprudencia Comentada
— El monto de lo retenido y el tiempo de la retención no deben configurar hechos exoneratorios de la falta justificativa de la despedida. José de las Casas Grieve.

Crónica
— Despacho Judicial en las Cortes.

Proyectos de la Comisión creada por Decreto Supremo 012-70 P.M.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Febrero, 1972, pp. 127-255

Editorial
— El Aumento de los Organos Jurisdiccionales.

Doctrina
— La emisión de obligaciones por las sociedades anónimas y la Comisión Nacional de Valores.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19273 al 19302)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Fiscal
— III. Del Tribunal de Aduanas
— IV. Del Tribunal Agrario

Crónica
— Proyecto de convención sobre cheque latinoamericano de viajero. Por el Comité Jurídico Interamericano.
— Instituto Internacional de Estudios Juríídicos. La teoría del fundamento institucional del Derecho y su ubicación en el ordenamiento regional italiano. Godofredo García Rendón.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 338,, marzo, 1972, pp. 257 - 385.

Editorial
— Las Memorias de los señores Presidentes cesantes de la Corte Superior de Lima.

Doctrina
— Emil Lask y su concepto del Derecho. Luis Quiñe Arista.
— El Pacto de Cartagena y sus implicaciones de tipo social. José de las Casas Grieve.
— Sugerencias para mejorar la Administración de Justicia. José Alamino Vargas Correa.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19303 al 19341)
— II. Decretos Supremos

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal de Aduanas

Crónica
— Ante-Proyecto sobre Corte Suprema de la República, remitido al Poder Ejecutivo por la Comisión encargada de la Reestructuración de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que preside el Dr. Octavio Torres Malpica.
— Desarrollo del Pacto Andino. Alberto Quevedo Toro.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 339, abril, 1972, pp. 387 - 526.

Editorial
— La administración científica del Poder Judicial.

Doctrina
— Seguridad y estabilidad del Poder Judicial. Leopoldo Uprimny.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19338 al 19384)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas
— IV. Resoluciones Ministeriales

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA.. Nº 340, mayo, 1972, pp. 527 - 659.

Editorial
— Necesidad de aumentar el número de Jueces de Primera Instancia en lo Civil.

Doctrina
— Del uso de la terminología cooperativa. Julio César Falconí.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19385 al 19432)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Fiscal
— III. Del Tribunal de Aduanas

Crónica
— La XVII Conferencia Interamericana de Abogados. Jorge Mercado Jarrín.
Notas Bibliográficas

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 341, junio, 1972, pp. 661 - 781.

Doctrina
— La política de empleo dentro del plan nacional de desarrollo. José de las Casas Grieve.
— La oposición en el Código de Procedimientos Civiles. Juan Valladares Martínez.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19433 al 19452)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
Notas Bibliográficas

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 342, julio, 1972, pp. 783 - 900.

Editorial
— Solución integral al problema de los secretarios de juzgados.

Doctrina
— Diferencia de la Convención Colectiva de Trabajo con otras figuras jurídicas. Ricardo La Hoz Tirado.
— Nueva imagen judicial del Perú. H. H. A. Cooper. Traducción de Gustavo D'Angelo Serra y Juan Peña Benavides.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19452 al 19484)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Ministeriales

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal del Trabajo
— III. Del Tribunal de Aduanas.

Revista de Revistas

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 343, agosto, 1972, pp. 901 - 1049.

Editorial
Doctrina
— Esquema para la Identificación del Contrato Administrativo. Alberto Ruiz Eldredge.
— La Seguridad de la Comunidad y el Habitat Social. Marcelo Llosa Gariazzo.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19485 al 19517)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema

Crónicas
Notas Bibliográficas

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 344, setiembre, 1972, pp. 1053 - 1176.

Editorial
— La tesis peruana de las doscientas millas.

Doctrina
— La responsabilidad de los Estados en el mantenimiento y consolidación de la paz mundial en el marco de la ONU. Godofredo García Rendón.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19518 al 19565)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas
— IV. Resoluciones Ministeriales

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 345, octubre, 1972, pp. 1177 - 1305.

Editorial
— La Memoria del Presidente Cesante del Consejo Nacional de Justicia.

Doctrina
— La responsabilidad de los Estados en el mantenimiento y consolidación de la paz mundial en el marco de la ONU. Godofredo García Rendón.
— Los títulos supletorios y la rectificación de la cabida en el Derecho Agrario. Jorge Eugenio Castañeda.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19566 al 19588)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Agrario
— III. Del Tribunal de Trabajo
— IV. Del Tribunal de Aduanas

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Año XXXI, Nº 346, noviembre, 1972, pp. 1307 - 1439.

Editorial
— La Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

Doctrina
— La responsabilidad de los Estados en el mantenimiento y consolidación de la paz mundial en el marco de la ONU (Conclusión. Godofredo García Rendón.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19589 al 19636)
— II. Decretos Supremos
— III. Resoluciones Supremas

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Agrario
— III. Del Tribunal de Trabajo

Jurisprudencia Comentada
— El juzgador superior tiene que salvar la omisión del inferior en cuanto resulta compatible con su función y responsabilidad. José de las Casas Grieve.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 347, diciembre, 1972, pp. 1441 - 1568.

Doctrina
— Control de Cambios. Antecedentes. Moneda y Billetes. Julio Cuadros Muñoz.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19637 al 19864)
— II. Decretos Supremos

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema
— II. Del Tribunal Agrario

REVISTA DE JURISPRUDENCIA PERUANA. Nº 348, enero, 1973, pp. 1 - 125.

Editorial
— La carrera judicial

Doctrina
— Control de Cambios. Antecedentes. Moneda y Billetes. (Conclusión). Julio Cuadros Muños.
— La prueba de la confesión y de la Ley 14606. Gastón Ortiz Acha.

Legislación
— I. Leyes (Nos. 19849 al 19929)
— II. Decretos Supremos

Jurisprudencia
— I. De la Corte Suprema

Crónica
— Proyecto de Nueva Ley Orgánica del Poder Judicial.

REVISTA PERUANA DE DERECHO INTERNACIONAL. Organo de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Tomo XXVIII, Nº 69, julio 1969 a diciembre 1970, Lima, Perú, 1969 - 1970, 206 pp.

Sumario :

— Notas Explicativas.
— Discurso del Dr. Enrique García Sayán, en nombre de la Comisión Consultiva de Relaciones Exteriores, en el sepelio del Embajador Hernán Bellido (16 octubre 1969).
— Discurso en el sepelio del Embajador Manuel Félix Maurtua, del Dr. Enrique García Sayán en nombre de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional y del Ministro de Relaciones Exteriores General Edgardo Mercado Jarrín (7 de junio 1970).
— Discurso del Secretario General de Relaciones Exteriores, Embajador Alejandro Deustua, en el sepelio del Embajador Juan Bautista de Lavalle (7 de julio 1970).
— Discurso del Dr. Alberto Ulloa en la Primera Comisión de la XXII Asamblea General de las N.U. (15 de noviembre 1967).
— Comisión Permanente del Pacífico Sur. Sumario de actividades durante la sede en el Perú de la Secretaría General (1966 - 1970).
— XIV Conferencia de la FAO. Intervención del Observador de la Comisión Permanente del Pacífico Sur, Dr. Enrique García Sayán (17 de noviembre 1967).
— Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas relativas al Derecho del Mar (1967-1969).
— Conferencia del Ministro de Relaciones Exteriores, General Edgardo Mercado Jarrín, sobre Política Marítima del Perú (11 de mayo 1970).
— Decretos, por orden cronológico, de los países que tienen proclamado el régimen de las 200 millas.
— Conferencia de Montevideo sobre Derecho del Mar (4 al 8 de mayo de 1970).
— Anuncio del Presidente Nixon sobre Política de los Estados Unidos respecto a los Océanos (23 de mayo 1970).
— Reunión Latinoamericana sobre Aspectos del Derecho del Mar (Lima, 4 al 8 de agosto 1970).
— Declaración del Presidente de la Delegación del Perú, Alfonso Arias Schreiber, en el V Período de Sesiones de la Comisión de las N.U. sobre uso pacífico de los Fondos Marinos y Oceánicos fuera de límites de la Jurisdicción Nacional (Ginebra, 26 de agosto de 1970).
— VIII Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (Lima, 2 al 12 de octubre 1970).

S U I Z A

LA REVISTA. Comisión Internacional de Juristas, Nº 7, diciembre, 1971, Ginebra, Suiza, 82 pp.

Contenido :

Derechos Humanos en el Mundo:
Guinea
España
Grecia
Irlanda del Norte
Paraguay
Senegal
Taiwan y Filipinas
E.U. - California
U.R.S.S.

Artículos
— Africa del Sur y el Imperio del Derecho. Michael Davis.
— Uganda. Un Centro de Desarrollo. R. M. Cooper.
— Zambia - Nueva Asociación Jurídica. Leo Baron.
— Internamiento: Uganda y Bengala Occidental. Peter Evans.
— Derecho y Socialismo en Chile. José Antonio Viera Gallo.

Jurisprudencia
— Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre Namibia.

Documentos
Noticias de la Comisión

V E N E Z U E L A

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Universidad Santa María, Nº 2, abril-setiembre, 1972, Caracas, Venezuela, 139 pp.

Sumario :

Doctrina
— Indicios para detener. José Rafael Mendoza Troconis.
— La Biología y la Medicina en el Derecho Penal. Arnoldo García Iturbe.
— La Criminología vista desde un coche radio-patrulla. Enrique Jiménez Aserjo.
— La información Jurídica por Computadoras. Fernando Fueyo Laneri.

Lecciones de Cátedra
— Panorama general de la prueba. Humberto Bello Lozano.
— Lógica Jurídica-Relación Jurídica: Civil-Penal. Otto Marín Gómez.

Actuaciones de Tribunales
— La mujer honesta sí debe acudir al Tribunal al acto de posiciones juradas.

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO. Facultad de Derecho, Universidad del Zulia, Nº 37, año XIII, enero-abril, 1973, Maracaibo, Venezuela, pp. 171.

Indice :

Doctrina
— El Fenómeno Económico y el Derecho (Apuntes de Sociología). Kurt Nagel von Jess.

— Finanzas Públicas. H. Adrianza Alvarez.
— El Derecho y los Usos Sociales. Mario Pineda Urrutia.
— Hacia la Superintendencia de Sociedades Anónimas. Luis Guillermo Govea, hijo.
— Venezuela y el Acuerdo de Integración Subregional Andino. Ivonne L. de Labarca.

Bibliografía
— Sobre el libro "El Control Jurisdiccional de la Constitucionalidad en Venezuela y los Estados Unidos". Humberto J. La Roche.
— "Filosofía Social", de Kwant Remy. Domingo Labarca P.

Varios
Legislación
Jurisprudencia
Noticias de la Facultad

NUESTRAS TESIS

ALFARO MARTIJENA, Guillermo. **"Fondos Marinos".**

La tesis está dividida en dos grandes partes: El Dominio Marítimo y los Fondos Marinos y Oceánicos. En la primera de ellas se estudia la evolución del Derecho del Mar, así como la posición peruana dentro de él. En la segunda se analiza, exclusivamente, el problema jurídico de los fondos marinos y oceánicos que es, en esencia, la preocupación principal del trabajo. Es en esta segunda parte que se comenta la doctrina peruana sobre las 200 millas, la posición del Perú frente a la Conferencia sobre Derecho del Mar de 1973, los límites exteriores actuales de las regiones designadas como Fondo de Alta Mar, así como las autoridades y la creación de un nuevo régimen internacional para este fondo.

ALLEMANT SALAZAR, Humberto. **"El Domicilio en el Derecho Tributario".**

La tesis se encuentra dividida en dos títulos, el primero de los cuales cuenta con dos capítulos y el segundo con tres capítulos. A través de ella se analiza el concepto de domicilio fiscal y se estudia su aplicación respecto de distintos tributos. Luego se contempla los problemas relativos a los criterios de vinculación y de doble imposición internacional. Finalmente, los aspectos doctrinarios son complementados con consideraciones sobre política fiscal, postulando la necesaria vinculación de esta institución con la realidad socio-económica del país.

BARREDA ZEGARRA, José. **"El Contrato de Licencia".**

La tesis aporta nuevos puntos de vista sobre este tipo de contrato, a la luz de recientes disposiciones, sobre todo de las emanadas del Acuerdo de Cartagena, que tienen fuerza de ley en nuestro país.

No se detiene solamente a contemplar el aspecto netamente jurídico del tema trabajado sino que, igualmente y con la misma acuciosidad, enfoca el contrato de licencia desde un ángulo económico y de transferencia de tecnología lo que reviste, actualmente, gran interés. Las modalidades de los contratos de licencia y las características de ellos son asimismo tema de la tesis. Las obligaciones de las partes que celebran el contrato de licencia son objeto de minucioso estudio por parte del autor, lo mismo que las diferentes comparaciones efectuadas entre este contrato y otro tipo de contratos civiles, como por ejemplo, el de locación-conducción. Es particularmente importante en el trabajo la parte dedicada al análisis crítico de las normas de protección zonal en materia tecnológica que consigna el Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros, del Acuerdo de Cartagena.

BEDOYA DE VIVANCO, Luis. **"Las Sociedades de Economía Mixta".**

El autor de esta tesis analiza un tema de gran actualidad. Ello es debido, se sostiene en el trabajo, a que el Estado cada día ingresa más al campo económico que tradicionalmente estaba sujeto a la iniciativa y dirección privada. Cumple así el Estado, en asegurar más eficientemente el bienestar en general de la población del país. Por otro lado, puesto que la legislación sobre este tipo de sociedades está en formación, reviste particular interés tratar un tema de esta índole.

En primer término se exponen los fundamentos de la intervención del Estado en la vida económica de la Nación a la vez que se puntualizan, analizándolas, las diversas formas que puede revestir esta intervención. Señala el autor que las sociedades de economía mixta constituyen la mejor manera de complementar los esfuerzos privados y del Estado. A continuación se ex-

ponen la definición, los fines, los elementos y el régimen a que están sujetas este tipo de sociedades. Entra luego el autor al estudio propiamente dicho de la naturaleza jurídica, preguntándose si constituyen personas jurídicas de derecho privado o de derecho público, al tiempo que se contrae a detallar el régimen legal que les corresponde, y las diversas formas sociales que pueden adoptar, concluyendo que la sociedad anónima es la que más se acomoda por la "maleabilidad por vía estatutaria y la limitación de responsabilidad frente a terceros", caracteres propios de la sociedad anónima. Luego precisa el autor los problemas relativos a la constitución de la sociedad, derechos y obligaciones de los socios, gobierno de la sociedad, régimen tributario y disolución y liquidación de la empresa.

CANEPA YORI, César. **"Consideraciones acerca del Divorcio en el Derecho Internacional Privado".**

Este trabajo se ocupa del divorcio en los diversos efectos que produce en el Derecho Internacional Privado, tanto desde el punto de vista del divorcio que se pronuncia en el país como de aquellos que se pronuncian en el extranjero para producir efectos en el Perú. La tesis comprende cuatro capítulos. El primer capítulo estudia los diversos factores de conexión que se usan en el derecho internacional privado para determinar cuál es la jurisdicción competente para decidir en casos de divorcio. El segundo capítulo analiza comparativamente distintas legislaciones, cuyas diferencias acarrean problemas de clasificación para el Derecho Internacional Privado. Seguidamente, menciona algunos de los argumentos que refutan o apoyan el divorcio y analiza algunos de sus conceptos fundamentales. El tercer capítulo se refiere a la ley que será aplicable para decidir sobre un caso de divorcio. Así, se analizan las soluciones de la "lex fori", de la "ley nacional", del "domicilio conyugal" y, finalmente, se mencionan con cierto detalle las soluciones mixtas. Los últimos capítulos del trabajo estudian los efectos internacionales que produce una sentencia de divorcio, haciendo hincapié en el procedimiento de "exequatur" y señalando los cambios que, en opinión del autor, deben efectuarse en el derecho peruano.

CASTRO GRANDE, Luis Alfredo. **"Jueces Auxiliares en el Proceso Civil"**

El primer capítulo de la tesis se ocupa del proceso civil en primera instancia, haciendo estudios estadísticos comparativos de diversos juzgados a través de un trabajo de investigación en los mismos juzgados.

En el segundo capítulo, se analiza el tema del juez y la distribución de la actividad judicial tratando el proceso civil, los órganos judiciales, la función del Juez en el proceso y haciendo un acápite sobre la labor judicial como tal.

En el tercer capítulo se ocupa del juez auxiliar como instrumento de cambio del proceso civil, tratando los temas del interés social en la solución de los conflictos civiles, y el impulso oficial y la iniciativa de parte.

El capítulo cuarto se ocupa de la adecuación de la institución de jueces auxiliares a nuestra realidad judicial.

CAVENAGO MENESES, Mimma Cesira. **"Las Medidas de Seguridad en el Derecho Penal".**

Este trabajo realiza un estudio sobre las medidas de seguridad, entendidas como conjunto de normas garantizadas jurisdiccionalmente, con las que el Estado persigue una finalidad de tutela preventiva social. La tesis está dividida en cinco capítulos. Los dos primeros están dedicados al estudio doctrinario; la autora expone brevemente, los antecedentes históricos, el concepto y la naturaleza jurídica de las medidas de seguridad, las distingue de las penas; analiza la vigencia del principio de la legalidad y las reglas de aplicación de las medidas en cuanto al tiempo y al espacio; estudia la peligrosidad del delincuente como presupuesto de estas medidas y, finalmente, se refiere a la aplicación, duración y revocación de las medidas de seguridad. Asimismo se ocupa de la clasificación doctrinaria. El tercer capítulo comprende un extenso estudio legislativo, que abarca una revisión histórica de los antecedentes desde el Código Penal de 1863, y un análisis exegético de las normas del Código Penal vigente referentes a medidas de seguridad. En la misma línea, el capítulo cuarto está dedicado a un análisis de cada una de las medidas de seguridad que contiene el Código Penal. El trabajo finaliza con un estudio comparativo, contenido en el capítulo quinto, que comprende la revisión de ocho legislaciones extranjeras sobre la materia.

CILLONIZ CHAMPIN, José Guillermo. **"Emisión de Obligaciones por el Sector Privado".**

Partiendo primeramente de un análisis del concepto del título-obligación, lo que comprende sus caracte-

res, tipos, denominaciones y funciones fundamentales, a la par que su naturaleza jurídica, el autor enfoca el tema a continuación desde el punto de vista de nuestra legislación positiva concluyendo con señalar el proceso completo de la emisión de obligaciones por el sector privado de la economía.

En el curso de la tesis se hace notar la evolución histórica de las obligaciones y cómo éstas, con el auge del comercio han ido adquiriendo singular importancia para la obtención de capital a largo plazo por parte de las empresas, haciéndose especial hincapié en las cualidades de las obligaciones.

Para terminar, se hace un estudio del régimen tributario aplicable al título-obligación y un interesante capítulo sobre los posibles alcances de la emisión de obligaciones a la luz del espíritu de integración del Acuerdo de Cartagena.

CORNEJO FAVA, Teresa. **"El Derecho Alimentario en la Teoría Jurídica, en la Ley y en la Vida Real".**

El trabajo comprende un estudio completo sobre los diferentes aspectos que presenta la materia, tanto desde el punto de vista doctrinario (que es materia del Capítulo I) como de los aspectos legislativo y jurisprudencial, contenido de los Capítulos II y III, respectivamente. Además de estudiarse la legislación sobre alimentos contenida en el Código Civil, se examinan las normas procesales y las leyes sociales, tributarias, de Reforma Agraria y en general, todas las que tienen incidencia en el tema tratado. Finalmente, la tesis contiene una investigación sobre el movimiento judicial relativo a las demandas de alimentos, con las correspondientes observaciones. Se proponen, asimismo, reformas de orden sustantivo y procesal del régimen alimentario vigente.

DURAND ALEJANDRO, Walter. **"El Delito de Concusión (Art. 341)".**

El trabajo consta de dos partes fundamentales y está dividido en seis capítulos. La primera parte abarca un estudio breve de antecedentes históricos. La segunda una interpretación exegética del texto legal vigente, precedida por un esbozo de la sección XIV del Código Penal que comprende los delitos contra los deberes de función y los deberes profesionales, uno de los cuales es materia de la tesis. Asimismo se efectúa un análisis de recientes disposiciones legales que se han adicionado a las existentes para tratar los delitos en cuestión. El trabajo culmina con un estudio de la vigencia en la realidad de las normas estudiadas, para lo cual el autor ha efectuado entrevistas y ha hecho un interesante estudio de jurisprudencia. Encontramos finalmente, un cuadro comparativo del texto legal vigente con otros Códigos Penales.

FREYRE JACOBI, Yvonne. **"Infraestructura legal tributaria necesaria para la implantación del sistema de valoración de las mercancías en aduanas, según la definición del Valor de Bruselas".**

La autora en su trabajo hace un largo análisis de las ventajas y desventajas de la tradicional clasificación de los derechos aduaneros según los sistemas de percepción específicos y ad-valores, indicando las razones históricas que han determinado en diversos países la aplicación de uno y otro sistema. Se sostiene que debe aplicarse el sistema de valoración de mercancías de acuerdo a la definición del Valor de Bruselas, refiriéndose ampliamente a las consideraciones que fundamentan esta recomendación. La tesis está dividida en tres capítulos.

GALVEZ DAÑINO, Francisco. **"Las Sucursales en el Perú".**

El trabajo comienza con un estudio acerca de la naturaleza jurídica de las sucursales. Luego contiene una análisis de los aspectos mercantiles, tributarios cambiarios y de derecho adjectivo de éstas. El trabajo se completa con diversas consideraciones respecto de la actividad de las sucursales en el campo de la banca, la industria, la pesquería y la minería, agrupando así en forma organizada las diversas disposiciones que existen en el derecho positivo sobre el tema.

GONZALEZ CUEVA, Carmen Graciela. **"Hacia una reglamentación de la Ley de Comunidad Industrial".**

En esta tesis, se proponen una serie de normas tendientes a que la Ley de Comunidad Industrial sea debidamente reglamentada. La reglamentación, de acuerdo a los lineamientos trazados, debe efectuarse en los siguientes rubros: Existencia de la Comunidad Industrial en diversos tipos de empresas, Concepto de Gestión y Domicilio. En cada uno de estos rubros, la tesis sugiere una interesante gama de normas reglamentarias de los dispositivos existentes acerca de Comunidades Industriales, es decir, sobre todo los Decretos-Le-

yes Nos. 18350 y 18383, aunque, también, se proponen algunas modificaciones de los textos matrices.

GONZALEZ VIGIL BALBUENA, Percy. **"La institución jurídica de la intervención judicial".**

En el capíutlo primero de esta tesis se analizan la figura jurídica del interventor judicial, los requisitos que le son exigidos por ley para ser designado como tal, así como también las formalidades requeridas para su designación. También se estudia allí el embargo en forma de intervención. Los dos capítulos siguientes están dedicados a estudiar las obligaciones y las facultades del interventor, así como también la remoción del mismo y sus causales. En el trabajo en cuestión es tenida en cuenta la legislación peruana, así como la de algunos países latinoamericanos.

GOTUZZO HERENCIA, Jorge. **"El secreto profesional en el ámbito penal y su vinculación con la obligación de denunciar".**

La tesis obedece al propósito de determinar lo que es jurídicamente el secreto profesional, a fin de que no sea invocado para ocultar materias que no deben ser en realidad confidenciales en vista del interés social. Este conflicto de intereses —el individual y el social— es particualrmente grave desde el punto de vista de las leyes penales que son de orden público. El trabajo comprende cuatro capítulos. En los dos primeros se estudia tanto la naturaleza jurídica del secreto profesional como el secreto profesional en el caso del Abogado. El tercero se ocupa del testimonio en el proceso penal y las excepciones a la obligación de declarar. El cuarto versa sobre las denuncias profesionales y las causas que justifican la revelación del secreto, poniendo de manifiesto, en este caso, la necesidad de dictar disposiciones legales que eviten que el denunciante se convierta en parte en el juicio.

HAMANN PASTORINO, Carlos Antonio. **"La estabilidad laboral y la jurisprudencia".**

A fin de probar la influencia que ejerce la jurisprudencia en la formación de los dispositivos legales, el autor analiza el desarrollo histórico del concepto de estabilidad laboral en nuestro ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva se aboca luego al estudio del D. L. 18471, denominado Ley de Estabilidad Laboral. Finalmente, incluye una recopilación de la nueva jurisprudencia emanada a raíz y en aplicación del referido D. L. 18471.

KOSSUTH MACCERA, Jorge Luis. **"El Juicio Agrario: Modelo de procedimiento Contencioso".**

La tesis contiene cinco capítulos que versan sobre el Fuero Privativo Agrario, los principios que informan el juicio agrario, la estructura del juicio ordinario agrario, el juicio agrario como modelo de procedimiento. Se efectúa un trabajo de investigación cuyas conclusiones expone en el capítulo respectivo. Tal investigación se concreta a los Juzgados de Tierras de Lima. Como se advierte del título, el tema abordado tiene especial interés por cuanto se refiere a una institución procesal que responde a las necesidades de la realidad peruana. La última parte de la tesis reviste especial interés, por estar referida a comparaciones del juicio agrario con otros procedimientos comunes y privativos.

MUR CAMPOVERDE, Jaime. **"El Contrato de Participación".**

La tesis está dividida en trece capítulos y conclusiones. El origen y evolución de la participación en la Historia del Derecho y en nuestra legislación ocupa los dos primeros capítulos. El tercero trata de las modalidades legales del contrato de participación y, a continuación se ocupa de las denominaciones, funciones económicas y casos de aplicación del contrato de participación. En los capítulos V y VI se ocupa del contrato de participación en relación al contrato de sociedad, tratando luego sus relaciones con la personalidad, la sociedad interna, la sociedad de hecho, y las asociaciones. Los tres capítulos finales están destinados a tratar la naturaleza contractual de la participación, el objeto del contrato y el secreto del contrato de participación.

MILLONES SANTA GADEA, Augusto. **"Modificación a la institución de la adopción en el Código Civil".**

La tesis comprende la exposición de los aspectos doctrinarios, históricos, legales y prácticos de la adopción. El trabajo que se comenta incluye, además, el resultado de una investigación empírica acerca del modo y frecuencia con que la figura de la adopción ha funcionado en la práctica, en lo que concierne al distrito judicial y Registral de Lima. El graduando propone diversas modificaciones que, a su juicio, harían más

viable la adopción. Entre ellas, merecen mención las que disminuyen la edad necesaria para adoptar y las que otorgan al adoptante derecho hereditario y usufruto legal. Finalmente, la tesis propone una nueva concepción de la adopción como "acto jurídico unilateral irrevocable", en contraposición con las teorías contractualistas conocidas; y sostiene la conveniencia de limitar la adopción a la de menores de edad.

NOBLECILLA DOMINGUEZ, Juan Ramón. **"Las concesiones mineras y los derechos y obligaciones de sus Titulares".**

La tesis está dividida en seis capítulos y conclusiones. El primer capítulo se ocupa de la Propiedad Minera, analizando los sistemas de dominio originario de los yacimientos minerales en doctrina y los sistemas acogidos por la legislación nacional a partir del Código de Minería de 1900.

El capítulo segundo está dedicado a la industria minera: concepto, caracteres, etapas de la Industria Minera según el D. L. 18880, utilidad pública de la Industria Minera, naturaleza jurídica de los yacimientos y los minerales y concluye analizando la Ley de Reforma Agraria con relación a la Industria Minera. El capítulo tercero trata diferentes aspectos de la concesión minera tanto desde el punto de vista doctrinal como del derecho positivo actual. El capítulo cuarto está dedicado a los diferentes derechos que se otorga a concesionarios mineros. El capítulo quinto está dedicado a las obligaciones de los concesionarios mineros. Finalmente, el capítulo sexto está dedicado al estudio de la caducidad de las concesiones mineras tanto en la doctrina como en nuestra legislación positiva.

PACHECO VASQUEZ, Amelia. **"La conciliación en el Derecho Laboral Peruano".**

La tesis que comentamos, consta de cuatro capítulos a través de los cuales la autora del trabajo ha realizado un minucioso estudio de los conflictos de trabajo y de la Conciliación en el Derecho Laboral Peruano y en la Legislación Comparada, terminando con la exposición de dos casos prácticos de conciliación ante las Autoridades de Trabajo del Perú. En cuanto a la conciliación misma, se hace un análisis de esa forma de solución de los conflictos tanto en los procedimientos individuales como en las denuncias y negociaciones colectivas, precisando su naturaleza jurídica y su eficiencia procesal.

PEÑA NEVES, Fernando. **"La forma de los actos jurídicos en el Derecho Internacional Privado".**

Constituye la tesis un interesante trabajo sobre un tema poco tratado tanto por el Derecho Internacional Privado como por la teoría del acto jurídico. El autor se dedica en primer lugar al análisis exhaustivo de la regla "locus regit actum", señalando que, actualmente, aunque haya sido discutida por mucho tiempo, goza de gran aceptación y es, indudablemente la que prima casi imperativamente. Trata a continuación sobre los criterios relativos al alcance de la regla "locus..." y si la formalidad de los actos debe ser "ad probationem" o, asimismo "ad solemnitatem". Dentro de este aspecto, estudia el autor de la tesis los efectos de la forma legal sobre los actos privados, auténticos o solemnes, para dedicarse, acto seguido, a enfocar los fundamentos de la regla según la cual la forma de los actos jurídicos está determinada por la ley del lugar donde se celebren. Nos dice el autor cuáles son los fundamentos teóricos según las diferentes doctrinas que han contemplado al problema y también cuáles son presupuestos prácticos, concluyendo que entre los más importantes figuran la seguridad para los contratantes y el respeto para los derechos adquiridos.

Las excepciones a la regla del lugar de la celebración del contrato, la prueba de los actos celebrados al amparo de ella y un profundo análisis de la situación del sistema peruano son otros aspectos resaltantes de este trabajo.

PINTO BOCCARDO, Miguel Ernesto. **"La reconvención en doctrina y en la legislación peruana".**

La tesis está dividida en siete capítulos y conclusiones. El primer capítulo se ocupa del concepto de la Reconvención desde el punto de vista etimológico, a fin de lograr una definición de base al trabajo. El segundo capítulo se ocupa de la evolución histórica de la institución desde sus más remotos orígenes hasta la doctrina moderna. El tercer capítulo está destinado a estudiar la naturaleza jurídica de la reconvención, precisando características y señalando diferencias con otras figuras tales como la contestación a la demanda, la compensación, la acumulación de acciones y las excepciones. En el capítulo cuarto se estudia los requisitos de la reconvención desde tres puntos de vista: de la persona, la acción y la competencia.

El quinto capítulo se refiere a las ventajas, desven-

tajas y efectos de la reconvención: economía procesal, unificación de criterios, morosidad y abuso del derecho. El capítulo sexto trata de la reconvención en la legislación nacional.

Finalmente, el capítulo VII trata de la reconvención en la jurisprudencia nacional.

RAFFO OTERO, Eduardo. **"La Estabilidad de los Trabajadores en el Nuevo Derecho Peruano".**

El trabajo se inicia haciendo un anáilsis de carácter teórico sobre el principio de estabilidad laboral dentro del Derecho del Trabajo. Analiza su fundamento social y jurídico, las distintas posiciones que se presentan ante él y las diferentes clases de estabilidad laboral existentes.

Luego de un comentario sobre la incorporación del principio de estabilidad laboral a la legislación peruana, pasa a analizar las causales de despido del D. L. 18471, haciendo una exposición crítica y señalando las omisiones en que la legislación ha incurrido.

A continuación analiza los aspectos legislativos de la despedida injustificada y sus dos posibles soluciones según el D. L. 18471: la reposición y la indemnización.

Finalmente se ocupa de la estabilidad laboral en lo referente a los servidores sujetos a la Ley 11377 y al Decreto-Ley 19334, y también en lo referente a los contratos de trabajo de naturaleza temporal.

RAMELLA BURGOS, Norma. **"Los Contratos Mineros en la Ley General de Minería".**

La tesis está dividida en siete capítulos y conclusiones. En el primer capítulo se trata el concepto de los contratos mineros y su diferencia con los contratos civiles y mercantiles; su naturaleza jurídica y elementos, concluyendo con una reseña histórica de su tratamiento en el Perú y se esboza una clasificación de ellos en el D.L. Nº 18880. En el capítulo segundo se analizan los contratos de transferencia de derechos mineros: compraventa, permuta y opción de derechos mineros. En el capítulo tercero se analiza el contrato de explotación minera. En el capítulo IV estudia el contrato de arrendamiento y en el capítulo V el contrato de préstamo minero.

El capítulo VI está dedicado a los contratos accesorios que constituyen derechos reales de garantía: la Hipoteca y la Prenda. El capítulo VII está consagrado a las sociedades mineras, tanto contractuales como legales y mixtas.

REYES SALINAS, Ernesto Felipe. **"Estudio del régimen especial de la industria de la Construcción Civil".**

La tesis que reseñamos, consta de cuatro capítulos bastante definidos. En el primer capítulo, se hace una breve exposición del concepto y naturaleza jurídica del contrato individual de trabajo, tratando de precisar su diferencia con los contratos de locación-conducción de servicios y de obra. En el segundo capítulo se hace una síntesis del régimen de la construcción en la legislación comparada. Los dos últimos capítulos están dedicados al estudio exhaustivo de las normas de derecho positivo en el Perú, sobre el régimen aplicable a los trabajadores de la industria de construcción civil.

SOTOMAYOR BERNOS, María Susana. **"Una nueva concepción en torno al problema de la reincidencia".**

La tesis efectúa un estudio de la figura conocida en la doctrina penal como la reincidencia y la habitualidad. El primer capítulo es de carácter doctrinario y trata de precisar lo que se entiende por reincidencia, la diferencia de esta figura con la habitualidad, la profesionalidad delictual, con la tendencia a delinquir y el concurso de delitos. El segundo capítulo abarca un extenso estudio de la legislación nacional sobre la materia, y el tercero es de carácter comparativo con la legislación extranjera. El último capítulo está dedicado al estudio de los fallos judiciales de los Tribunales Nacionales en esta materia.

La tesis pretende contribuir a un replanteamiento de la legislación nacional sobre reincidencia, encontrándose la nueva concepción que la autora nos anuncia en el título, plasmada en las siete conclusiones que contiene la tesis.

TALLEDO MAZU, César. **"La prescripción tributaria".**

El trabajo presenta inicialmente un estudio sobre los plazos, suspensión, interrupción, renuncia y efectos de la prescripción. Luego de un análisis de las normas positivas que regulan la prescripción en el Perú, el que se complementa con referencias constantes a la legislación comparada, se señalan diversos casos de jurisprudencia. Finalmente, se formulan algunas sugerencias para la modificación y perfeccionamiento de las normas legales relativas a la prescripción tributaria.

VALDEZ ROCA, Raúl Alfonso. **"Derecho Tutelar. El menor de conducta irregular. Situación real en el distrito Judicial de Lima: Soluciones".**

El primer capítulo contiene un examen de los aspectos preliminares del Derecho Tutelar de Menores, caracterizados como constitutivos de un nuevo Derecho, de naturaleza sui-géneris. El autor propone un cambio completo en la terminología, proponiendo que, en lo sucesivo se empleen los términos "menores en situación irregular", concepto que comprende a los menores en estado de abandono, menores en peligro moral y menores con trastornos de conducta. En el Capítulo Segundo, se realiza un estudio estadístico sobre la situación del menor en los Juzgados de menores de Lima. En cada uno de los aspectos investigados se extraen interesantes conclusiones. En el Tercer Capítulo se hace un estudio de los factores que influyen en la conducta del menor irregular, y, finalmente, en el cuarto capítulo se examinan las medidas tendientes a solucionar la conducta del menor, partiendo de que éste requiere de un régimen jurídico integral.

VIDAL HENDERSON, Enrique. **"Los principios tributarios y la Constitución".**

El trabajo analiza los problemas que surgen en las relaciones entre las normas constitucionales y la aplicación del poder impositivo del Estado, estudiando luego la naturaleza de éste y la función limitadora de aquellas. El análisis abarca, de otra parte, el estudio de los principios tributarios constitucionales de legalidad, igualdad, no confiscación y libre circulación. A continuación se tratan los problemas de interpretación y vigencia de las normas tributarias, pasando finalmente a ver las características de unidad y simplicidad que el ordenamiento tributario exige.

CRONICA DE CLAUSTRO

AÑO ACADEMICO DE 1972 Y 1973

Dirección de Programa

Hasta el mes de julio de 1972 ejerció el cargo de Director de Programa el Dr. Felipe Osterling Parodi, función para la cual fue elegido en diciembre de 1970. El Dr. Osterling renunció por motivos personales, siendo elegido nuevo Director de Programa el 24 de julio de 1972 el Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche, quien había sido hasta entonces Jefe del Departamento de Derecho. La Dirección de Programa estuvo integrada además, por los profesores Enrique Normand, Miguel de Althaus, Mario Pasco, Jorge Avendaño, Alfredo Ostoja, R. P. Oscar Alzamora y Jorge Santistevan, este último en su calidad de Jefe a.i. del Departamento, por lo cual fue reemplazado posteriormente por el profesor Lorenzo Zolezzi.

En el mismo mes de julio de 1972 se aprobó la participación estudiantil con el tercio en la Dirección de Programa, resultando elegidos para esa función los alumnos Sres. Alberto Bailetti, Ricardo Yori, Fernando Berckemeyer y René Porras. Al egresar de la Universidad los Sres. Bailetti y Yori y al ser separados de la misma los Sres. Porras y Berckemeyer, se incorporaron en el mes de agosto de 1973 en reemplazo de los alumnos citados, los señores Jorge Picasso, Pablo Ferraro, Raúl Vizcarra y la señorita Pilar Koechlin. El Dr. Sergio León Martínez desempeñó el cargo de Secretario del Programa a lo largo de 1972 y parte de 1973, siendo reemplazado en junio de ese año por el Dr. Roger Rodríguez Iturri.

Departamento de Derecho

Hasta el mes de julio de 1972 cuando renunció al cargo por haber sido elegido Director del Programa, la Jefatura del Departamento fue ejercida por el Dr. Roberto Mac Lean, siendo reemplazado interinamente por el Dr. Jorge Santistevan. El 15 de junio de 1973 fue elegido como Jefe del Departamento por la Junta de Profesores el Dr. Lorenzo Zolezzi, y los profesores Fernando de Trazegnies, Mario Pasco y Fernando Vidal como integrantes del Comité Asesor del mismo, además del Dr. Roberto Mac Lean que lo integra en su condición de Director del Programa.

Nuevos Profesores

Durante el período 1972-1973 se incorporaron al claustro los profesores Javier de Belaunde, Eduardo Ferrero y Alfredo Ostoja, después de permanecer por espacio de diez meses en la Universidad de Wisconsin. Los Dres. Belaunde y Ostoja lo hicieron como profesores a tiempo completo y el Dr. Ferrero como profesor a medio tiempo. En esta misma condición se incorporó el Dr. José Hurtado Pozo. Asimismo, se unieron al cuerpo docente del programa, el Dr. Mario Alzamora Valdez —antiguo profesor de nuestro centro de estudios y profesor emérito de la Universidad— y los Dres. Alfonso Arévalo, Delfín Barrón, Sergio León Martínez, Luis Rodríguez Mariátegui, Marcial Rubio, Rafael Roncagliolo y Víctor Guevara.

Junta de Profesores

En el período 1972-1973 se ha reunido tres veces la Junta de Profesores. El 15 de junio de 1973 tuvo lugar la Junta de Profesores del Departamento que eligió al Jefe del mismo y a su Comité Asesor.

El 18 de julio de 1973 la Junta de Profesores del Programa se reunió para escuchar el informe del Director de Programa, Dr. Roberto Mac Lean y del Jefe del Departamento, Dr. Lorenzo Zolezzi, sobre la marcha de nuestra unidad académica. El documento conteniendo el citado informe fue repartido a los profesores en esa sesión y ha sido publicado posteriormente en el folleto titulado **"La Reforma en la enseñanza e investigación del Derecho en la Universidad Católica".**

Esta Junta de Profesores fue citada en momentos en que se desarrollaba una continuada campaña contra nuestra unidad académica, promovida inicialmente por dos estudiantes del Programa y respaldada por algunos órganos de expresión. Esta campaña estuvo fundamentalmente dirigida a cuestionar y presentar una imagen distorsionada de la reforma de la enseñanza e investigación del derecho en la cual está empeñada nuestra unidad.

Después del informe de los Dres. Mac Lean y Zolezzi se llevó a cabo un amplio debate sobre las diversas mociones que se fueron proponiendo. Inicialmente se presentó una que sugería el nombramiento de una Comisión que evaluara la marcha del Programa como una forma de demostrar ante la opinión pública lo infundado de las afirmaciones que sobre el Programa públicamente se habían formulado; puesta al voto, no fue aprobada. Posteriormente la Junta de Profesores de Derecho con las autoridades de la Universidad, con las autoridades y ex-autoridades del Programa Académico y con los profesores de esta unidad frente a los cargos que injustificada e irresponsablemente se presentó una, que sugería el nombramiento de una Comisión que evaluara la marcha del Programa como una forma de demostrar ante la opinión pública lo infundado de las afirmaciones que sobre el Programa públicamente se habían formulado; puesta al voto, no fue aprobada. Posteriormente la Junta de Profesores votó y aprobó una moción que contenía la expresión de solidaridad de los profesores de Derecho con las autoridades de la Univerdad que por diversas razones estaban bajo situación de sanción, sin que ello significara un cuestionamiento de la justicia de las mismas ni una minimización de la gravedad de las faltas cometidas.

El 4 de octubre de 1973 se reunió nuevamente la Junta de Profesores del Programa con el objeto de conocer y pronunciarse sobre un nuevo pedido de ayuda a la Fundación Ford, el mismo que está destinado a desarrollar un programa centrado en la investigación jurídica. La Junta aprobó el pedido, acordándose que la redacción final del mismo quedaría a cargo de la Dirección de Programa.

Gobierno de la Universidad

Diversas han sido las tareas de gobierno de la Universidad en las que han participado profesores de nuestra unidad académica. Hasta enero de 1973 ejerció el Pro-rectorado de la Universidad el Dr. Jorge Avendaño Valdez, quien en virtud de su cargo integró también el Consejo Ejecutivo. Los Dres. Miguel de Althaus y Fernando de Trazegnies forman parte del mismo organismo en su calidad de Directores Universitarios, el primero de Investigación y el segundo de Evaluación Pedagógica.

Hasta febrero de 1973, integraron la Comisión Académica los Dres. Felipe Osterling y Miguel de Althaus. El Dr. Lorenzo Zolezzi y el Dr. Guillermo Velaochaga forman parte del Jurado Electoral Central de la Universidad. En marzo de 1972 se designó al Dr. Javier de Belaunde como miembro de la Comisión de Proyección Social. En noviembre del mismo año, el Dr. Belaunde se integró al grupo de trabajo de la Dirección Universitaria de Planeamiento, el cual está encargado de formular el Plan de Desarrollo de la Universidad a mediano plazo, tarea que se tuvo que suspender en enero de 1973 y que se ha reiniciado en noviembre de este año. Asimismo el Dr. Belaunde ha integrado durante 1972 y 1973 la Comisión Central de Préstamos Universitarios y de Reclasificación de Pensiones, habiendo sido designado en setiembre de 1973 como integrante de la Comisión de Reglamentos. El Dr. Alfredo Ostoja integra la Comisión Central de Becas de Perfeccionamiento.

En 1972 se eligió al Dr. Jorge Santistevan como miembro de la Comisión de Gobierno del Programa Académico de Estudios Generales, sección Letras. El mismo año fue designado el Dr. Eduardo Ferrero como integrante de la Comisión de Gobierno de Estudios Generales, sección Ciencias Económicas y Administrativas, en la cual participó también, en forma interina, el Dr. Javier de Belaunde.

Instituto de Investigaciones Jurídicas

1. En el lapso indicado, el Instituto ha continuado, dentro del ritmo previsto, el trabajo de investigación de 22 temas de Derecho Familiar, dentro de un Programa destinado a detectar y medir el grado de verdadera vigencia en la vida real de nuestro pueblo de las instituciones legisladas en el Código Civil. El objetivo final de la investigación consiste en verificar la hipótesis del divorcio entre la ley como teoría y su aplicación práctica, precisar la amplitud de ese fenómeno en cuanto exista y contribuir, desde la perspectiva que proporciona la investigación científica, a la

adecuación del Derecho nacional a la problemática real del país.

La investigación se efectúa de momento en los doce juzgados de primera instancia en lo civil del Distrito Judicial de Lima, en las tres salas civiles de la Corte Superior del mismo Distrito y en la Corte Suprema; se extiende a los Registros Públicos; y, se completa con la compilación, clasificación temática y juicio crítico de las ejecutorias supremas.

Como resultado de este Programa, conducido por el Director del Instituto, se terminó la investigación referente a la nulidad del matrimonio; y se publicó un volumen titulado **"La invalidez del Matrimonio en la Jurisprudencia Suprema y en la Experiencia del Distrito Judicial de Lima"** (Talleres Gráficos Villanueva, marzo de 1973, 306 págs.). Trabajaron el tema el Dr. Héctor Cornejo Chávez, Director del Instituto y el ex-alumno Santiago Lavado-Palacios P.

Dentro del mismo período se terminó también la investigación referente a **"El Derecho Alimentario en la Jurisprudencia Suprema y en la Experiencia del Distrito Judicial de Lima"**, cuyo contenido y resultados fueron publicados en un volumen impreso (Talleres Gráficos Villanueva, agosto de 1973, 306 págs.). El trabajo fue realizado por la ex-alumna Teresa Cornejo Fava y, con el agregado de capítulos elaborados fuera del marco del Instituto, le sirvió de tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho. Esta tesis es la primera de la Universidad Católica que obtiene el Premio Nacional "Luz Jarrín de Peñaloza", que distingue cada año a la mejor tesis sobre Derecho Familiar producida en las universidades del país. Varias de sus conclusiones han sido recogidas en el Decreto-Ley Nº 20177 que fija un nuevo procedimiento para la tramitación de los juicios de alimentos y aclara o modifica normas del Código Civil sobre derecho alimentario.

Dentro del marco de este Programa, el Instituto prestó asesoría a la ex-alumna Alicia Maura Guzmán, que trabajó sobre la aplicación práctica del régimen legal de menores (especialmente de los que se encuentran en estado de abandono material o moral y de los menores de conducta anti-social) en la Provincia Constitucional de Callao. Un capítulo de la tesis mereció del jurado respectivo el acuerdo de publicación en la Revista del Programa de Derecho, habiendo sido incluído en el número anterior, correspondiente a 1972. Asesoró igualmente al ex-alumno Augusto Millones en los aspectos investigatorios de su tesis sobre la Adopción; y lo está haciendo en el trabajo que sobre investigación judicial de la paternidad ilegítima realiza Soledad Pizarro Sánchez.

La intervención del Instituto en este campo tiene por objeto estimular el interés de los alumnos por la investigación jurídica y contribuir a la reorientación de los trabajos de tesis hacia problemas reales de la comunidad y su eventual solución.

2. Se ha continuado, asimismo, el Programa de Investigación acerca del "Estado de la Profesión Legal en Lima", a base de la encuestación de 224 egresados de la Universidad Católica, a fin de determinar los antecedentes personales, escolares y universitarios de cada uno, su especialidad profesional, el tipo de clientela a que sirven, su nivel de ingresos, etc., y de poner las bases de un reenfoque de la función que corresponde cumplir al abogado dentro del proceso de cambio social.

Terminada la etapa de encuestación y de computación (distribución de frecuencias, chequeo de consistencia y cruces de variables), se ha iniciado la etapa final de análisis y redacción.

Este Programa es conducido por el Prof. Lorenzo Zolezzi.

3. Durante el período fueron incorporados al Plan del Instituto, según los criterios aprobados por el Comité Asesor, los siguientes nuevos Programas de Investigación:

a) Organización de nuevas formas sociales de la propiedad;

b) La Soberanía Marítima del Perú hasta las 200 Millas;

c) Jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de sucesión hereditaria;

d) Paralelismo entre el Desarrollo Técnico-Industrial de las Operaciones de Seguros en el Perú y el Desenvolvimiento del Derecho de Seguros;

e) Líneas de tendencia en la jurisprudencia suprema sobre Habeas Corpus (completación de un trabajo anterior, ya terminando, de compilación y clasificación temática de la jurisprudencia indicada).

De estos programas, los mencionados bajo las letras b), c) y e) se encuentran en pleno desarrollo dentro de los plazos previstos. Su conducción se halla, respectivamente, a cargo de los profesores Eduardo Fe-

rrero, José León Barandiarán y Domingo García Belaunde. Los señalados bajo las letras a) y d) hubieron de ser discontinuados por impedimentos sobrevenidos a los profesores encargados de ellas.

4. Paralelamente a los programas antes reseñados, el Instituto llevó adelante una encuesta entre todos los alumnos del Programa de Derecho, destinada a detectar, sin intermediación, la actitud y los puntos de vista de ese sector de la juventud universitaria, tanto acerca del papel que han cumplido y deberían cumplir el Derecho y los hombres de Derecho en el Perú, cuanto acerca de la problemática social, económica y política fundamental.

No obstante el carácter voluntario de la respuesta, la acogida brindada por los estudiantes fue extraordinariamente favorable: el porcentaje de 10-15%, que el Instituto previó como suficiente para que la muestra resultara significativa, se elevó al 60%, lo cual le confiere un alto valor. La colaboración del Centro Federado de Derecho fue valiosa. Los primeros resultados de la encuesta han sido ya procesados. Los que produzca el cruce de variables significativas (de ser necesario) requerirá, probablemente, los servicios del Centro de Computación de la Universidad.

II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo

Entre el 10 y el 13 de enero de 1973 se llevó a cabo la II Conferencia sobre la Enseñanza del Derecho y el Desarrollo, la cual fue organizada por el Programa Académico de Derecho de nuestra Universidad. A ella asistieron delegados de Escuelas de Derecho y de instituciones de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica y Estados Unidos de Norteamérica, así como también profesores de derecho de diversas universidades de Lima y Provincias. Participaron en ella, igualmente, 30 estudiantes de nuestro Programa.

La Conferencia tuvo por objeto confrontar y difundir experiencias vinculadas a la reforma de la enseñanza del derecho. Ella contó con el auspicio de la Fundación Ford y del Banco Interamericano de Desarrollo.

El programa prepara la edición de las ponencias y trabajos de esta Conferencia.

Viajes y Congresos

Además de los profesores Javier de Belaunde, Eduardo Ferrero y Alfredo Ostoja, quienes estuvieron en la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin entre mayo de 1971 y marzo de 1972, el Dr. Fernando de Trazegnies viajó a los Estados Unidos desde agosto de 1971 hasta noviembre de 1972, invitado por la Universidad de Harvard en calidad de "visiting scholar" para participar en un Seminario sobre Derecho y Desarrollo organizado por los profesores Henry J. Steiner y Roberto Mangabeira Unger de la Escuela de Derecho de dicha Universidad; en el curso de su estada, visitó también la Universidad de Yale, a fin de tomar contacto con su programa de Derecho y Modernización dirigido por el profesor David N. Trubek. Durante su permanencia en los Estados Unidos, el doctor de Trazegnies fue contratado por la Fundación Ford a fin de que viajara a Colombia a realizar una evaluación de los programas de dicha Institución que se desarrollan conjuntamente con las Facultades de Derecho de la Universidad de Rosario (Bogotá), Universidad de los Andes (Bogotá), Externado de Colombia (Bogotá), Universidad de Antioquía (Medellín) y Universidad del Cauca (Popayán).

El Dr. Eduardo Ferrero, a su regreso de Wisconsin, fue invitado a permanecer por un periodo de tres meses en la Scripps Institution of Oceanography de la Universidad de California, participando en una investigación interdisciplinaria sobre la explotación de recursos marítimos. El Dr. Lorenzo Zolezzi en enero de 1972 fue invitado por el International Legal Center, con sede en New York, a integrar como miembro titular su Comité Asesor en Investigaciones sobre Derecho y Desarrollo. El Comité está presidido por el prof. David N. Trubek y lo conforman quince especialistas de diversos países, de los cuales el Dr. Zolezzi es el único latinoamericano.

El Dr. Jorge Avendaño Valdez preside un Comité de nivel mundial creado por el International Legal Center con la finalidad de estudiar la educación legal en los países subdesarrollados. El Dr. Lorenzo Zolezzi viajó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Stanford en abril de 1972, permaneciendo allí por un período de seis meses, diseñando, en compañía de otros especialistas, un proyecto de investigación sobre Derecho y Cambio Social en el que se encuentra trabajando actualmente.

El Dr. Luis Pásara fue especialmente invitado a participar como profesor en un seminario sobre Derecho y Desarrollo realizado en la Universidad de Wisconsin en los meses de julio y agosto de 1972. Los Dres.

Jorge Santistevan y Luis Pásara asistieron al Simposio sobre Sindicalismo en América Latina, organizado por la Facultad de Ciencias Administrativas de la Universidad de La Plata, Argentina.

El Dr. Eduardo Ferrero fue invitado a participar en la Sétima Conferencia Anual del Instituto de Derecho del Mar de Rhode Island, Estados Unidos de Norteamérica. Igualmente, participó como representante del Perú en el Primer Seminario Latinoamericano sobre Derecho Internacional organizado por las Naciones Unidas y el Gobierno de Venezuela que se llevó a cabo en Caracas en marzo de 1973. En junio del mismo año fue invitado a participar en la Reunión Continental sobre la Ciencia y el Hombre que tuvo lugar en México bajo los auspicios del Gobierno de México y la American Association for the Advancement of Sciences. En diciembre de 1973 fue invitado por el Colegio de Abogados de la Libertad para dictar una conferencia al conmemorarse el 25º aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El Dr. Alfredo Ostoja fue invitado nuevamente por un período de 10 semanas entre enero y marzo de 1973 a la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin a realizar una investigación sobre Derecho Aeronáutico. El Dr. Mario Pasco viajó invitado a Chile en mayo de 1973 para participar en el Seminario Latinoamericano sobre Enseñanza Clínica del Derecho y Asistencia Legal organizado por la Universidad de Chile.

Alumnado

Durante el año **1972** se matricularon en nuestro Programa 497 alumnos en el primer semestre y 496 en el segundo. Durante **1973** fueron 540 los matriculados en el primer semestre y 495 los registrados en el segundo. El número de alumnos sigue pues en incremento, si se considera que en 1971 llegó a 415.

Fallecimientos

En el transcurso del año 1973 ocurrieron los sensibles decesos del Dr. Juan Arce Murúa, profesor de Derecho Penal; Monseñor Fidel Tubino, antiguo profesor de Derecho y Rector de la Universidad; y, el Dr. Jorge Vega García, antiguo profesor de Derecho Civil.

Nombramientos

El Dr. César Barros Conti, antiguo alumno y profesor, fue nombrado vocal de la Corte Suprema de la República y el Dr. Ricardo Váscones, vocal de la Corte Superior del Callao. El Dr. Jorge Avendaño Valdez, antiguo Decano y Director de nuestro centro de estudios y profesor del mismo, fue nombrado como Delegado de la Universidad ante la Comisión Estatutaria Nacional. Los Dres. Fernando Vidal y Fernando de Trazegnies, ambos profesores en el Programa, fueron llamados a integrar la Comisión Revisora del Código Civil. El primero fue nombrado además Presidente de la Bolsa de Valores de Lima, cargo que había venido de sempeñando el Dr. Alonso Polar, también profesor en nuestro Programa. El Dr. Polar ocupa actualmente el cargo de Gerente General del Banco Industrial del Perú. El Dr. Luis Landeo, antiguo alumno, fue nombrado vocal del Tribunal Agrario.

Centro Federado de Derecho y FEPUC

En 1972 el Sr. Leoncio Guerra fue elegido Presidente del Centro Federado de Derecho. Como vice-Presidente y Secretario, respectivamente, fueron elegidos los Sres. Eduardo Calmell del Solar y Juan Morales y Bermúdez. Luego de la renuncia del Sr. Guerra, asumió la presidencia del Centro Federado de Derecho el Sr. Calmell del Solar. Al término del mandato de esta Mesa Directiva, en noviembre de 1973, fueron elegidos para los cargos de Presidente, Vice-Presidente y Secretario, los Sres. Andrés Avelino Aramburú H., Juan José Constant y César Apéstegui.

El Sr. Angel Delgado, alumno del Programa, fue elegido Presidente de la Federcaión de Estudiantes de la Pontificia Universidad Católica (FEPUC) en marzo de 1972. Al término de su mandato en diciembre de 1973, otro alumno de nuestro Programa, el Sr. Jorge Nieto, fue elegido para tal cargo.

Egresados

En diciembre de 1972 egresaron 59 alumnos de nuestro Programa, los que integran la Promoción "Humberto Medrano Cornejo". En 1973 egresaron dos promociones debido al régimen transitorio que siguieron los egresados en julio de 1973, quienes iniciaron sus estudios con el antiguo sistema. La adaptación al sistema de créditos tuvo que hacerse con un régimen especial, que implicaba que terminaran la carrera en nueve semestres. En julio terminó la Promoción "Filiberto Tarazona Flores", integrada por 45 alumnos y en diciembre la Promoción "Felipe Osterling Parodi", integrada por 76 alumnos.

LOS AUTORES

Julio Altmann Smythe, abogado, profesor universitario, especialista en problemas penitenciarios. **Mario Alzamora Valdez,** abogado, Profesor Emérito de nuestra Universidad. Durante 1973 enseñó Derecho Procesal Civil en nuestro Programa Académico. **Luis Bedoya de Vivanco,** abogado, egresado de nuestro Programa Académico en 1970. Se publica una síntesis de la tesis con que optó el grado de Bachiller en Derecho. **Sergio Cardenal M.,** abogado, egresó de nuestro Programa Académico en 1971. Publicamos una parte de la tesis con la que optó el grado de bachiller. **Carlos Fernández Sessarego,** abogado, profesor en varios Programas Académicos de Derecho y destacado profesional. **Domingo García Belaunde,** abogado, profesor a tiempo parcial en nuestro Programa Académico. Es profesor de Derecho Constitucional Peruano. **José Hurtado Pozo,** abogado, Doctor en Derecho por la Universidad de Neuchatel, Suiza, profesor a medio tiempo en nuestro Programa Académico, especialista en Derecho Penal. **Joaquín Leguía,** abogado, profesor de nuestro Programa Académico del curso de Derecho Colectivo del Trabajo. **Roberto Mac Lean,** abogado, Doctor en Derecho, Director de nuestro Programa Académico y profesor a tiempo parcial en el mismo. Enseña Derecho Internacional Privado, Derecho del Comercio Internacional y Derecho Comparado. **Alfredo Ostoja L. A.,** abogado, profesor a tiempo completo en nuestro Programa Académico. Enseña Derecho del Transporte. **Marcial Rubio Correa,** abogado profesor en nuestro Programa Académico y en Estudios Generales Letras. Enseña Derecho y Planificación, Introducción al Derecho y Reforma Agraria y Cooperativismo. **Néstor Pedro Sagüés,** abogado, Doctor en Derecho, Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales. Director del Instituto de Derecho Político de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en Rosario. **David Sobrevilla Alcázar,** abogado, Doctor en Filosofía, profesor de Derecho y Filosofía en la Universidad de San Marcos y de Filosofía en nuestra Universidad. **Fernando Vega Santa Gadea,** abogado, profesor en nuestro Programa Académico del curso de Derecho Penitenciario. Fue Director General de Establecimientos Penales entre 1967 y 1968. **Fernando Vidal Ramírez,** abogado, profesor a tiempo parcial en nuestro Programa, es Presidente de la Bolsa de Valores de Lima. **Eduardo White,** abogado, profesor de la Escuela de Ciencia Política de la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Funcionario del Instituto para la Integración de América Latina, **Luis H. Pásara,** abogado, profesor en nuestro Programa Académico de los cursos de Cooperativas Agrarias y Comunidades Campesinas y de Comunidades Laborales. **Jorge Santistevan,** abogado, profesor de Derecho Laboral en nuestro Programa. **Fernando de Trazegnies,** abogado, profesor a medio tiempo en nuestro Programa Académico. Enseña Filosofía del Derecho. Colaboró con la Comisión que elaboró el Anteproyecto de Ley de Propiedad Social.

Impreso en INDUSTRIAL**gráfica** S. A. Chavín 45 - Breña - Lima

INDUSTRIAL gráfica s.a.
IMPRESORES