

**PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATOLICA DEL PERU**

DERECHO

**NUMERO 32
LIMA, 1974**

LIMA, 1974

NUMERO 32

CONTENIDO

De los Editores

SECCION SOBRE EL DERECHO DEL MAR

El Derecho del Mar, y la Conferencia de Caracas,
José Luis Bustamante y Rivero 5

La Doctrina de las 200 Millas y el Derecho del
Mar, **Enrique García Sayán** 12

La Soberanía Marítima Hoy, **Raúl Ferrero Re-
bagliati** 28

Fundamentos de la soberanía marítima del Perú
hasta las 200 Millas, **Eduardo Ferrero Costa** 38

ESTUDIOS

Estructuralismo y Derecho, **Mario Alzamora
Valdez** 62

Debate en torno a la Acción Popular, **Manuel T.
Alvarez Simonetti** 73

Aspectos legales de los transplantes de órganos,
Jorge Avendaño Hubner 89

Algunas consideraciones en torno a los gobier-
nos de facto y las vigencias constitucionales, **Ja-
vier de Belaunde L. de R.** 93

Reforma Agraria Peruana: ¿una nueva ideología
jurídica?, **Alberto Bustamante Belaunde** 125

La Justicia en los orígenes de la Filosofía del
Derecho, **Domingo García Belaunde** 138

La interpretación de la ley en el Derecho Penal,
José Hurtado Pozo 162

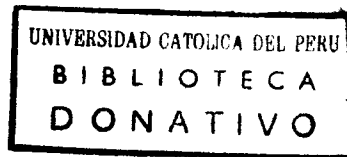
El nomen juris en relación con las causales de
invalidez del negocio jurídico, **José León Baran-
diarán** 178

El concepto de renta en la legislación tributaria,
Humberto Medrano Cornejo 183

Compraventas marítimas internacionales: con-
tratos FOB y CIF, **Alfredo Ostoja López Alfaro** 190

Algunas hipótesis sobre reforma de la minería
del cobre, **Luis Pásara Pazos** 218

PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATOLICA
DEL PERU



DERECHO

NUMERO 32
LIMA, 1974

DE LOS EDITORES

A manera de breve nota editorial, quisiéramos resaltar la inclusión en este número de nuestra revista de una sección especialmente dedicada al estudio del **Derecho del Mar** y de la posición peruana frente a él, con la que desearíamos contribuir a la difusión y fortalecimiento de los principios que la inspiran por considerarlos de gravitante importancia para nuestro país. Igualmente, deseamos destacar la creación de la sección **Notas y Comentarios**, la misma que intenta recoger artículos breves sobre temas de interés, cuya importancia justifique su difusión. Reaparece en este número la sección **Jurisprudencia Comentada**, en la que se han reunido asuntos de naturaleza civil, penal, tributaria y de comercio internacional. Finalmente, hemos querido contribuir al debate abierto sobre el **Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial**, incluyendo en este número los análisis que dos de nuestros profesores, hacen de dicho texto.

Teniendo en cuenta que DERECHO es una publicación del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, hemos tratado una vez más de que ella sirva de vehículo de expresión del trabajo académico de nuestros profesores, razón por la cual este número incluye —al igual que los recientes— numerosas colaboraciones de aquellos.

Un Consejo Editorial integrado por profesores y alumnos ha compartido la responsabilidad de la publicación de esta revista.

EL DERECHO DEL MAR Y LA CONFERENCIA DE CARACAS

A fines de este mes se iniciaron en Caracas las deliberaciones de la Conferencia mundial sobre Derecho del Mar que, convocada por Naciones Unidas y con la perspectiva de continuar en una segunda reunión en 1975, habrá de completar y revisar los deficientes y discutibles resultados que alcanzaron en esa rama jurídica las Conferencias de Ginebra de 1958 y 1960. Hace falta una divulgación de este tema.

Era indispensable un certamen internacional para poner al día las ya caducas instituciones del antiguo Derecho Marítimo, pues el vertiginoso desenvolvimiento que en el presente siglo han alcanzado ciertos fenómenos sociales (tales como la superpoblación humana, la escasez de alimentos, la contaminación atmosférica y marina, el admirable avance de la tecnología y la evolución de las tendencias sociológicas bajo el influjo de dos guerras mundiales) determina un profundo impacto en el Derecho y ha dejado rezagados muchos vigentes mecanismos del ordenamiento social.

De ahí que tenga yo como seguro que el fracaso virtual de las dos citas de Ginebra mencionadas arriba obedeció a que en ellas parecía ignorarse la verdadera dimensión de aquellos fenómenos y, por timidez o por cautela, se acudió a reformas de simple remiendo o de cariz transaccional, sin dar la debida importancia a algo que debió ser y debe seguir siendo el supremo concepto inspirador de la reforma en la legislación marítima, a saber: la necesidad de crear un derecho NUEVO, acorde con las necesidades de los pueblos del mundo en que hoy vivimos y no vaciado en esquemas fenecidos e inoperantes.

Esta aserción de que la tarea de la actual Con-

ferencia está llamada a consistir en una radical innovación del Derecho del Mar es una verdad tamaño, cuya comprobación fluye de un simple repaso histórico. Valga como ejemplo una ojeada al mundo de los siglos XVIII y XIX, en los cuales proliferaron los intentos de fijar en tres millas la anchura de los mares territoriales. En esos tiempos, las naciones alcanzaban apenas la cincuentena. Buen número de ellas, con la etiqueta de Estados, eran tan sólo pueblos débiles en recursos, en desarrollo, en cultura y en medios de defensa: cuasi-Estados, para decir verdad, en quienes el atributo de la soberanía funcionaba a menudo como obsecuencia ante el consejo o la demanda de algún "Grande". Otras de esas naciones, en apreciable proporción, vivían sometidas al sistema colonial entonces imperante, ya en tanto que colonias propiamente dichas o bajo el ropaje de un "protectorado", pero en todos los casos desprovistas de la autonomía de Estados. El grupo de las grandes potencias, muy pequeño por cierto, ejercía en realidad no sólo el pilotaje de la política mundial, sino la orientación y patronazgo del Derecho Internacional positivo; funciones éstas que, en veces, asumían forma preponderante en el campo de las relaciones diplomáticas con estados de menor poderío.

***Nota de Redacción.**- Este artículo fue redactado por el autor en junio de 1974 y publicado por partes en el diario El Comercio cuando recién se iniciaba la Tercera Conferencia Mundial sobre Derecho del Mar, celebrado en Caracas, cuya primera reunión ha concluido en agosto de 1974. La revista DERECHO publica el artículo, debido a la importancia del mismo que, en forma clara y sintética, resume la posición de quien siendo Presidente de la República, en 1947 promulgó el Decreto Supremo que estableció la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas. Publicamos también en esta sección, un trabajo del Dr. Enrique García Sayán, quien participó en esta iniciativa cuando era Canciller del Gobierno del Dr. Bustamante.

Así se forjó en aquellos siglos una etapa del Derecho Internacional. Mas esto no era, en verdad, Derecho Internacional genuino: era una tutoría del Derecho en la cual a los Estados-pupilos les faltaba capacidad de acción para participar del libre diálogo jurídico.

De este clima de entraña política, de ausencia de doctrina, de merma de la libertad contractual fue hija la concepción de las tres millas, cuya filosofía no ostentaba más justificación que las exigencias de la defensa militar medidas por el alcance del tiro de cañón. Fue, además, aquella una concepción rudimentaria, miope, sin hondura de análisis: al reconocer a todos los Estados mares territoriales de una anchura invariablemente uniforme de tres millas marítimas, sus autores no pensaron que las costas de cada país ofrecen gran variedad de características y de condiciones geográficas que las diferencian entre sí y hacen también diferentes las posibilidades de aprovechamiento que cada Estado puede asignar a su mar aledaño en función de las necesidades esenciales de sus pobladores y en función también de la mayor o menor amplitud de dimensiones de la fachada marítima de sus costas propias.

La condición de un país que linda en su ribera con un océano abierto a miles de millas de longitud aguas afuera no puede ser la misma que la de aquel que es ribereño de un mar interior, el Mediterráneo o el Báltico por ejemplo, donde a veces desde la costa de un Estado se divisan sobre la línea del horizonte los perfiles de las costas de otro. Un dictado del buen sentido y de la lógica jurídica señala para el primero de esos Estados una opción a disfrutar de un mar territorial más vasto que el que pueda atribuirse al segundo. La flexibilidad en la variedad ha de ser, pues, la peculiar característica de los mares territoriales en la concepción contemporánea.

En cambio, la llegada del siglo XX señala un vuelco en la historia social del mundo e infunde en el Derecho el estímulo de preocupaciones que antes no conoció. La explosión demográfica asoma como el más grande, acaso, de los problemas de la humanidad, con su cortejo de previsibles déficits de subsistencias, de agudas crisis de escasez de la vivienda y de inminentes perspectivas de desempleo por falta de medios de trabajo, con la agravante de que el progreso técnico disminuye la mano de obra. Como promisor alivio, los fecundos logros tecnológicos ofrecen cada día nuevos medios para incrementar la utilización de los recursos naturales en la atmósfera,

en las entrañas de la tierra y en las profundidades del mar; pero, con desgraciada equivalencia, los desechos de la gran industria, los detritus de las ciudades y los despojos de los naufragios emponzoñan el aire y contaminan, las aguas marinas y su preciosa fauna ictiológica.

Por último, las dos guerras mundiales con sus millones de vidas frustradas, su estéril secuela de ruinas y sus vejámenes de la civilización, dejan una lección incuestionable: en adelante, el deber primordial de las naciones habrá de centrarse en preservar, defender y promover al Hombre con todo lo que le es inherente; su dignidad de persona, sus fueros de ser pensante, sus funciones de elemento de una sociedad de convivencia organizada, su derecho a intervenir en la función pública, su vida necesitada de salud y de subsistencias.

Consecuentemente, el Derecho Internacional ha debido cambiar también su centro de gravitación y de objetivos, el cual será en lo sucesivo no ya el Estado, sino el Hombre. El Estado ha asumido la carga de procurar para el Hombre la consecución de los fines temporales de su existencia y de facilitarle el acceso a los recursos que ha menester.

Dentro de esta idea, el mar territorial abarca, como pertenencia del Estado en tanto que administrador de los fines del Hombre, todos los recursos naturales allí contenidos y utilizables o requeridos para el sostenimiento y desarrollo de la población humana del territorio ribereño; y ello, en la longitud y dimensiones que razonablemente juzgue prudente el Estado asignar a esa zona marítima en función de las condiciones geográficas de sus costas y del mayor o menor grado de necesidad de los recursos por parte de los pobladores. A un menor desarrollo del país, a un índice más pobre de calorías o de unidades proteínicas por habitante en las dosis alimenticia, corresponderá una mayor opción al acceso de los recursos y al área de soberanía marítima. Quiere decir, pues, que si un Estado juzga suficiente para sus fines legítimos un ancho de 60 ó 100 millas, fijará en esa cifra la medida de su mar territorial.

En este sentido deben ser precisados los alcances de la que se ha llamado, demasiado genéricamente, "doctrina de las 200 millas". No es, como propalan sus adversarios, que se pretenda rodear todas las costas del mundo de un cinturón uniforme de esa dimensión, sino que las 200 millas indicarán el máximo de anchura a que puedan llegar los mares territoriales, muchos de los cuales en la práctica habrán de ser más reducidos, ya por razón de estre-

chez en la conformación geográfica de los parajes, ya por la pobreza local de los recursos ictiológicos o mineros, ya por otros motivos. La misión de una Asamblea de Estados como la de Caracas no ha de llegar presumiblemente en estos casos sino a fijar los topes máximos de la línea exterior de los mares territoriales, pero siempre sobre la base antelada de los principios científicos y sociológicos en que reposa la nueva doctrina del Derecho Internacional.

Bajo otros aspectos, el espíritu de post-guerra ha hecho variar también en el Derecho Público la estructura constitucional de las naciones: el colonialismo ha desaparecido virtualmente; y las antiguas colonias, hoy pueblos independientes, tienen la facultad de ejercitar su derecho de libre determinación acerca de los problemas de la comunidad internacional sobre los cuales se pronunciaron dos siglos antes sus antiguas metrópolis. Obvio es admitir que en lo tocante —por ejemplo— al Derecho del Mar, los flamantes Estados no han de ratificar la moción de las tres millas que para los mares territoriales preconizaron en aquel entonces las potencias metropolitanas. Otro tanto ocurre en el aspecto tecnológico: la exploración de los recursos submarinos, que hasta hace pocos años no era factible más allá de los trescientos metros de profundidad, se realiza actualmente aún por debajo de los mil metros; y de ello emanan nuevas posibilidades económicas y jurídicas para el Estado ribereño, y alteraciones en el régimen de la plataforma continental.

Pruebas irrecusables son todas éstas de cómo el mundo ha dado un vuelco y de cómo se han transformado radicalmente las bases de la sociabilidad y del Derecho. Se verá claro ahora por qué dije al comienzo de este estudio que en lo que concierne al Derecho del Mar se precisa una tarea que no sea de transacciones y remiendos, sino de auténtica creación de un Derecho NUEVO, buscando, más que el precedente jurídico o un consenso general mínimo de opiniones, la sana evolución de la doctrina. En el devenir del perfeccionamiento humano, la evolución únicamente no alcanza a modificar ciertas nociones básicas o conceptos primarios del ser y del vivir que, como el bien y el mal, la justicia y la responsabilidad, son permanentes e intangibles en la conciencia humana por encima del tiempo y de los vaivenes de la voluntad.

II

Inspirado en la convicción de que era indispensable —ante la ausencia de una iniciativa de los or-

ganismos internacionales oficiales— afrontar de una vez por todas una renovación de ciertas pautas de Derecho, en lo tocante a nuestro propio mar, y partiendo de ciertos precedentes sentados por la actitud de otros Estados americanos (Estados Unidos por boca de su Presidente Truman, México, República Argentina y Chile), el Perú proclamó hace veintisiete años la **soberanía y jurisdicción** nacionales sobre su mar aldeaño en una extensión de hasta doscientas millas marítimas frente a la costa, sin perjuicio de la libre navegación de naves de todas las naciones. Tal proclamación implicaba asignar a esa área la calidad de **mar territorial**, pues en el Derecho Internacional el atributo de la soberanía —referido al Estado ribereño— corresponde exclusivamente a esta clase de mar.

La asignación de una anchura de 200 millas al mar territorial peruano no fue hecha a humo de pajas o en forma antojadiza: se hizo con referencia a la Corriente de Humboldt, llamada también Corriente Peruana, que en buena parte del año alcanza esa misma anchura máxima. A lo largo de ese curso de agua vive y fluye, como en su propio "habitat", una profusa variedad de especies ictiológicas, desde el cetáceo hasta la anchoveta, constituyendo un "complejo biológico" de admirable cohesión funcional y de unidad indivisible, como lo demuestran las leyes naturales de la llamada "cadena nutritiva" (1), la proliferación de plancton a beneficio de los peces y el influjo de la erosión mineral de las costas en la fertilización planctónica. Esa Corriente, que discurre pegada a la costa peruana, no podría ser segmentada ni desarticulada en cuanto a su administración estatal mediante una artificiosa frontera imaginaria con el mar libre —porque ello mutilaría en su trabazón integral toda labor soberana de policía, preservación, aprovechamiento o defensa de la riqueza allí existente. El complejo biológico es un todo con su "habitat" que es la Corriente, como una unidad orgánica; y por ello ese todo no debe disgregarse.

Esta especialísima posición del Perú, respecto de la Corriente, poco menos que UNICA pues sólo participan de ella el litoral Norte de Chile y las costas del Ecuador, otorga también a nuestro país un título jurídico especial y poco menos que exclusivo para reclamar como mar suyo el comprendido en el trayecto peruano de esa Corriente a todo el ancho de ésta, con todos los atributos de un mar territorial— pues mal podría el Estado vigilar, preser-

(1) En virtud de ella, unos peces devoran a otros más débiles como recurso normal alimenticio.

var, promover, aprovechar y defender los recursos naturales de ese trayecto si no goza de los derechos inherentes a la soberanía para imponer allí su autoridad.

Esta ampliación de los derechos de potestad soberana al área también ampliada de los mares territoriales, que preconiza el nuevo Derecho del Mar, no es, por lo demás, sino una consecuencia de las mayores responsabilidades que la moderna concepción sociológica y humana del mar territorial impone al Estado ribereño en cuanto a la custodia y uso de ese mar como fuente natural de recursos de la economía nacional de su pueblo, y, por tanto, elemento esencial de consecución de los fines del Estado. No se trata ya únicamente como en el Derecho antiguo, de repeler a tiros de cañón la asechanza eventual de posibles agresores. Se trata de una tarea permanente y compleja de administración integral, que abarca la procuración de alimentos marinos, la explotación marina y submarina de recursos orgánicos e inorgánicos, la lucha contra la usurpación de intrusos que pretendan burlar las prioridades nacionales y contra la depredación de los bienes marítimos por propios o extraños, la prevención de las causas y de los efectos de la contaminación ambiental y marina y, finalmente, la supervigilancia de las expediciones de investigación científica que, con tanta frecuencia, y con mambretes inocentes, disimulan el propósito de arrancar secretos naturales, detectar informaciones in situ o estudiar con interesada perspectiva las posibilidades económicas o industriales de la zona explorada. Resultaría ingenuo sostener que este cúmulo de facultades y precauciones pueda ser ejercido por una autoridad que carezca de la potestad soberana. No nos hagamos ilusiones ni admitamos disfraz de la verdad: en estos casos, una soberanía a medias, una jurisdicción dosificada por gotas o extensiva a sólo ciertos campos de dominio, es tan sólo un peligro o una ficción.

La conclusión es clara: la admisión de un mar territorial ampliado razonablemente es la solución cuerda para los mares territoriales del mundo; sin que pueda decirse —repetimos— que esa ampliación signifique invariablemente una faja uniforme de doscientas millas ni un recorte oneroso de la libertad de los mares, pues serán muchos los Estados que por su emplazamiento geográfico o por sus peculiares circunstancias de orden físico o social, señalarán una anchura menor.

Sin embargo, como este argumento referente al carácter oneroso de la medida se esgrime con notoria insistencia, cabe añadir que la noción de la liber-

tad de los mares ha sufrido reveses y variantes en el avance de los tiempos: del antiguo concepto irrestricto de esa libertad, que alentaba la piratería, el contrabando o tráfico ilícito y la impunidad penal, sólo han quedado vigentes como elementos reglamentables la pesca pacífica, en alta mar, y la libertad de paso o comunicaciones; elementos de los cuales el primero nadie discute, y en cuanto al segundo, todos o casi todos los Estados lo reconocen hoy igualmente aún dentro de sus mares territoriales sin traba alguna, ya bajo las formas de "paso inocente" que no es otra cosa que una libertad de tránsito condicionada al uso pacífico en territorio ajeno, conforme al principio universal de la "buena fe" que rige en el Derecho Internacional.

Si, por acaso, existen potencias que no se resignan a ese simple "paso inocente" de sus naves mercantes o de guerra, submarinas o de superficie, por aguas territoriales de terceros en tiempos de paz, parece ser éste el momento de reconsiderar tal criterio y situarse dentro de la nueva realidad jurídica.

En tiempo de paz, el principio de "buena fe" es el único válido en Derecho de Gentes; y según ese principio, no tiene explicación alguna que las naves de guerra de un Estado incursionen en mares ajenos sin aviso y sin licencia del soberano. Lo que allí existe no es una restricción del libre tránsito de un lado, sino un intento de exceso de poder, del otro lado.

III

Frente a la solidez de la tendencia doctrinal hacia la ampliación de los mares territoriales y presumiblemente con el designio de enervarla, se ha dado en asumir cierta reticente actitud contra este calificativo que al mencionar la "territorialidad", enuncia un nexo sustancial con el territorio; y es perceptible un movimiento dirigido a un cambio de la terminología jurídica aceptada, sustituyendo la voz "territorial" por alguno de otros vocablos poco afortunados. Pero no es razonable ese propósito, ya que difícilmente podrá encontrarse una mejor expresión que la del adjetivo "territorial" para designar un mar que por sus características propias —resumidas en el hecho de su dependencia plena de la soberanía local— se identifica e integra con el territorio mismo, en una sola unidad de derecho.

Entre las fórmulas escogidas figura una que concibe el mar ribereño de cada Estado como integrado por dos fracciones contiguas entre sí y paralelas ambas a la costa: la primera constituida por el mar

nacional o territorial, pegada a tierra y con un ancho de doce millas (según lo enunciado en Ginebra de 1958) sobre la cual el Estado ejerce su soberanía total; y la segunda llamada "mar patrimonial" (que algunos denominan también "mar económico"), lado a lado de la fracción anterior y comprendida entre la doce y las doscientas millas, como un remedo de la ya ensayada "zona contigua". Esta segunda fracción entra en rigor en la antigua clasificación de "alta mar" pero con la taxativa de que allí el Estado ejercería una porción limitada de soberanía o, para decirlo con mayor propiedad, una forma de jurisdicción especial sólo para el aprovechamiento de los recursos ictiológicos mediante la pesca a beneficio de los habitantes locales y con prioridad sobre pescadores extranjeros.

Esta proyectada innovación, no sólo afecta desventajosamente la terminología legal, sino ofrece además serios reparos de carácter sustantivo. De un lado, reduce a doce millas la extensión del mar territorial, que resulta así tan desmedrada e insuficiente como lo era la de tres millas dos siglos atrás, si se tiene en cuenta que, según la concepción contemporánea, ese mar constituye el depósito de los recursos naturales marítimos de la nación ribereña. De otro lado, la fórmula exhibe un nuevo esfuerzo de los Estados tradicionalmente pescadores para reducir en lo posible el área de los mares territoriales y para llevar sus flotas a las costas de remotos países ricos en fauna marina, cercenando con ello la legítima opción que estos últimos poseen de ejercitar la pesca en sus propias regiones geográficas.

Agréguese a lo dicho; las dificultades y conflictos que este régimen híbrido del mar ribereño habrá de causar al Estado local para cumplir sus funciones de preservación de las aguas de los riesgos de depreciación y contaminación y del espionaje pseudo científico.

Fácil es comprender que esta llamada tesis del "mar patrimonial" no ha dejado de levantar objeciones a fin de contrarrestar sus deficiencias y peligros; y así, ha trascendido el dato de que en las conferencias preparatorias de la convocada en Caracas se ha enunciado una enmienda a la cual se llama "la variante dura del mar patrimonial" en el sentido de que el derecho del Estado ribereño debe abarcar no sólo una opción **exclusiva** al ejercicio de la pesca, sino la **propiedad** de los recursos naturales todos del suelo y subsuelo marinos, todo ello con real soberanía; sin perjuicio de las licencias que el Estado podrá otorgar a Terceros sobre la exploración, explota-

ción y otras actividades industriales en esa zona, que sería de libre navegación.

Una nueva faceta en los problemas referentes al mar territorial vino a hacerse presente cuando hace pocos años fue presentada en Naciones Unidas, con el franco patrocinio de las grandes potencias, la llamada "Proposición de Malta": una tesis acerca de la utilización de los fondos marinos según la cual se declara que estos fondos de la alta mar y todos sus recursos y riquezas, a partir de la línea exterior de los mares territoriales donde termina la soberanía y jurisdicción de los Estados ribereños, constituyen patrimonio común de la Humanidad y deben ser aprovechados en beneficio del Hombre para su subsistencia y desarrollo integral. Sabido es que "alta mar" o "mar libre", como bien de la comunidad internacional, era en Derecho un dominio de todos y de nadie; pero en la práctica, se reducía ser un dominio inmóvil o pasivo y en cierto modo estéril, como no fuese en su aspecto de instrumento de comunicaciones. Asociado hoy ese dominio al problema demográfico (plétora de población, aumento de necesidades, escasez de recursos), se quiere darle una finalidad de efectivo provecho humano. Desde este punto de vista, el proyecto no merece sino elogio.

Pero al ser él tramitado en Naciones Unidas, se incurrió en una extraña y deplorable omisión. Acaso el deslumbramiento del objetivo humanitario perturbó en ciertos Estados - Miembros la visión de un hecho que debía ser considerado preliminarmente, antes de entrar en el análisis de la iniciativa maltesa. Hasta aquel momento el Derecho Internacional no había logrado definir la posición del lindero exterior de los mares territoriales ni la extensión de sus dimensiones hacia "alta mar"; y a la elucidación de este "suspense" se hallaba inscrita entre los asuntos pendientes en el "Orden del Día" de la Organización. Lo natural habría sido, pues, que al dar paso a la propuesta de los "Fondos Marinos" y al instituir la Comisión que había de estudiarla, las Naciones Unidas dejaran constancia expresa de que ello no implicaba en favor del flamante enunciado ninguna prioridad de trato en el "Orden del Día"; y, antes bien, que esa prioridad correspondía a los problemas sobre el régimen de los mares territoriales; toda vez que mientras no fuese conocido y sancionado el límite externo de estos últimos, no podía en manera alguna ser determinada el área ni los límites de los "Fondos Marinos". Pero no se hizo así, y los "Fondos" quedaron como tema preferente. Por tanto, es preciso que ahora, al iniciarse la Conferencia de Caracas, las Delegaciones territoriales

exijan de la Mesa Directiva que el yerro se rectifique, en el explicable interés de imponer en los debates el método y la equidad que el Derecho y la lógica reclaman.

Anticipándome a la discusión —dentro de la Conferencia— de lo que constituye la enjundia de la propuesta sobre "Fondos Marinos", quiero hacer una apostilla que puede —en su momento— servir de saludable prevención contra un espejismo capaz de crear inmotivados prejuicios contra cualquier acuerdo general de ampliación de los mares territoriales. De primera intención, es fascinante el argumento de que una agrupación de todos los Estados del mundo, creada para hacer de los recursos de los "Fondos Marinos" una reserva comunitaria universal, ofrecería una perspectiva más humanizante y generosa que la que pudieran presentar muchos países individualmente dedicados a explotar por sectores nacionales la fracción de esos recursos comprendida en la zona de ampliación de cada mar territorial. Pero examinado el caso en su fría realidad objetiva se comprueba que las cuatro quintas partes —o sea el 80 por ciento de los Estados del mundo actual tienen ribera marítima, correspondiendo sólo el quinto restante— o sea el 20 por ciento a los Estados mediterráneos (que son alrededor de 30 sobre 150); de modo que aquella copiosa mayoría del 80 por ciento de Estados hoy provistos o dispuestos a proveerse de mares territoriales amplios, serían ya beneficiarios efectivos o potenciales de los recursos inmersos y profundos de ese litoral y estarían en aptitud de explotarlos y administrarlos por sí mismos en todo el ancho de sus costas, sin la necesidad de la ingerencia de terceros Estados u Organismos, con la ventaja adicional de evitar el gigantesco y costoso aparato de un Cuerpo de regencia ejecutiva mundial manejado por manos burocráticas.

En nuestra época, el poder de las finanzas internacionales y las facilidades del crédito capacitan a cualquier Estado, aún a los no desarrollados suficientemente, para flotar grandes empresas y utilizar los más altos exponentes de la tecnología. Por cierto que este régimen uninacional abarcaría solamente las fajas de aguas ribereñas constitutivas de los mares territoriales no excedentes del máximo permisible de 200 millas; en lo que concierne a los "Fondos Marinos" propiamente dichos, o sea el núcleo central de cada uno de los océanos, excluida la faja circundante sometida a la territorialidad, se podría iniciar allí el régimen de internacionalización previsto en la propuesta ecuménica de Malta con prudente graduación, dando la opción sin distinguiendo

al aprovechamiento de los recursos por todos los Estados del orbe; y entonces cabría también determinar si las cuotas de participación en los beneficios que se obtuvieran de ese núcleo industrializado habrían de ser proporcionales a la longitud de las riberas de cada Estado marítimo o si, en aras de la justicia social, serán inversamente proporcionales al grado de desarrollo integral de cada Estado o a su grado de solvencia financiera, es decir, que a menor desarrollo, mayor proporción de cuota adjudicable.

Finalmente, en lo tocante a los Estados mediterráneos, cabría una doble opción: ya la celebración de pactos convencionales de Estado a Estado sobre otorgamiento de salidas territoriales al mar, creación de puertos o aeropuertos libres u otro género de liberalidades compensatorias, en los casos en que antecedentes históricos especiales justificaran tales fórmulas; o ya la asignación por parte de la Comunidad Internacional, dueña de los Fondos Marinos, de una cuota periódica razonable proveniente de los beneficios que rindan esos Fondos, en vía de indemnización por el enclaustramiento territorial; todo ello sin perjuicio de una legislación internacional que determine las obligaciones de vecindad que en cuanto a tránsito, y aduanas deban reconocer los Estados marítimos contiguos en favor de los Estados en clausura geográfica.

Esta visualización panorámica de la tesis sobre "Fondos Marinos" muestra que la fórmula de internacionalización comunitaria sometida a Naciones Unidas no es la única posible; y que cabe una coexistencia de sistemas que, sin excluir la comunidad para los núcleos oceánicos, deje a los Estados marítimos en aptitud de mantener bajo su dominio y de explotar por sí mismos los fondos de sus mares territoriales, ampliados a juicio de los interesados hasta una distancia de no más de 200 millas de la costa.

Por eso, al resolver este problema, procuremos descartar todo espejismo de grandiosos proyectos que lindan en lo supranacional y puedan resultar por el momento prematuros o inasibles; y atengámonos a la realidad para mejorarla y superarla juiciosamente.

Es comprensible que el afán de las evoluciones aceleradas pueda suscitar el deseo de introducir en la estructura de Naciones Unidas un ensayo de la empresa única internacionalizada en forma poco menos que supranacional, para de este modo, comenzando por la vía del fenómeno económico, llevar a los hombres al desideratum de un gobierno mundial único.

Pero en tanto que no arraigue en las conciencias la convencida certidumbre de que un Poder Supremo internacional no habrá de inspirarse en otros principios que los de la fraternidad, la igualdad, la honestidad y la justicia (en vez de hacerlo en ciertas prácticas que actualmente predominan de prepotencia hegemónica, de egoísmo inhumano de los intereses, de diplomacia secreta que estrangula la formación de la opinión pública sobre el destino futuro del mundo, y de escarceos bélicos de ensayo traducidos en oscuras guerras locales detrás de las cuales parecerían alentar designios de hegemonía política o económica) no es probable que un consenso mundial de Estados se avenga a reemplazar por un supranacionalismo incierto, verosímilmente proclive a la dictadura, el actual régimen de las nacionalidades defendido por el relativo resguardo de las soberanías estatales.

IV

En los últimos años y como proceso preparatorio para la definitiva conferencia sobre Derecho del Mar, se han efectuado repetidas reuniones preliminares, unas entre grupos de Estados latinoamericanos o del Tercer Mundo y, otras, en los Estados Unidos bajo la égida de Naciones Unidas; habiendo aportado igualmente su colaboración el Comité Interamericano de Juristas de Río de Janeiro.

Aunque esas reuniones se han señalado por la parquedad de informaciones acerca de su contenido, ha podido saberse que en lo que toca al fondo de los problemas las labores no consistieron propiamente en la defensa argumental de la doctrina sostenida por los diferentes Estados sobre cada materia en el campo del Derecho, sino más bien en el empeño de escudriñar y reunir los "puntos de coincidencia" que en lo tocante a la nueva legislación del mar pudieran servir de base a una plataforma mínima común, a fin de que en el momento de las formulaciones contractuales fuese factible llegar a la suscripción de los llamados "tratados-marco", dentro de los cuales cupiera un consenso general o de principio sobre los temas básicos, aunque también variantes de extensión o de matices dentro del marco de las estipulaciones.

Con el natural respeto, me permito disentir de esta metodología porque creo que ella no garantizará el verdadero avance del Derecho en cuanto disciplina científica doctrinal. El sistema del "consenso mínimo" o del "mínimum de coincidencias" no construye ni crea Derecho: cuando más, registra o recoge lo que en un determinado momento constituye la política jurídica de cada Estado; y todos sabe-

mos que las realidades jurídicas exhiben la "política nacional", mas no siempre la puridad del pensamiento doctrinario y justiciero en cada tema o materia. Lo que todo el mundo desea en la próxima Conferencia es que se alcance la forja de un nuevo y auténtico Derecho del Mar, que prescribe lo que "debe ser" y no simplemente lo que "es"; que trasunte las exigencias actuales de la justicia y las nuevas tendencias sociales donde bullen esas exigencias y en ningún caso las tendencias particularistas de cada Estado. En este sentido, lo más útil habría sido tal vez acordar que en las reuniones preliminares cada Delegación hiciera conocer abiertamente la posición de principio y de legislación que su país hubiese adoptado sobre cada uno de los temas básicos, dígase mar territorial, mar patrimonial, plataforma submarina o fondos marinos oceánicos, con la consiguiente alegación de argumentos y motivos de hecho y de derecho, a fin de que su fuerza persuasiva allegase nuevos prosélitos a la posición enunciada. De este modo se habría contado en la etapa actual con un caudal más rico de enunciados doctrinales y con un bagaje más depurado y completo de puntos armonizados en los debates internos, en vez del vago y confuso cúmulo de conjeturas con que ingresa la Conferencia a su etapa de deliberaciones.

En otro aspecto han dejado también deficiencias las reuniones preparatorias; y es en el de la publicidad. Ha escaseado la información oficial sobre ellas y, consecuentemente, la información de prensa. Se ha hecho en buena cuenta trabajo de gabinete, pero cuya entraña no ha podido ser aireada por el comentario periodístico ni por la crítica oportuna de la opinión culta. Y así, el advenimiento de la Conferencia viene a sorprender a las gentes en una actitud de carencia de luces sobre lo que va a ser realmente este certamen. Menos mal que en los recientes días la diligencia de los corresponsales de agencias noticiosas se ha esforzado desde Caracas en transmitir detalles de último momento sobre los principales problemas de sustancia y de procedimiento que inquietan a los dirigentes de la desbordante Asamblea.

Así asoma la Conferencia de Caracas como la convocatoria más numerosa y una de las más importantes de los últimos tiempos, para tratar de un tema de expectativa mundial. No cabe sino hacer votos por su éxito en bien de la Humanidad; pero sin olvidar que, para verlo conseguido, será preciso que las Delegaciones de los Estados lleven la decisión de HACER DERECHO; de acuñar un verdadero Derecho del Mar y no una Política del Mar.

Lima, junio de 1974.

LA DOCTRINA DE LAS 200 MILLAS Y EL DERECHO DEL MAR

Bien puede decirse que ninguna otra rama del derecho internacional público ha cambiado más en los últimos cuarenta años que la relativa al derecho del mar. La Conferencia de La Haya de 1930 convocada por la antigua Liga de Naciones con la intención de codificar las leyes del mar y en la que participaron 42 países, llegó a su fin sin haber alcanzado su propósito y todo lo que quedó de ella fue la evidente tendencia de los Estados costeros a extender los límites de su jurisdicción marítima, y la existencia de una variedad de medidas concernientes a las aguas territoriales. La supuesta regla de las tres millas fue, según expresión de Gidel, "el ídolo caído" de la Conferencia.

En ausencia de normas internacionales que gobernarán la utilización del mar como una fuente de riqueza, el mundo entró, entonces, en una nueva era de medidas unilaterales de "auto-protección" adoptadas por los respectivos Estados. Un Memorándum del Secretario General de las Naciones Unidas publicado en 1949 encontró que la acción de los Estados a adoptar tales medidas era inatacable desde el punto de vista de la justicia internacional, dado que el conflicto de intereses había frustrado hasta ahora los intentos de codificación y había hecho la adopción de reglas que pudieran ser aceptadas por todas las naciones más difícil en este campo del derecho internacional que en cualquier otro.

Un nuevo intento de codificación se llevó a cabo por la Organización de las Naciones Unidas en las dos conferencias que convocó en Ginebra en 1958 y 1960. Pero tampoco se llegó a un acuerdo sobre el límite de las aguas territoriales. Sin embargo, cuatro convenciones, adoptadas por mayoría, resultaron de la Conferencia de 1958, de las que la relativa a la plataforma continental es la única que incorpora un nuevo concepto al derecho del mar.

En la continuada ausencia de reglas internacionales, la tendencia de los Estados costeros a extender su jurisdicción ha proseguido y las proclamacio-

nes que datan de la década de los años 40 bien puede decirse que están adquiriendo fuerza de costumbre y, en todo caso, consolidándose. Al mismo tiempo, el desarrollo de la ciencia y de la tecnología demuestra aún más claramente las posibilidades que ofrece el mar como fuente de alimentación y de riqueza, en general, para la humanidad. En consonancia con este proceso, las Naciones Unidas están otra vez preparando una tercera Conferencia Mundial sobre el derecho del mar en la que alrededor de 140 países participarán para debatir y resolver, si es posible, las cuestiones y problemas pendientes, así como algunos nuevos que se han suscitado, tales como el desarrollo y aprovechamiento de los fondos oceánicos más allá de los límites jurisdiccionales de los Estados costeros, para el bien común de la humanidad.

*Traducida especialmente para nuestra Revista de una transcripción magnetofónica en inglés, publicamos la conferencia que por invitación de la Universidad de Oxford ofreció en el "All Souls College" de ese antiguo centro de estudios, el doctor Enrique García Sayán, el 14 de mayo de 1973, sobre el límite de las 200 millas en el derecho del mar. Presentó al conferenciante el Profesor principal de Derecho Internacional Público en Oxford, Daniel P. O'Connell, quien destacó el papel del doctor García Sayán, como Ministro de Relaciones Exteriores, en la formulación en 1947 de la tesis peruana y, luego, en una sucesión de reuniones internacionales en las que ha participado. Consideramos que la disertación del doctor García Sayán conserva toda su vigencia ante los últimos desarrollos, incluso la Conferencia de Caracas, en cuya primera fase de debates y proposiciones (julio-setiembre 1974) la distancia de 200 millas ha sido generalmente aceptada como límite, aunque sin haber cobrado expresión tal consenso en ninguna resolución. Asimismo, conceptuamos que dicha disertación debe haber tenido la virtud de familiarizar con la génesis, fundamentos y progresión de nuestro caso, a un auditorio como el de Oxford, poco propicio a aceptarlo y en circunstancias en las que Gran Bretaña impugnaba a Islandia, en la llamada "guerra del bacalao", la extensión de la jurisdicción pesquera de esa pequeña isla.

Las proclamaciones del Presidente Truman, 1945.

El movimiento de ideas que siguió a la frustrada Conferencia de La Haya de 1930, llegó a un punto de consecuencia de gran alcance, con las proclamaciones del Presidente Truman de los Estados Unidos de América del 28 de setiembre de 1945, expresadas en realidad en dos instrumentos distintos, aunque complementarios. El primero declaraba la pertenencia de los Estados Unidos y su "jurisdicción y control" [respecto a los recursos naturales] de la plataforma submarina o zócalo continental, con expresa exclusión de los mares que la cubren. En el segundo instrumento se declaraba el derecho de los Estados Unidos de establecer "zonas de conservación" para proteger los recursos pesqueros en áreas de alta mar contiguas a sus costas.

Se introdujo de esta manera, unilateralmente, en el vocabulario internacional y se le invistió de autoridad oficial por una de las mayores potencias, el concepto de la plataforma submarina o zócalo continental y el del derecho del Estado costero de establecer en alta mar, áreas de jurisdicción y control para la conservación y utilización de las pesquerías y otros recursos marinos.

Aún cuando el lenguaje de estas proclamaciones del Presidente Truman fue extremadamente cauto, y el concepto de soberanía no es mencionado en ellos —solamente se habla de jurisdicción y control— y por más que el respeto a la libertad de alta mar sea reiterado, hay nociones generales como la de "auto-protección" mencionada en el preámbulo, que estaban llamadas a estimular otras reivindicaciones.

Las proclamaciones Truman no dieron lugar, por lo demás, a observaciones o reparos de parte de otros Estados, que vieron las ventajas que su adopción podía traerles —especialmente a aquellos con extensas plataformas continentales—. Sin embargo, fueron varios países latinoamericanos —México, Argentina, Chile y Perú— los primeros en inspirarse en las proclamaciones del Presidente de los Estados Unidos para formular sus propias declaraciones que iban más allá de la de los Estados Unidos. México por una declaración del 29 de octubre de 1945, reivindicó la plataforma submarina con las riquezas que contiene y, además, el aprovechamiento y control de zonas de protección pesquera "independientemente de las distancias que las separa de las costas" y "de las que depende el bienestar nacional". La proclamación argentina (11 de octubre de 1946) sin señalar una distancia particular, declaró la soberanía de la nación sobre el zócalo continen-

tal y el mar que lo cubre. Chile, por una declaración presidencial (23 de junio de 1947) proclamó la soberanía de la nación sobre el zócalo continental y los mares adyacentes a sus costas hasta una distancia de 200 millas náuticas. Luego vino el Perú. Alineándose con su vecino del sur, Chile, y por algunas razones adicionales que le son propias, también proclamó, por Decreto presidencial del 1o. de agosto de 1947, la soberanía y jurisdicción nacionales sobre la plataforma submarina y las aguas que la cubren, así como respecto de una zona de mar adyacente a su línea costera, hasta una distancia de 200 millas náuticas, para reservar, proteger, conservar y utilizar los recursos y riquezas naturales de toda clase que en o debajo de dicho mar se encuentren. Todo esto sin perjuicio de la libre navegación de barcos de cualquier bandera. Se entendió también que la naturaleza exclusiva de la jurisdicción así proclamada no impediría al gobierno peruano el autorizar a nacionales de otros Estados para ejercitar actividades pesqueras dentro de la zona sometida al control del Perú y según las reglamentaciones del régimen peruano.

De esta manera hizo su entrada en el derecho internacional del mar, la soberanía del Estado costero hasta una distancia de 200 millas náuticas. Fue este un nuevo límite jamás pensado antes y ciertamente hubo reservas tanto en el caso de Chile cuanto en el del Perú, de parte de ciertas potencias marítimas (Reino Unido, Estados Unidos) que consideraban al nuevo límite contrario al derecho internacional.

La proclamación del Perú, fue seguida por la de cuatro Estados centroamericanos. Mas ningún otro acto confirmatorio tuvo mayor significación para la doctrina de las 200 millas que la llamada "Declaración de Santiago" firmada en la capital de Chile en junio de 1952 por Chile, Ecuador y Perú. Desde entonces los tres países han sostenido la soberanía que proclaman sobre un área de 200 millas, dentro de todo un sistema subregional, conocido como el Sistema Marítimo del Pacífico Sur, el que cuenta con una Comisión Permanente, un Secretariado General y que ha sido mejorado y consolidado a través de una serie de convenios y resoluciones que hoy forman un cuerpo no sólo de doctrina, sino también de medidas prácticas para la conservación de las especies en esa zona.

En el corto tiempo a mi disposición no puedo describir, como no sea muy brevemente y en sus grandes lineamientos, el desarrollo de una doctrina

con la que nueve países latinoamericanos están hoy asociados por actos de derecho positivo, y en la que todos los otros, como veremos, han convenido de algún modo. Sin embargo, antes de entrar a ocuparme de este proceso, desearía concentrarme en el principal propósito de esta disertación que es el de examinar los factores y circunstancias que llevaron a las proclamaciones de 200 millas y, también, las varias razones geográficas, biológicas, económicas, sociales y jurídicas, alegadas en su apoyo. Creo que ningún otro caso ilustra mejor el razonamiento que el caso de mi propio país, el Perú. Porque Perú —poseedor posiblemente, de los más ricos campos pesqueros del planeta— ha llegado a ser, desde 1963, al amparo de su límite de 200 millas, la primera nación pesquera del mundo, proveyendo así la más convincente evidencia en favor de las razones en que se basa nuestro planteamiento.

Actos de derecho positivo.

Las proclamaciones iniciales a las que me he referido, de Estados Unidos, México, Argentina y Chile, diferían en su contenido y alcance, pero derivaban todas no tanto de motivaciones políticas o de doctrinas preconcebidas, como de consideraciones económicas de orden práctico. Ellas dejaron establecida, de una parte, la pertenencia del Estado costero respecto de los recursos de la plataforma submarina o zócalo continental y de otra la existencia bajo distintas denominaciones y atributos, de una competencia exclusiva o preeminente del Estado costero respecto de áreas específicas consideradas antes como de alta mar, contiguas a sus costas, en la extensión necesaria para asegurar la conservación y el uso para beneficio de su población, de los recursos vivos y minerales existentes en esas áreas.

En vista de la fundamentación de estas proclamaciones se vió claro que estábamos en los albores de una nueva era en el derecho internacional marítimo. En el caso del Perú, la situación tenía que ser mirada con el mayor cuidado, en razón de sus intereses y aspectos particulares.

El mar peruano.

Un conjunto de circunstancias naturales favorables han hecho del mar adyacente a las costas del Perú —de una longitud de cerca de mil millas— uno de los más ricos en recursos biológicos. Entre estas

circunstancias debe mencionarse las características geológicas y morfológicas de nuestra costa, la corriente fría que corre a su largo proveniente del Antártico, y las substancias minerales y orgánicas que descargan en el mar los ríos que descienden de los Andes o que son traídas por los vientos, desde las montañas. La concurrencia de éstos y otros factores, que no trataré de describir ahora, da a las aguas adyacentes a nuestra costa su extraordinario poder vital y hacen así de este mar uno de los más ricos en recursos pesqueros.

La tierra y la nutrición.

Así como la naturaleza fue pródiga al llenar los mares contiguos a nuestra costa con abundantes recursos, del mismo modo puede decirse que fue avara en lo que respecta a la tierra. El Perú cubre 1'250,000 kilómetros cuadrados, o sea una extensión aproximadamente igual a la de España, Portugal, Francia, Bélgica, Holanda y Dinamarca juntas y tiene, según el último censo, cerca de catorce millones de habitantes. ¿Qué significa todo esto para el Perú? Una enorme tarea por realizar. Los índices de crecimiento de la población indican que se habrá llegado a los veinte millones de habitantes en 1980.

Frente a esta fuerte presión demográfica, el problema de la insuficiencia de recursos alimenticios se está haciendo agudo. El cinturón verde que corre a lo largo de la costa de Sudamérica se detiene en el Perú. La costa peruana es un desierto; sólo 3.1/2 o/o de su superficie está bajo cultivo por medio de sistemas de irrigación. Además, los Andes cubren una gran parte de nuestro territorio y constituyen una barrera formidable a las comunicaciones. De aquí que la tierra cultivada sea escasa y no provea a nuestro pueblo de suficiente alimentación.

Compensación de los recursos pesqueros.

En esta situación de desnutrición la abundancia de los recursos pesqueros provee de una fuente fácilmente accesible de proteínas, grasas, minerales y vitaminas para nuestra población sub-alimentada. Aunque los habitantes de nuestro territorio que viven cerca del mar han usado esta fuente de alimentación desde tiempos inmemoriales, es solamente en los últimos treinta años aproximadamente, que en el Perú y otros países americanos se ha tomado plena conciencia de la magnitud e importancia del mar

como fuente de alimentación. La industria pesquera moderna sólo tiene esa antigüedad. Antes de ella, los métodos empleados eran primitivos e individuales.

Las aves guaneras.

Intimamente relacionada con nuestra ecología marítima y con el marco socio-económico del hombre en el Perú, está el singular fenómeno de las aves productoras del guano, que viven en las islas y promontorios de nuestra costa. Los depósitos de estas aves —de los que un promedio de 300,000 toneladas se ha extraído en los años máximos— constituyen un fertilizante natural de un alto contenido de nitrógeno y fosfatos, que llegó a proveer a la agricultura peruana de cerca del 90 o/o de sus requerimientos en la materia. Ellas también proveen al Estado, a quien pertenecen estos recursos, de una fuente de ingresos. Un pequeño pez, la anchoveta (diferente de la anchoa europea) es el principal alimento para estas aves. Sin embargo, a pesar de su abundancia, la anchoveta estaría amenazada de extinción por la pesca indiscriminada que de ella se hace para convertirla en harina de pescado o en carnada para especies mayores, como el atún. Autoridades técnicas en la materia, como el finado biólogo norteamericano Robert Cushman Murphy, han señalado en términos dramáticos el peligro que se cierne sobre un elemento tan importante de nuestro bioma marino, como es la anchoveta, eslabón básico de nuestra cadena ecológica y del que depende la producción futura del guano y de la harina de pescado en el Perú, y han insistido en la necesidad de adoptar medidas de conservación.

La necesidad de una acción protectora.

Ante tal vista del cuadro y con datos e informaciones que diariamente traían más pruebas adicionales de la inmensidad de nuestros recursos marinos, la necesidad de adoptar las medidas pertinentes de salvaguardia se hizo evidente y apremiante.

Al llevar a cabo los estudios necesarios de las medidas requeridas, se reunió material de varias fuentes. La Marina proveyó cartas geo-morfológicas y batimétricas de nuestra costa y del mar adyacente. Entre los estudios ecológicos y biológicos tomados en consideración estuvieron los del profesor Erwin Schweigger, una reconocida autoridad en este campo. En su libro "La Costa del Perú", publicado

en 1947, expresó que el límite biológico de la corriente peruana se encontraba a una distancia de 80-100 millas de la costa en el verano y de 200-250 millas en el invierno. Era un hecho conocido que mientras algunas especies, tales como la anchoveta, se encuentran generalmente cerca de la costa, ellas emigran ocasionalmente —bajo la influencia de varios factores— a 60 ó más millas hacia afuera. Otras especies como el atún y el barrilete se encuentran entre las 20 y las 30 millas de la costa; mientras que los cachalotes y las ballenas emigran algunas en la zona norte hasta 100 ó más millas de la costa. Se vio así que en orden a conservar estas especies aprovechables de nuestro complejo marítimo biológico, era necesario extender una política de control y preservación hasta una distancia de alrededor de 200 millas. Se decidió entonces por el Gobierno de la época, usando el derecho de auto-preservación, tomar la acción necesaria a tal fin.

En atención a todo ello, y como Ministro de Relaciones Exteriores en la época, preparé un proyecto de declaración que sometí a la ilustrada consideración del entonces Presidente del Perú, José Luis Bustamante y Rivero, un jurista eminente que más tarde iba a ser elegido Juez de la Corte Internacional de Justicia y, subsiguientemente, su Presidente. El proyecto cobró forma, finalmente, en un Decreto Supremo, expedido el 1o. de agosto de 1947, que el Presidente Bustamante firmó y que yo, a mi vez, refrendé. De esta suerte me siento, pues, asociado, desde su origen, con la proclamación que hizo el Perú de un límite de soberanía y jurisdicción marítimas hasta las 200 millas.

Aparte de las razones geo-morfológicas y socio-económicas mencionadas en el preámbulo del Decreto para ejercer la soberanía sobre el zócalo continental y los recursos pesqueros y otros naturales en los mares adyacentes, el caso de las aves guaneras y las especiales medidas de salvaguardia que requerían, fueron también expresadas en el Decreto. No nos alineamos, pues, con el límite de 200 millas adoptado unas seis semanas antes por Chile, simplemente como una generalización de tal límite, sino en consideración a realidades de nuestro propio caso. Además, tanto para el Perú como para Chile, el concepto del zócalo continental era insuficiente. En algunos puntos no alcanza ni a dos millas de ancho, y sólo en un sector se extiende hasta 60 u 80 millas.

El Decreto, en su parte declarativa, proclamó la soberanía y la jurisdicción nacional sobre el zócalo

continental y las aguas que lo cubren y —haciendo abstracción de la anchura del zócalo— sobre una área de mar adyacente a la costa hasta una distancia de 200 millas náuticas, en orden a reservar, proteger, mantener y utilizar los recursos naturales y las riquezas de cualquier clase existentes en o debajo de ese mar. El límite de 200 millas quedó sujeto, por lo demás, a alteración “por razón de los nuevos descubrimientos, estudios o intereses nacionales que fueren advertidos en el futuro”. Parece obvio que si hubiésemos proclamado soberanía simplemente sobre el zócalo continental y las aguas suprayacentes, habríamos quedado cortos en proteger nuestras pesquerías, que se encontraban en ese tiempo amenazadas. Tampoco habrían quedado ellas suficientemente protegidas por la mera afirmación de un derecho de establecer en una fecha ulterior zonas de conservación en alta mar, a manera de la proclamación de los Estados Unidos.

Finalmente el Decreto establecía, como la proclamación chilena, que el derecho de libre navegación de naves de todas las naciones dentro de la nueva zona y de acuerdo con el derecho internacional, no era afectado.

Fue generalmente entendido que la jurisdicción exclusiva así proclamada no impediría al Gobierno peruano autorizar a los nacionales de otros países a participar en operaciones pesqueras en la zona, sujetándose a la reglamentación que se expidiera posteriormente.

Efectos de la acción tomada.

La trascendental acción así adoptada casi simultáneamente por Chile y Perú, no fue objeto al principio de muchos comentarios, poco preparada como estaba la opinión pública para captar plenamente su alcance y significado. Pero la reacción de afuera no tardó en manifestarse en la forma de reservas oficiales de parte de ciertos poderes marítimos, como el Reino Unido y los Estados Unidos. Consideraban que nuestras reivindicaciones eran contrarias al derecho internacional. Luego de nuestras respuestas con argumentos de apoyo, empezó un debate general que ha durado ya por 25 años. De este debate, lo que al principio pudo haber sido sólo una tesis, puede decirse que ha emergido una doctrina. Y esta doctrina no ha cesado de ganar terreno en el derecho internacional del mar.

Creo oportuno decir aquí que el límite de las 200 millas nunca se declaró con un sentido de aplicación universal. Se justificaba en países como Perú y Chile, con inmensos espacios oceánicos frente a sus costas, prácticamente no tocados por actividades pesqueras foráneas, con problemas socio-económicos para los cuales los recursos marítimos ofrecían una solución. Sin perder de vista que el derecho internacional es en principio uno y uniforme, que siempre ha buscado formular reglas generales aplicables a todos los Estados, seguimos creyendo que es posible, sin renunciar a esta idea, considerar la elaboración de reglas tales que puedan ser adaptadas a la particular situación de ciertos Estados.

Teniendo en mente esta idea, trataré de referirme, en sus lineamientos generales, a los sucesos más significativos en la consolidación de la doctrina de las 200 millas.

Desarrollo de la reivindicación de las 200 millas.

Dos repúblicas Centroamericanas fueron las primeras en asociarse al límite de las 200 millas: Costa Rica en 1948 y El Salvador en 1950, la última incorporando el principio en su Constitución, como aguas territoriales. Guatemala (1949) y Nicaragua (1948-1950) y el Brasil también declararon al zócalo continental como parte del territorio nacional. Gran Bretaña, el más consistente adversario a innovaciones en estas materias, pasó “Orders in Council”, entre los años 1948 y 1950, incorporando a sus posesiones en el hemisferio americano (Honduras Británica, Bahamas, Jamaica y las islas Falkland) el área del zócalo continental que se encuentra debajo del mar contiguo a las costas de estas posesiones.

En 1952, Chile, Perú y Ecuador por la ya mencionada “Declaración de Santiago” establecieron el innovación de este documento fue que el límite de las 200 millas quedó fijado y, en realidad, se señaló como una distancia mínima; y la expresión “libre navegación” usada en las declaraciones originarias de Chile y del Perú, se cambió por la de “pasaje inocente”.

En el mismo ámbito latinoamericano se llevaron a cabo varias reuniones, pudiendo señalarse como el más importante desarrollo a los llamados “Principios de México” (1956) en los que se enunció —como una expresión de la conciencia jurídica del hemisfe-

rio— que cada Estado puede establecer dentro de límites razonables, la extensión de sus aguas territoriales.

En el año de la “Declaración de Santiago” (1952) una expedición ballenera francesa se aventuró cerca de nuestras costas y obtuvo una abundante captura. La impunidad con que se llevó a cabo esta primera expedición, cuando el patrullaje era deficiente, fue contrarrestada por la captura, en 1954, de la mayor parte de la expedición ballenera organizada como un desafío a la proclamación peruana, por el naviero griego Onassis. La publicidad mundial que se dió a este incidente, que terminó con la liberación de los barcos capturados después del pago de una multa de tres millones de dólares, hizo ver claro a quienquiera que pudiera haber estado pensando en transponer nuestra soberanía pesquera, que el Perú actuaría firmemente con los transgresores. Hacia esta época hubo también una protesta británica motivada por el hecho de que Onassis se habría asegurado en el Lloyds de Londres contra el riesgo de captura de sus barcos. Fue así como Lloyds pagó la multa, pero nunca reclamó de ese pago.

Reglamentaciones para el otorgamiento de permisos y licencias habrían sido entretanto, adoptadas por Perú, Chile y Ecuador, para barcos de bandera extranjera que pescaran en sus respectivas aguas. Desde luego, estos permisos incluían el pago de ciertos derechos y, en el caso del Perú, excluían a especies como la anchoveta cuya captura quedaba reservada a los nacionales. Algunos de los tuna clippers de California se proveyeron de los permisos respectivos, pero otros que no lo hicieron fueron capturados por patrulleros peruanos o ecuatorianos y llevados a puerto donde fueron multados. El pago se hizo bajo protesta y dio lugar a incidentes diplomáticos con los Estados Unidos.

La progresión de los derechos de los Estados costeros se extendió, entretanto a otros continentes. Por actos unilaterales dirigidos ya fuera a la utilización de las pesquerías, como en el caso de Islandia o de la República de Corea, o hacia la utilización de los depósitos de petróleo en el zócalo continental como en los casos de Filipinas, Australia, Pakistán, Irán, también Islandia y un número cada vez mayor de Estados y emiratos del Medio Oriente y del Golfo Pérsico. No menos de 30 territorios independientes habrían tomado acción de tal suerte hacia el año 1955.

Mientras tanto, continuaba el trabajo de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas en la codificación del Derecho del Mar. Fue discutida una proposición para conceder al Estado costero del derecho de imponer medidas de conservación marítima de los recursos en una zona adyacente a sus aguas territoriales hasta un límite de 200 millas náuticas, pero la idea quedó abandonada.

Por otra parte, en la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1956, anterior a la primera Conferencia Mundial sobre el Derecho del Mar, los tres países del Pacífico - Sur —Chile, Ecuador y Perú— explicaron su posición con respecto a las 200 millas. Los tres dijeron, en ese entonces, que no habían reclamado aguas territoriales hasta tal distancia, sino una zona especial para la conservación y utilización de las pesquerías y otros recursos existentes en dicha zona.

Primera Conferencia sobre el Derecho del Mar.

Vino luego la primera Conferencia sobre el Derecho del Mar, en 1958. Los tres países del Pacífico Sur explicaron entonces, ante un foro internacional especializado, las bases y fundamentos de su posición. Al mismo tiempo objetaron las innovaciones extremadamente limitadas contenidas en el proyecto de la Comisión que sirvió de base para las discusiones y que lo más que reconocían al Estado ribereño era el papel de un socio minoritario en el gobierno de las pesquerías en alta mar más allá de sus aguas territoriales, las que no deberían exceder, según la Comisión, de 12 millas. Hubo, con todo, una reacción positiva y alentadora hacia nuestras reivindicaciones de parte de un buen número de delegados de países en desarrollo, pero no en la medida suficiente para nuestra posición, todavía no lo suficientemente conocida o expuesta como para ser reconocida o incorporada como una nueva regla del Derecho del Mar. Para los delegados de las grandes potencias, adictas a los llamados principios tradicionales, éramos poco más que heréticos. Observaciones sarcásticas se nos hicieron. Uno de los delegados me preguntó ¿por qué 200 millas y no 500? Me tocó contestar a ésto informándolo de las bases técnicas y científicas en que nos habíamos basado para adoptar aquella distancia.

Como es sabido, no se llegó a un acuerdo en la

Conferencia de 1958 en cuanto al límite del mar territorial y otros asuntos relacionados con la materia. Sin embargo, sí se obtuvo una mayoría de dos tercios para la adopción de cuatro Convenciones: sobre mar territorial y la zona contigua, sobre la alta mar, sobre pesca y conservación de los recursos vivos de la alta mar, y sobre la plataforma continental. Aunque ninguna de estas Convenciones satisfacía los derechos proclamados hasta el límite de 200 millas, un tímido avance se logró con el reconocimiento de los derechos especiales de los Estados costeros, inherentes a su posición geográfica en materias relacionadas con las pesquerías.

Después de ésto, Perú, Chile y Ecuador consideraron necesario hacer una declaración conjunta, en la que dejaron establecido que los resultados de la Conferencia demuestran el reconocimiento creciente del derecho especial del Estado costero inherente a su posición geográfica y una amplia medida de apoyo a nuestras reivindicaciones. A la vez hicieron constar su intención de mantener en plena vigencia el sistema regional marítimo del Pacífico Sur, hasta que soluciones justas y humanas fuesen encontradas.

Segunda Conferencia.

Como un corolario de la primera Conferencia, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó a la Segunda Conferencia del Derecho del Mar, en Ginebra, en 1960, para considerar mayormente las cuestiones del mar territorial y el límite de las pesquerías. Ochentiocho Estados estuvieron representados en esta Conferencia, dos más que en la primera. Careció también esta segunda Conferencia de la suficiente preparación científica y técnica para considerar las situaciones especiales de ciertos Estados costeros. Otra vez abogamos por nuestro caso y presentamos un proyecto de resolución que reconocía, en casos excepcionales, al Estado ribereño, el derecho de explotar los recursos pesqueros del mar frente a sus costas. Mantuvimos que tal derecho del Estado ribereño a los recursos de su mar adyacente, era inherente a su posición geográfica y, por lo tanto, pre-existente a cualquier reivindicación hecha ante la comunidad internacional; que fue por virtud del principio geográfico de la contiguidad que en la Conferencia de 1958 se reconoció la soberanía del Estado costero sobre la plataforma continental, un reconocimiento éste que benefició a los diferentes Estados de una manera muy desigual. Por ejemplo,

en ningún otro respecto había esta situación de beneficio y privilegio sido más aparente que para los seis países que bordean el Mar del Norte, todo el cual es zócalo continental.

La Segunda Conferencia tampoco llegó a adoptar con la necesaria mayoría de los dos tercios, la propuesta para un límite de seis millas de mar territorial, más otras seis millas adicionales de zona pesquera exclusiva. Este adverso resultado, interpretado como una consolidación adicional para el límite de las doscientas millas, llevó al jefe de la delegación peruana, Profesor Ulloa, a emitir una declaración, que se incluyó entre los documentos de la Conferencia, en la que expresó que el reconocimiento por varias delegaciones de la situación especial de ciertos Estados costeros, haría una profunda impresión en el derecho internacional contemporáneo respecto del mar y conduciría a un decisivo paso adelante en el desarrollo de ese derecho.

Desarrollos subsiguientes a la Segunda Conferencia Mundial.

El fracaso de este segundo intento de las Naciones Unidas para resolver las cuestiones pendientes, puede haber estimulado a otros Estados a expandir, sin más, sus derechos marítimos. Me referiré brevemente a tales acciones en los varios continentes.

Europa

Por más obvio que pueda ser el mencionarla ante este ilustrado auditorio, debo referirme a la Convención Europea de Pesquerías firmada en Londres en 1964 por trece gobiernos, incluyendo al Reino Unido. Provee esta Convención el reconocimiento de una zona de pesquería exclusiva de seis millas y, además, que "dentro de la faja situada entre las seis y las doce millas, desde la línea de base del mar territorial, el derecho a pescar será ejercido sólo por el Estado costero y por las demás partes contratantes cuyos barcos pesqueros hayan pescado habitualmente en esa faja entre el 1o. de enero de 1953 y el 31 de diciembre de 1962". Esto es todo un apartamiento de la posición que los países signatarios mantuvieron cuando la Conferencia en Ginebra en 1960 llegó a su término. A este respecto también debo hacer referencia al caso de Islandia, que como todos lo sabemos, extendió sus

límites pesqueros a 50 millas náuticas, a partir del 1o. de setiembre de 1972. Las razones dadas para esta extensión fueron primordialmente dos: la urgente necesidad de conservar el stock de peces que en las aguas de Islandia estaba en peligro inminente de agotamiento, y las necesidades económicas de la población de Islandia que depende casi exclusivamente de las pesquerías costeras para su supervivencia. Conozco, desde luego, las objeciones que presentaron Gran Bretaña y la República Federal de Alemania a este respecto. Aún cuando seamos buenos amigos de Gran Bretaña, no podemos dejar de simpatizar a la vez con el dramático caso de la pequeña Islandia y, debería agregar, icon su modesta reivindicación comparada con la nuestra!. Algunos islandeses consideran que sus reivindicaciones no han ido lo bastante lejos y se acogen en su defensa a nuestros argumentos, por lo que nos sentimos algo así como socios que luchan por una causa común.

América del Norte.

La tendencia a extender los límites marinos alcanzó también a los Estados Unidos de América y al Canadá. Los Estados Unidos, sin especificar los límites de su mar territorial, extendieron sus límites pesqueros en 1966 hasta las 12 millas. Más recientemente, en un documento común circulado por Estados Unidos y la U.R.S.S. en el que consultaban con otros países respecto de la próxima Conferencia Internacional sobre el Derecho del Mar, sugirieron un límite de 12 millas para el mar territorial. También es significativo que la legislatura del Estado de Massachusetts aprobase en 1969 un acuerdo en el que se recomienda al Congreso federal la adopción de un límite de 200 millas para la pesca en la costa Atlántica, a fin de evitar la pesca indiscriminada de ciertas especies que vienen haciendo flotas extranjeras, con riesgo de agotarlas. En la Cámara federal de Representantes, 25 de sus miembros presentaron recientemente un proyecto de ley que incorpora esta recomendación de Massachusetts, ¡No cabe, pues, duda que la cifra de 200 millas ejerce un cierto hechizo y continúa ganando amigos!

El Canadá en 1970, extendió a su vez su jurisdicción pesquera hasta 100 millas en el archipiélago ártico. Al mismo tiempo estableció límites de pesca cerrados frente a ciertas zonas, en las que consideró necesario reservar los recursos para sus nacionales.

Africa

Desde 1963 los nuevos Estados africanos entraron también en la contienda. Siete de ellos han proclamado de algún modo la jurisdicción nacional más allá de las 12 millas. Ghana estableció así, en 1963, el límite de 100 millas como una zona de conservación pesquera y el 28 de marzo del presente año de 1973 anunció la extensión de sus aguas territoriales de 12 a 30 millas náuticas. Por otro decreto de la misma fecha se dijo que el Gobierno podía declarar la distancia de 100 millas náuticas a partir del límite exterior de las aguas territoriales como una zona de conservación pesquera. Guinea, en 1964, extendió el límite de su mar territorial a 130 millas. En el Camerún la Asamblea Nacional autorizó en 1967 la extensión de su mar territorial a otras 18 millas. Senegal, a su vez, estableció en 1968 una zona exclusiva pesquera de 18 millas. Dahomey, en el mismo año, extendió su soberanía respecto del subsuelo y el zócalo continental hasta 100 millas de la costa. Gabon en 1970, fijó sus aguas territoriales en 25 millas. Y Sierra Leone estableció su límite en 200 millas, convirtiéndose así en el primer país africano que se ha alineado con la distancia latinoamericana. Kenya, aún cuando no ha adoptado este límite, lo está considerando, desde que en la reunión de Agosto de 1972 en Ginebra del Comité de las Naciones Unidas sobre el lecho submarino, formuló un proyecto de articulado en el que se propone la jurisdicción económica exclusiva hasta las 200 millas, incluyendo las pesquerías y 12 millas de mar territorial (UN Doc. A/AC 138 SC 1'/1.10.).

A esta lista de países africanos debiera ahora agregarse el caso de Marruecos. Por un Decreto del presente año de 1973, ha sido declarado un mar territorial de 70 millas en las costas del mar Mediterráneo y del Océano Atlántico. En reciente reunión en Nueva York del Comité preparatorio de la III Conferencia de las N.U., la delegación marroquí habló, sin embargo, de "derechos exclusivos de pesca" como propósito del Decreto.

Esta variación en los límites y en su naturaleza jurídica demuestra que los Estados africanos han procedido independientemente en la expresión de un común deseo. En orden a establecer una coordinación, se han realizado importantes reuniones como la del Comité Consultivo Afro-Asiático en Colombo (Sri Lanka) en 1971 y en Lagos (Nigeria) en Enero de 1972; y el Consejo Científico para Africa en Ibadan, Nigeria, en Noviembre de 1971.

Asia

Seis países asiáticos han extendido sus límites jurisdiccionales marítimos más allá de las 12 millas. La República de Corea en 1952 estableció una zona exclusiva de pesca de 20 a 200 millas. La India en 1956, Ceylan (ahora Sri Lanka) en 1957 y Pakistán en 1966 fijaron zonas pesqueras de conservación de 100 millas más allá del límite de sus aguas territoriales. Pakistán nuevamente, después de su separación de Bangladesh, por una ley fechada el 23 de marzo de 1973 fijó en 12 millas el límite de sus aguas territoriales en el Mar de Arabia, más 60 millas de una zona exclusiva de pesca. Por otra parte, Filipinas e Indonesia han adoptado el concepto del archipiélago, en el que sus aguas territoriales se extienden entre las líneas de base de las islas más distantes para constituir una unidad que difícilmente puede ser impugnada. Por su parte, la República Popular China, sin haber extendido sus propios límites marítimos, y desde que estableció relaciones diplomáticas con el Perú y otros países latinoamericanos, ha expresado varias veces su apoyo a la reivindicación de las 200 millas.

Australasia.

Australia y Nueva Zelandia, que han estado siguiendo todos estos desarrollos con mucha atención, especialmente los de América Latina, han iniciado a su vez una campaña. En un documento conjunto de trabajo circulado en 1972 en el Comité del lecho submarino, consideran al Estado costero como titular de una jurisdicción exclusiva respecto de los recursos vivos del mar en una zona adecuada, por su anchura, de la alta mar adyacente a sus aguas territoriales. Esta zona de pesquería, de acuerdo a una declaración de Nueva Zelandia ante el Comité "puede formar parte de una zona económica general". Tan cauto esquema acaba de ser precisado por los dos países en una nueva declaración conjunta hecha en Nueva York el 9 de marzo de 1973 ante el Comité preparatorio de la III Conferencia, en el sentido de que la nueva Convención sobre la materia debiera considerar derechos exclusivos de pesca hasta 200 millas para los Estados costeros. Este es, en verdad, un gran apoyo a nuestra causa.

Nuevas proclamaciones de 200 millas y otros desarrollos en América Latina.

De la América Latina puede decirse que la extensión de los derechos del Estado costero ha continuado un curso progresivo y hasta triunfal y que el límite de las 200 millas está, de algún modo, generalizado. A las proclamaciones originarias de Perú y Chile en 1947, siguieron, en efecto, las de Costa Rica (1948) y El Salvador (1950). Vino luego la Declaración de Santiago (1952) que suscribieron Chile, Ecuador y Perú. Siguieron las de Nicaragua (1965), Argentina (1966), Panamá (1967), Uruguay (1969) y Brasil en 1970. Nicaragua hizo su proclamación como la de una zona pesquera. Todos los otros países que siguieron a los tres del Pacífico Sur, como mar territorial, respecto del cual reclaman soberanía y jurisdicción.

En cuanto a las proclamaciones de Argentina y Uruguay, tienen ciertos aspectos particulares que importa señalar. Dentro de las 200 millas de mar territorial reconocen una primera zona hasta las 12 millas con todas las competencias y prerrogativas del mar territorial, tales como pasaje inocente y derecho de pesca reservado, en principio por lo menos, a los nacionales; y una segunda zona entre las 12 y las 200 millas, con libertad de navegación y sobrevuelo y la posibilidad de autorizar a barcos pesqueros de bandera extranjera, de acuerdo con las reglamentaciones del Estado costero. Pero ninguna proclamación ha sido más radical que la del Brasil, que venía objetando nuestra posición tan obstinadamente. Ahora sus 200 millas son mar territorial en toda su extensión, sin ninguna concesión respecto a la navegación o al sobrevuelo.

De esta suerte, el límite marítimo de las 200 millas se extiende ahora, ininterrumpido, a lo largo del litoral de seis países: Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay y Brasil, cubriendo el 78.8 o/o de las costas del subcontinente. Y a ésto debe agregarse la proclamación de Francia en favor de la Guayana Francesa, de un límite exclusivo de pesca de 80 millas.

Reuniones Latinoamericanas.

Con el fin de coordinar posiciones ante la próxima conferencia del derecho del mar y de encontrar comunes denominadores para una acción práctica, importantes reuniones se realizaron en Montevideo (Uruguay) y en Lima (Perú) en 1970; otra, de los países del Caribe, tuvo lugar en Santo Domingo en 1972. De estas reuniones han emanado importantes documentos con declaraciones de principios. In-

tensa actividad diplomática continúa para clarificar y fijar ideas en orden a presentar un frente unido y ganar nuevos aliados.

Declaración de Montevideo sobre derecho del mar (mayo 1970).

A iniciativa del Uruguay los nueve países del llamado "Club de las 200 millas" se reunieron en Montevideo en Mayo de 1970 y suscribieron al cabo, el 8 de ese mes, un documento al que se denominó "Declaración de Montevideo sobre Derecho del Mar" en el que, sin aludir específicamente a la distancia de 200 millas, se recogió y desarrolló la fundamentación de la "Declaración de Santiago" de 1952, reconociendo "la existencia de un nexo geográfico, económico y social entre el mar, la tierra y el hombre que la habita del que resulta una legítima prioridad en favor de las poblaciones ribereñas para el aprovechamiento de los recursos naturales que les ofrece su ambiente marítimo". En la parte declarativa del instrumento, que enuncia seis principios básicos del derecho del mar, se establece en el primero, "el derecho de los Estados ribereños a disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y sub-suelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos".

Declaración de los Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar (Lima, 8 Agosto de 1970)

Continuando con la política de contactos para ganar adeptos y alinear posiciones, todos los países latinoamericanos fueron invitadas a reunirse en Lima en Agosto de 1970, en una cita que tuve el honor de presidir. Diecinueve países concurren a la invitación y algunos observadores, entre ellos uno de Islandia y otros de Africa. En la declaración de principios comunes que fue entonces firmada, después de repetir el primer preámbulo de la declaración de Montevideo, se agrega que como consecuencia de la relación preeminente entre el mar, la tierra y el hombre que la habita, ha sido reconocido el derecho de los Estados ribereños a establecer los alcances de su soberanía o jurisdicción marítimas de acuerdo con criterios razonables, atendiendo a sus realidades geográficas, geológicas y biológicas, y a sus necesidades y responsabilidades socio-económicas; y en su parte declarativa reafirma, en términos similares a los de la Declaración de Montevideo, "el derecho inherente del Estado ribereño a explorar, conservar y explotar los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del

mismo mar, así como de la plataforma continental y su subsuelo, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos".

Aunque el límite de las 200 millas fue el principal factor de la reunión de Lima, no se hace mención a él en la Declaración, desde que no todos los países que acudieron a la cita lo tenían adoptado. Como en Montevideo, hubo algunas exposiciones razonadas de los votos, para clarificar cuestiones relativas a la libre navegación y al pase inocente. Pero las bases económicas que justifican la extensión de los derechos del Estado ribereño permanecieron firmes, esto es: las necesidades de subsistencia y desarrollo del pueblo que habita el territorio, y el vínculo o relación que existe entre el mar, la tierra y sus habitantes.

Declaración de Santo Domingo (Junio de 1972)

A continuación quince de las repúblicas ribereñas del área del mar Caribe, entre ellas Colombia, Venezuela, Panamá, Costa Rica, Guatemala, Haití, México, Santo Domingo y Honduras, con sus problemas geográficos propios e instadas por Colombia que deseaba consolidar su punto de vista ya expresado, se reunieron en Santo Domingo en Junio de 1972 para considerar las recientes tendencias sobre el derecho del mar y buscar una política común que tomara en consideración las distintas posiciones geográficas que no permitían, en todos los casos, un límite hasta las 200 millas. Los resultados de la reunión fueron expresados en la Declaración de Santo Domingo, aprobada el 7 de Junio por todos los participantes excepto, por una parte, El Salvador y Panamá, desde que ya estos dos países habían adoptado el límite de 200 millas, y por otra Barbados, Guayana y Jamaica los que, por razones temporales, como miembros de la Comunidad Británica, no se habían todavía asociado al "Club". Sin embargo, expresaron sus simpatías con los resultados de la reunión y El Salvador que sin ser ribereño del Caribe, insinuó la posibilidad de asociarse también a la Declaración.

La Declaración de Santo Domingo cubre los principales aspectos del Derecho del Mar. La adopción de un límite de 12 millas para las aguas territoriales, más una zona adyacente económica llamada "mar patrimonial" con derechos de soberanía sobre sus recursos naturales, fue enunciada. Se recomendó que la extensión del "mar patrimonial" fuera fijada por acuerdos internacionales, preferiblemente mundiales, y que la suma de esta zona con el mar terri-

torial, teniendo en cuenta las circunstancias geográficas de cada caso, no debería exceder de las 200 millas náuticas, con libre navegación y sobrevuelo. Se pensó que limitando el derecho de paso inocente a una zona inmediata de 12 millas, se evitaría una de las mayores objeciones al límite de 200 millas, cuando éste es asimilado al mar territorial.

La Declaración de Santo Domingo es expresión de un espíritu de compromiso, en orden a ganar la posición de los países latinoamericanos. Mantiene la institución del mar territorial, pero promueve a la vez, el derecho del Estado costero a un posible límite de 200 millas, según las circunstancias geográficas y mediante acuerdo internacional.

Quiérase o no, hay que reconocer a la luz de estas sucesivas declaraciones que existe avenimiento respecto a las 200 millas, sus bases económicas y la necesidad de estar en conformidad con la evolución del derecho del mar. Después de esta Declaración bien puede pues decirse que el límite de las 200 millas es hoy proclamado o apoyado por todos los países latinoamericanos.

Dictamen del Comité Jurídico Interamericano (9 de febrero de 1973).

El siguiente acontecimiento de significación fue el dictamen del Comité Jurídico Interamericano. Es éste el órgano consultivo de la OEA para las cuestiones legales, compuesto de 11 miembros a título personal. Después de una serie de debates que empezaron en 1971, nueve de los miembros presentes firmaron en Río de Janeiro el 9 de febrero de 1973, una recomendación que nuevamente sanciona el límite de 200 millas en los siguientes términos: "La soberanía o jurisdicción del Estado ribereño se prolonga más allá de su territorio y de sus aguas interiores, a una extensión de mar adyacente a sus costas hasta un máximo de 200 millas náuticas, así como al espacio aéreo, al lecho y al subsuelo de ese mar. De consiguiente, es válida la fijación de hasta 200 millas que haya hecho o pueda hacer cualquier Estado americano, siempre que se respete lo dispuesto en el artículo 4". "4. Dentro de los límites de la zona adyacente y a partir de la distancia de 12 millas, las naves y aeronaves de cualquier Estado, con litoral marítimo o sin él, gozan del derecho de libre navegación y sobrevuelo, sujeto a las regulaciones pertinentes del Estado ribereño relativas a la preservación del medio marino, a las actividades de exploración, explotación e investigación científica que se realicen en él, y a las seguridades para la navegación y el transporte marítimo, y todo ello de

acuerdo con el Derecho Internacional". Es este, sin duda, el texto más equilibrado y más cuidadosamente redactado que haya emanado de un cuerpo interamericano facultado para reunir diferentes posiciones. Es también el que se ha puesto más al día, como que toma en cuenta el nuevo problema de la polución oceánica. Sin duda ejercerá influencia en las futuras reuniones preparatorias de la Conferencia mundial y quizás allane el camino a la unificación de posiciones, especialmente con los Estados Unidos. Es cierto que el miembro norteamericano del Comité, Profesor William Barnes de Harvard, firmó el dictamen con algunas reservas, como lo hicieron también otros miembros del Comité al explicar sus votos.

Papel de las Naciones Unidas en recientes desarrollos sobre el Derecho del Mar.

En vista de este y otros desarrollos que han venido cobrando forma desde la segunda Conferencia de Ginebra (1960), se comprenderá que la Organización de las Naciones Unidas se haya hecho cargo del problema. Fue en 1967, como resultado de una propuesta de Malta, que la Asamblea General adoptó la Resolución No. 2340 (XXII) sobre la utilización pacífica de las profundidades oceánicas "más allá de los límites de la jurisdicción nacional". Una Comisión especial fue entonces establecida para buscar solución al problema y una serie de resoluciones subsiguientes de la Asamblea General completaron la idea, aludiendo al hecho de que la noción de altamar no da una guía suficiente al respecto; que los recursos existentes en las profundidades oceánicas son herencia común de la humanidad; y que las actividades de exploración y explotación en esta inmensa región debieran ser reguladas por el derecho internacional que se establezca. Se vio pronto, en el curso de los trabajos de la Comisión Especial, que el asunto concernía a los límites de la jurisdicción nacional, "límites que están aún por definirse" y, así mismo, a la cuestión de la extensión del zócalo continental. De allí nació la idea de convocar a una nueva Conferencia sobre el Derecho del Mar, con facultad de pronunciarse sobre todos los problemas pendientes, tanto los que atañen a los desarrollos ocurridos desde 1960, cuanto a la cuestión de las profundidades oceánicas. Se juzgó también que los problemas relativos al espacio oceánico están íntimamente interrelacionados y debieran ser considerados como un conjunto. Fue por este motivo que se adoptó la Resolución 2750 C (XXV) el 17 de diciembre de 1970, que convoca a una Con-

ferencia sobre el Derecho del Mar en 1973. Por otra resolución de la Asamblea General de la misma fecha se hizo una declaración de principios para reglamentar el uso de las profundidades oceánicas y su subsuelo, más allá de los límites de la jurisdicción nacional. En lo que se refiere al Comité Especial, el número de sus miembros fue luego aumentado y ha venido actuando en la práctica dicho Comité como el preparatorio de la Conferencia. La convocatoria de ésta fue confirmada por la Resolución de la Asamblea General 3029 de diciembre de 1972, que llama a una Sesión preliminar de la Conferencia en Noviembre/Diciembre 1973, en Nueva York, para discutir las cuestiones de organización.

Esclarecimiento de cargos y recapitulación de principios.

Después de esta visión panorámica —necesariamente breve— de la tesis de las 200 millas y de su progresión con respecto al derecho del mar, creo que debo tratar de sintetizar los principios básicos de nuestra posición y descartar el cargo que se nos hace de que hemos asumido una actitud contraria al derecho internacional. Trataré en primer término del carácter unilateral de las medidas adoptadas.

El carácter unilateral de las medidas

Como lo he indicado anteriormente, fue la ausencia de reglas internacionales que gobernarán la utilización del mar como fuente de riqueza la que originó las medidas de auto-defensa por los Estados interesados. En un Memorandum del Secretario General de las Naciones Unidas publicado en 1949, antes de la primera Conferencia sobre el derecho del mar, se dijo que la acción de los Estados que habían adoptado tales medidas era inobjetable desde el ángulo de la justicia y la equidad, desde que el conflicto de intereses había hasta entonces frustrado los intentos de codificación y hecho más difícil en este campo que en ningún otro del derecho internacional la adopción de normas que pudieran ser aceptadas por todas las naciones. (Survey of International Law UN doc. A/CN. 4/1/Rev. 1, 10 febrero 1949, p. 41). Siguiendo esta línea de pensamiento, el Profesor Philip Jessup, en su comentario a un opúsculo que escribí sobre el tema, declaró en 1955 que "en esencia la reclamación peruana se basa en el más firme terreno posible, a saber: el interés nacional en la conservación de los recursos naturales del mar adyacente y del lecho submarino agregado a una derecho general de auto-preservación". (The

American Journal of International Law, Vol. 49, No. 4 - Oct.-Dec., 1955, p. 593).

Es menester señalar que las objeciones al carácter unilateral de las medidas, provienen principalmente de países que no han titubeado en adoptar tal género de limitaciones respecto de la alta mar, cuando las creyeron necesarias, para proteger un interés particular. ¿Qué otra cosa son las competencias especiales ejercidas por varios Estados más allá de sus aguas territoriales, cuando se trataba de la apropiación de bancos de peces sedentarios o de protección de intereses fiscales, aduaneros, sanitarios o de policía? ¿Qué otra cosa son acciones como la proclamación del Presidente Roosevelt, poco después del estallido de la segunda guerra mundial, prohibiendo actos de beligerancia en una zona, patrullada desde ese día, de 200 millas desde las costas de los Estados Unidos, y las llamadas "zonas de peligro" establecidas alrededor de las islas del Pacífico cuando se realizaron explosiones nucleares experimentales?

Demuestra ésto que en ninguna otra rama del derecho internacional las acciones unilaterales encuentran más favor que en el derecho del mar. La misma Corte Internacional de Justicia, en su fallo ya histórico de 1951 en el caso Anglo-Noruego, dió sanción a la validez de la determinación unilateral de los límites del mar territorial, aún cuando reconociendo que estos límites tienen un aspecto internacional.

La única conclusión lógica a que llevan estos hechos pertinentes es que no existe un derecho internacional que impida que los Estados costeros establezcan los límites que necesitan, siempre que no infrinjan los límites de otro Estado vecino.

La cuestión de la naturaleza jurídica del límite de las 200 millas.

Desde las proclamaciones por el Perú y Chile en 1947 sobre el límite de las 200 millas y posteriormente, después de la Declaración de Santiago de 1952 y de varias conferencias internacionales, la cuestión de la naturaleza jurídica de esta zona ha sido interpretada de varias maneras, esto es, si se trata de un mar territorial con todas las prerrogativas que ello implica, o de un nuevo concepto, de una zona *sui generis*, en la que la soberanía puede ser ejercitada respecto de la conservación y exclusiva utilización de los recursos marinos. Al principio fue generalmente entendido que este último era el caso y el mismo criterio fue expresado por los tres pro-

tagonistas del nuevo concepto en las dos Conferencias en 1958 y 1960, porque ni en la proclamación peruana ni en la chilena, ni en la Declaración de Santiago, fue usada la sacrosanta expresión "mar territorial". Sin embargo, mientras en las declaraciones de Chile, y del Perú se dijo que ellas no afectaban el derecho de libre navegación de naves de todas las naciones, en la Declaración tripartita de Santiago expuso que ella no afectará el paso inocente.

De la alusión a "paso inocente e inofensivo" a través de la zona marítima señalada, para las naves de todas las naciones, que generalmente es usada con referencia al mar territorial, así como de otras expresiones en actos de derecho positivo, tales como las de "dominio marítimo de la Nación", que se encuentra en el Decreto peruano, algunos comentaristas no tardaron en inferir que lo que se había en realidad proclamado era un mar territorial de 200 millas, y desde ese entonces han tratado de mantener su punto de vista. Chile, por su parte, nunca ha participado de tal opinión y continuó diciendo que sus aguas territoriales tienen sólo tres millas, una posición comprensible para el país más austral del planeta, obviamente interesado en que el mar libre y las comunicaciones aéreas permanezcan lo menos restringidas que sea posible. Ecuador, sin embargo, creyó conveniente a sus intereses y, como una mejor defensa contra las incursiones de barcos pesqueros foráneos, modificar en 1966 su Código Civil y establecer su límite de 200 millas como mar territorial.

En el Perú, en el lenguaje corriente y en el de la prensa, la zona de las 200 millas suele ser mencionada como "mar territorial". En ciertas leyes especiales promulgadas desde 1952 está implícito que dicha zona es parte del dominio nacional, y en la ley sobre aviación civil se dice que el Perú ejerce soberanía exclusiva sobre el espacio aéreo encima "de las aguas jurisdiccionales" hasta una distancia de 200 millas. Solamente en una ley interna especial, el límite de las 200 millas está incidentalmente mencionado como mar territorial. Pero en ningún acto de derecho positivo público se ha declarado inequívocamente que el mar territorial del Perú se extiende hasta las 200 millas. En los foros internacionales los delegados peruanos al sostener nuestra posición se han abstenido de identificar el límite de las 200 millas con la idea de "mar territorial".

Esta indefinición, que puede ser necesario resolver pronto, se explica por el tiempo en que nuestra proclamación fue hecha (1947). De esta suerte los gobiernos del Perú, Chile y Ecuador, de acuerdo

con sus objetivos y conscientes de participar en la formulación de nuevas normas, se cuidaron de identificar los derechos proclamados —por lo menos hasta después de las conferencias de Ginebra— con la clásica institución del mar territorial, por cuanto esta noción era inadecuada y parecía inconveniente para expresar la naturaleza y expresión de una soberanía y jurisdicción exclusivas relativas a la protección y utilización de los recursos marinos hasta una distancia de 200 millas. De allí que la opinión prevalectante fuera la de que lo que se había establecido era una institución *sui-generis*.

El concepto de Soberanía.

Parecería que el uso genérico de la expresión "soberanía y jurisdicción exclusivas" ha hecho más fácil a un número creciente de países cuyas posiciones originales fueron opuestas a la idea de extender sus derechos nacionales hasta tal distancia, el apoyar la zona de 200 millas, y la han adoptado ahora o se proponen adoptarla como el más razonable límite, aunque no como mar territorial. Esta es la fórmula propuesta por Kenya y los países del Caribe y más recientemente por Australia y Nueva Zelandia.

También se ha dicho por los territorialistas que el término soberanía usado en nuestras proclamaciones no admite calificación y que sólo puede entenderse en un sentido absoluto, el que corresponde al mar territorial. Pero aparte del hecho de que, aún tratándose de aguas territoriales existen conceptos limitativos tales como el paso inocente, los que acuden al mencionado argumento pierden de vista algo más, como dijera el profesor noruego Raestad hace más de 50 años: "que la soberanía marítima de un Estado no se verá en lo menor disminuida por la más completa diferenciación que se haga de los derechos que componen el concepto de soberanía" (A. Raestad, *La Mer Territoriale*, Paris, Pedone, 1917, p. 185). La Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas y más tarde la Conferencia de 1958, parecieron compartir esta opinión cuando, al redactar la Convención sobre la Plataforma Continental, reconocieron al Estado costero sólo parte de los derechos y prerrogativas que corresponden al concepto de soberanía, al atribuir al Estado ribereño derechos soberanos sobre el zócalo continental sólo para fines particulares: los de exploración y explotación de sus recursos (Convención sobre la Plataforma Continental, Art. 2).

La identificación de la zona de las 200 millas con las aguas territoriales implicaría el ejercicio de

las prerrogativas clásicas de mar territorial en cuanto se refiere a navegación, sobrevuelo, jurisdicción penal y civil, etc., es decir toda una serie de atributos que, de acuerdo con algunas opiniones, van más allá de los propósitos de la doctrina establecida, lo que bien pudiera incluir políticas de prevención de la contaminación y la reglamentación de la investigación oceanográfica y otras materias conexas. Sin embargo, el Brasil ha asumido todas estas prerrogativas, mientras que países como la Argentina y el Uruguay reconocen dentro de las 200 millas de mar territorial la libre navegación y sobrevuelo a partir de las 12 millas. Es hacia un régimen de este tipo que se inclinan la Declaración de Santo Domingo y la opinión del Comité Jurídico Interamericano. Y de allí han surgido conceptos tales como los de "zona económica" o mar "patrimonial" o "nacional" como términos sugeridos que pudieran ser capaces de salvar la importante objeción hecha por las grandes potencias marítimas en nombre de la libertad de comunicaciones a fin de obtener un número suficiente de votos para triunfar en la próxima conferencia mundial o para bloquear fórmulas que pudieran dejar de reconocer los principios de nuestra posición. Entre las expresiones propuestas la de "mar nacional" parecería, tal vez, la más satisfactoria para los territorialistas, ya que implica el dominio y el derecho de los Estados costeros a legislar respecto de la zona.

Esto no hace sino demostrar que la connotación ordinaria de los términos hasta ahora empleados en el derecho internacional, puede resultar inadecuada en algunos casos para expresar nuevos conceptos. Pero como lo que realmente importa es el contenido y el alcance de las cosas y de lo que se quiere expresar, la adaptación de los términos para adecuarlos con exactitud a los nuevos conceptos, se torna en un problema de semántica o de revisión de la definición de estos términos.

Frente a la próxima Conferencia sobre el Derecho del Mar.

Nos encontramos en vísperas de la III Conferencia Mundial sobre el Derecho del Mar, en la que dos tendencias principales se enfrentarán respecto a la anchura del mar adyacente sobre el cual el Estado costero puede ejercer derechos y la naturaleza de tales derechos. La vieja escuela, representada por las antiguas potencias colonialistas de Europa, Japón y los Estados Unidos, mantiene que cada Estado costero tiene un mar territorial que debiera permanecer tan estrecho como sea posible, y que el área más

allá de estos estrechos linderos forma el alta mar que debiera ser libre para que todos la utilicen y exploten a su albedrío, a pesar de que las medidas de conservación de pesca, igualmente aceptables para todos, debieran ser negociadas e implementadas teniendo en cuenta el interés común.

Las ideas básicas de la escuela progresista son de que el zócalo continental, el fondo oceánico y el mar que lo cubre constituyen **un todo orgánico y ecológico** sobre cuyos recursos orgánicos y minerales, de los cuales, incluso, por lo tanto la pesca, el Estado costero debiera ejercer derechos soberanos hasta una distancia razonable, dependiente de las correspondientes condiciones locales, tanto geográficas, cuanto geológicas, biológicas y económicas. De los países que apoyan esta escuela de pensamiento, son los latinoamericanos con un límite establecido de 200 millas, los que se han convertido en sus líderes y los que subrayan la necesidad y el derecho de los habitantes de la tierra contigua al uso de los recursos marinos, para su propio desarrollo y bienestar. Ellos afirman, igualmente, que antes que cualquier ley existió la relación natural entre el mar, sus recursos, la tierra y el hombre, y que es la presencia de este último lo que ha dado origen a su derecho como una necesidad inherente y un atributo, a la vez, de la población del Estado costero.

La asociación con estas ideas de parte de países de otros continentes que han extendido de algún modo los límites de su jurisdicción marítima, o que apoyan en todo caso el límite de las 200 millas —la República Popular China y, mediante una sucesión de reuniones, países de África, Asia y América Latina y por entidades técnico-jurídicas tales como el Comité Jurídico Interamericano— es prueba tangible y concluyente del grado de aceptación internacional logrado por lo que ahora bien puede denominarse una "doctrina marítima" lo suficientemente madura como para ser admitida como institución en el nuevo derecho del mar: la zona de las 200 millas. Un rico campo de razonamiento legal se ha desarrollado de esta suerte, el que va más allá de los conceptos tradicionales y funda los derechos proclamados por los Estados costeros en un título natural derivado de su posición geográfica.

Esto, en pocas palabras, es lo fundamental de las ideas de un "derecho de conservación" o de un "derecho de auto-ayuda", o de un "derecho de autoprotección", invocado sin distinción para justificar

la posición adoptada por el Perú y otros Estados. Ciertamente que no se trata de un invento arbitrario. El mar territorial, con sus clásicos linderos, existe y fue instituido en virtud del concepto del derecho del Estado a la conservación. De este modo, la noción tiene un origen común y es claramente afín al principio de auto-defensa.

Tal vez nadie haya enunciado con mayor lucidez la esencia legal de estos conceptos que el eminente estadista norteamericano Elihu Root, cuando en 1914, dijo en relación a la Doctrina Monroe: "La doctrina [Monroe] no es derecho internacional, pero se basa en el derecho de auto-protección, y este derecho es reconocido por el derecho internacional. ... Hállase bien entendido que el ejercicio del derecho de auto-protección puede y frecuentemente extiende sus efectos más allá de los límites de la jurisdicción territorial del Estado que lo ejerce... el principio que sustenta la doctrina Monroe... es el derecho de todo Estado soberano a protegerse previniendo un estado de cosas en el que de no actuarse oportunamente llegaría a ser tardía cualquier acción protectora".

Esta alusión a la doctrina Monroe resulta por más de un concepto pertinente. Son notables, en efecto, las afinidades que se descubren entre la doctrina Monroe y los nuevos principios en el derecho del mar. Formulada hace cerca de 150 años para excluir del continente americano cualquier acción colonizadora de las potencias europeas, la doctrina Monroe, como ahora las proclamaciones de que nos ocupamos, segregó unilateralmente de la acción de otros Estados una considerable área del mundo. Objetóse, en su tiempo, el derecho de los Estados Unidos para erigirse en único intérprete de la doctrina proclamada. Pero al cabo la aquiescencia de las grandes potencias no dejó duda alguna respecto de la validez de la nueva doctrina. Puede así decirse de las nuevas teorías en el derecho del mar lo que alguna vez se dijo, con razón, de la doctrina Monroe: que les es inherente "un principio vital que se adapta con la flexibilidad de una planta en crecimiento a las sucesivas condiciones que encuentra".

La confrontación en la próxima Conferencia mundial de las dos corrientes de pensamiento mencionadas más arriba se realizará bajo condiciones muy diferentes de las que existieron cuando las Conferencias de 1958 y 1960. Alrededor de 140 Estados soberanos tomarán parte, 113 de ellos costeros. La emergencia de las antiguas colonias como Estados independientes hará que los grupos de paí-

ses del tercer mundo se conviertan en un factor decisivo para llegar a una resolución. Una mayoría de los dos tercios significaría 94 votos. Por otra parte, 47 ó 48 votos bastarán para bloquear cualquier decisión. En base de lo que he dicho puede asumirse que este número de votos lo obtendrían fácilmente los países en desarrollo que presionan por la comprensión y admisión de su posición. De cuadros al día se desprende que no menos de 27 países han extendido expresamente su jurisdicción marítima más allá de las 12 millas. A estas cifras se puede agregar aquellos países que han expresado su adhesión a nuestras ideas.

Conclusión.

A la luz de estas consideraciones y sin haber mencionado, mucho menos examinado, no pocos de los aspectos de derecho del mar que se debatirán en la próxima Conferencia, creo que es tiempo de dar fin a esta disertación sobre la doctrina de las 200 millas, en la esperanza de que los principios fundamentales que sustentan nuestra tesis sean reconocidos en alguna forma por la comunidad de naciones. Son principios de una filosofía socio-económica que persigue el establecimiento de un orden más justo para el uso y explotación de los mares como un factor en la paz, bienestar y equidad de todas las naciones del mundo. La vieja institución del mar territorial debería ser cambiada o dar lugar a una división diferente de los océanos, de acuerdo a las necesidades y realidades de nuestro tiempo, sin detrimento de las necesidades de las comunicaciones internacionales, y de que se reconozca a los Estados costeros el derecho de soberanía sobre sus mares adyacentes. La aceptación mundial de una fórmula que reconozca estos derechos, tal vez mediante una pluralidad de sistemas, es lo que esperan los países en desarrollo que luchan por una idea humanista y socio-económica con suficiente base jurídica.

Mientras tanto, es cuanto cabe de significativo el que la última Asamblea General de las Naciones Unidas (1972) haya votado a favor de una propuesta presentada por Islandia y el Perú, confirmando que los Estados tienen un derecho permanente de soberanía sobre todos sus recursos naturales, incluyendo no sólo los que se encuentran en el lecho del zócalo continental, sino también en las aguas supra-yacentes. Esta propuesta fue adoptada mediante Resolución No. 3016 el 18 de diciembre de 1972, por 102 votos a favor, ninguno en contra y 22 abstenciones. Sería muy grave si los debates en la próxima

Conferencia no alentarán la consolidación de estas ideas y un ordenamiento más justo del derecho del mar. Una actitud inflexible por parte de la Conferencia no tendría la posibilidad de detener el proceso. Las normas establecidas y en vigor por más de 25 años han ganado terreno y respetabilidad, y se puede decir que ya tienen la fuerza de la costumbre y están investidas de la claridad y justificación que debe tener cualquier norma jurídica. Continuarían en vigor, entonces, ganando aliados. Porque si la providencia ha puesto en el mar, al alcance de los Estados costeros, recursos que les pertenecen por razones **a priori** de proximidad, el acceso a estos recursos no debiera serles denegado —y aún menos a los países en desarrollo. El caso del Perú sirve de ejemplo de racional utilización de estos recursos, de tal suerte que otras naciones en desarrollo bien pudieran seguirlo para utilizar sus propios recursos y elevar el nivel de vida de su población sin incursionar en mares extranjeros.

Nuevos vientos soplan a través de los océanos y, lejos de ser aquellos contrarios, cada día son más propicios en nuestro favor.

LA SOBERANIA MARITIMA HOY

Una zona costera de hasta 200 millas, con denominaciones y contenido jurídico muy diversos, se perfila mayoritariamente desde la reciente Conferencia Internacional sobre derechos del mar. Esta vez, la reunión ha alcanzado participación verdaderamente mundial. Ha puesto de manifiesto una menor confrontación entre los países desarrollados y los países en desarrollo, así como la inclinación general para ampliar la jurisdicción y soberanía marítimas a extensiones mayores que las tradicionales. La Conferencia continuará en Ginebra, en marzo próximo y tornará a reunirse en Venezuela pocos meses después. Como anticipo de las discusiones que se entablen, se han evidenciado posiciones divergentes. Se discute si la ampliación será de soberanía, o sea de carácter integral, o si deberá entenderse sólo como una zona de **jurisdicción**, particularmente a efectos de la pesca.

La anchura de 12 millas para el mar territorial congrega gran número de países. También es fuerte la corriente en pro de la fijación de hasta 200 millas para una zona de soberanía **sobre los recursos** como mencionó la Declaración de Santo Domingo. La doctrina peruana de soberanía exclusiva ha sumado algunas adhesiones en favor de una frontera marítima a todos los efectos. Por primera vez, estadounidenses y rusos han aceptado una zona de 200 millas, pero dividida en 12 de mar territorial y 188 de zona complementaria a efectos de la pesca. En esta última zona, quieren que se distinga respecto de las especies migratorias, como el atún, y que el país costero no impida a otros países efectuar capturas en la proporción en que sus medios tecnológicos no alcancen a realizar una explotación en cantidad racional. Para la investigación científica, exigen libertad, con obligación de que los resultados sean puestos en conocimiento del país ribereño.

Las dos superpotencias han flexibilizado en algo sus posiciones. La Unión Soviética estaría llana a

aceptar el derecho preferente de pesca del país ribereño en una zona adyacente al mar territorial, siempre que se fije para éste una anchura que no exceda de 12 millas y se salvaguarde la libertad de tránsito por los estrechos utilizados para la navegación internacional. Estados Unidos tiene igual interés en la movilidad militar y muestra inclinarse por una zona adyacente de jurisdicción pesquera, subordinando la adopción de ella a que se fijen no más de 12 millas para el mar territorial.

Ocho países europeos, entre ellos Francia, han adoptado un posición más dura, que reconocería a los países costeros derechos aún más restringidos. En cambio, México, India, Canadá, Nueva Zelandia y Nigeria han aproximado sus puntos de vista a la posición peruana. Los países africanos han diseñado la fórmula de zona económica exclusiva, que supera a la engañosa de mar patrimonial. Por su parte, el grupo de 22 países sin litoral, así como el de los 20 países con frente a un mar de extensión desventajosa, entre ellos Bélgica, Holanda y Suecia, que tienen acceso a mares poco profundos y de escasa anchura, secundan a las superpotencias en la pretensión de efectuar libremente la investigación científica en las zonas económicas que correspondan a cada Estado costero y desean participar en la pesca y en la explotación de minerales en condiciones de igualdad con los países ribereños.

Además de los aspectos jurídicos y de las invocaciones humanistas en relación con los recursos del mar, su suelo y subsuelo, existe un interés estratégico mal disimulado. Las grandes potencias son partidarias de zonas de soberanía reducidas, en razón de que su interés es que se mantenga como alta mar la mayor extensión posible, a fin de asegurar la libertad de operaciones bélicas y de que no se obligue a navegar emergidas a las unidades submarinas, más todavía hoy que disponen de un enorme poder ofensivo constituido por los misiles. Los problemas

de la contaminación, del régimen de internacionalización del fondo de los mares, de la navegación por los estrechos y del acceso de los países mediterráneos a la navegación y al disfrute de las riquezas comunes a la humanidad, hacen imposible el consenso de los 148 países representados. Pero, de todos modos, es un avance el propósito de superar la actual anarquía jurídica, así como el que los diversos alineamientos se hayan hecho ostensibles, permitiendo anticipar posiciones más realistas.

La conciencia jurídica internacional se muestra hoy más permeable a los derechos de soberanía y jurisdicción proclamados por el Perú, al menos respecto al aprovechamiento de los recursos del mar y del suelo y subsuelo de su zona marítima. El empleo conjunto de las palabras soberanía y jurisdicción respecto de las 200 millas reluce ahora justificado, habiendo ganado aceptación más amplia. La Conferencia Mundial celebrada recientemente en Caracas ha hecho patente, no obstante la diversidad de posiciones que analizaremos más adelante, cuán útil recorrido ha logrado la doctrina peruana.

Nuestro derecho de soberanía y jurisdicción, que también puede ser denominado "dominio" por ser este término expresivo tanto de propiedad como de soberanía, tiene los antecedentes y fundamentos que paso a exponer en orden cronológico y conceptual.

La libertad de los mares: el *ius communicationis*

El derecho marítimo, que rige el medio marino y su utilización, nació en el siglo diecisiete, o sea entrada ya la edad moderna. Si bien tiene su antecedente inmediato en el pensamiento de los españoles Vitoria y Vásquez de Menchaca, del siglo anterior, puede señalarse como su punto de partida la aparición de obra de Grocio "Mare Liberum", el año 1609.

En la antigüedad y en la primera mitad de la Edad Media la navegación en alta mar era libre. Según Ulpiano, la naturaleza había abierto el mar para todos. También Celso afirmó que, al igual que el aire, el uso del mar era común a toda la humanidad (*Maris communem usum omnibus homini ut aëris*). Pero desde la segunda mitad del medioevo comenzaron a plantearse pretensiones nacionales sobre el dominio del mar, al menos sobre partes considerables de él. Así, Venecia señoreaba sobre el Adriático y Génova sobre el mar de Liguria. Portugal pretendía que se le reconociera imperio sobre el sector

del Atlántico próximo a Marruecos. Inclusive, invocaba la bula de Alejandro VI, que repartió el mundo entre Portugal y España, para negarle a Holanda acceso al comercio en el Océano Indico.

A su vez, Inglaterra, Suecia y Dinamarca pretendieron derechos de dominio sobre el mar fronterizo en una extensión considerable. Pero cuando el Embajador de España en la corte inglesa protestó contra las incursiones de Drake en el Pacífico, en 1580, la Reina Isabel le replicó que los buques de todas las naciones podían navegar libremente por el Océano, ya que ni la naturaleza ni el interés público justificaban la posesión exclusiva del mar, cuyo uso, al igual que el aire, debía ser común a todos. La libertad de los mares comenzó a sostenerse como principio general y de modo progresivo, si bien durante más de un siglo se respetaron los derechos que la tradición había impuesto sobre ciertas partes del alta mar.

En 1609 se publicó el pequeño tratado de Hugo Grocio denominado "Mare Liberum" que había sido escrito cuatro años antes por encargo de la Compañía de las Indias Orientales Holandesas, a raíz de la captura de un barco portugués por naves holandesas, en aguas malacas. En el libro se esclarecen los caracteres de las cosas apropiables y de las cosas comunes, como lo es el mar. El estudio fue escrito contra la soberanía que Portugal quiso imponer en la navegación y comercio con las Indias, pero su publicación se hizo, en parte, para oponerse a la actitud británica de pesca excluyente. Hoy conocemos que la valiosa obra es el capítulo XII, impreso por separado, del tratado "De jure praedae commentarius", el cual no alcanzó a publicarse sino en el siglo pasado. La doctrina de Grocio se funda principalmente en que los mares no son susceptibles ni de **ocupación** ni de **demarcación**. Por tanto, no debían ser sometidos al dominio o jurisdicción de un Estado.

Intentando refutar a Grocio, John Selden escribió un folleto titulado "Mare Clausum", que fue publicado en 1635. Sostenía que los **mares adyacentes a las costas** tienen una situación distinta a la del Alta Mar y tomaba como base para señalar el límite entre una y otra zona el alcance de la vista desde la playa. Agregaba que sobre ciertas extensiones marítimas, en virtud de razones históricas, Inglaterra poseía derechos exclusivos. En este último aspecto la tesis de Grocio triunfó gradualmente sobre la de Selden, pues a partir del siglo dieciocho se impuso el principio de libertad de los mares.

En 1702, publicó Cornelio Van Bynkershoek el "Dominio de los Mares" que distingue claramente entre el mar territorial y el alta mar. Sostiene la libertad de los mares desde un punto de vista práctico, a diferencia de Grocio que la había fundado doctrinalmente. Concreta en una regla el principio enunciado por Grocio en "De jure belli ac pacis": el mar territorial llega hasta la línea en que "desde la tierra pueden ser forzados los que se hallen en paraje próximo al mar, no menos que si **se hallasen en la misma tierra**", o sea hasta el alcance de un cañón emplazado en las costas: "Potestas terrae finitur, ubi finitur armorum vis". El secretario de Legación siciliano Galiani, en un libro que publicó en París el año 1782, bajo el título de "Dei doveri dei principii neutrali verso i principii guerregianti e di questi verso i neutrali", aplicó el principio del alcance de las armas desde tierra señalando la medida de 3 millas marinas que correspondía al poder ofensivo de los cañones en aquella época. La distancia de tres millas se hizo clásica, pero nunca fue aceptada de modo universal y en el presente siglo se hizo patente la insuficiencia de tan exiguo límite. Intentando codificar el derecho internacional, se reunió en La Haya, en 1930, una Conferencia que resultó frustrada en cuanto a señalar la anchura del mar territorial.

Distinción entre alta mar, mar territorial y zona contigua.

La mencionada Conferencia no logró acuerdos obligatorios, pero fue útil para esbozar las nociones de mar territorial, alta mar y zona contigua. Por mar territorial se entiende la zona marítima adyacente al litoral, la que forma parte del territorio del país, sin más reserva que la del paso inofensivo. Por alta mar se entiende el resto de las aguas marinas, más allá del límite del mar territorial. La Conferencia citada contempló la existencia de una franja transicional, que se denominó zona contigua. En ella el Estado costero, sin tener soberanía, puede ejercer **determinada jurisdicción** en materia policial, aduanera y sanitaria. Esta competencia administrativa fragmentaria, sólo de fiscalización, que algunos Estados venían arrogándose desde fines del siglo dieciocho, fue postulada de modo especial por los Estados Unidos, habiendo obtenido reconocimiento convencional en los tratados que celebró con algunos de los países poseedores de importantes flotas mercantes.

Dado que, por su naturaleza, el alta mar no es

susceptible de comercialización ni de apropiación, se ha desechado la expresión "res nullius" (cosa de nadie), así como la denominación de "res communis", que entraña la idea de condominio al modo del derecho privado. Ambas denominaciones han sido tomadas del derecho civil. Igualmente, la locución "res communis usus" refleja una nomenclatura que es propia del derecho privado. El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Lausana, en 1927, estimó que la condición jurídica del mar es "sui generis", por lo que es preferible prescindir de las fórmulas que caracterizan al derecho privado. Más bien, consideró conveniente precisar aquellos derechos atribuidos a todos los Estados en razón del principio de Libertad del Alta Mar: navegación, pesca y caza, colocación de cables, y aeronavegación o sobrevuelo. Dichas cuatro libertades fueron consignadas también en la Convención de Ginebra relativa al Alta Mar, de 1958.

Antecedentes de las 200 millas.

Fue Estados Unidos el primer país que extendió su vigilancia marítima más allá del mar territorial, al efecto de sus leyes aduaneras. Impuso su jurisdicción sobre las veinte millas, distancia igual al recorrido de un barco durante una hora. Ampliando dicha zona contigua al desaparecer la "ley seca", una nueva ley contra el contrabando autorizó al Presidente para proclamar un área de fiscalización de hasta 62 millas, compuesta de 12 millas más 50. Más tarde, el 5 de setiembre de 1939, a poco de iniciada la segunda guerra mundial, un decreto de Roosevelt ordenó el patrullaje de las costas nacionales y de las Indias Occidentales hasta 200 millas de distancia. Con tal oportunidad, el Presidente declaró: "Las **aguas territoriales** se extienden hasta la distancia exigida por los intereses de los Estados Unidos". Es de gran interés subrayar que la fijación de una distancia de 200 millas fue hecha por primera vez por Estados Unidos, como zona de patrullaje.

Para avalar tal decisión, el gobierno estadounidense gestionó la convocatoria de una conferencia de Cancilleres. La Conferencia de Panamá, por declaración de 3 de octubre de 1939, estableció una zona de neutralidad hasta 300 millas del continente americano, desde la frontera meridional del Canadá, en una línea que dejaba afuera las pequeñas Antillas, pertenecientes a Francia y Gran Bretaña, potencias beligerantes. Los países en guerra protestaron de dicha región de seguridad, pues la línea de de-

fensa intercontinental equivalía a ampliar las aguas territoriales. Años después de la guerra, en 1947, el Tratado de Asistencia Recíproca, celebrado en Río de Janeiro, fijaría una zona de seguridad que envuelve todo el continente y va del polo norte al polo sur.

En 1943, el Presidente Roosevelt hizo a México la propuesta de dividir las aguas del Golfo de México la propuesta de dividir las aguas del Golfo de México entre ambos países. Al efecto expresó que “el viejo límite de las tres millas o el límite de las veinte millas debe ser sustituido por una regla de sentido común...” De este modo, comenzaba una nueva era en la política internacional y en el derecho del mar, pues se sustituía el criterio de defensa o seguridad, que había inspirado la noción de mar territorial, por el criterio de la explotación económica.

En setiembre de 1945, el Presidente Truman expidió dos Proclamas: una establecía **jurisdicción y control** de Estados Unidos sobre la plataforma submarina, y la otra, **jurisdicción y control** sobre determinadas áreas para la conservación de la riqueza ictiológica. La primera enuncia que pertenecen a Estados Unidos los recursos naturales del subsuelo y del fondo del mar situados debajo del alta mar próximo a sus costas. Si bien el dominio así proclamado no comprendía las aguas epicontinentales, o sea suprayacentes a la plataforma, mediante la segunda proclama Estados Unidos innovó también en cuanto a las aguas al imponer su jurisdicción y control sobre ciertas áreas para la conservación de la riqueza pesquera, dado que la expresión “jurisdicción y control” implica soberanía.

Origen de la zona de 200 millas.

Las Proclamas de Truman precipitaron una reacción en cadena. Un mes más tarde, el Presidente de México incorporó al territorio nacional su plataforma submarina, cuya extensión se aproxima a medio millón de Km². Aunque bajo forma de declaración, el texto mexicano tiene parcialmente la redacción de una norma. Expresa que el Gobierno “reivindica” la plataforma continental y “procede a la vigilancia, aprovechamiento y control” de las zonas de protección pesquera. Siguió la Argentina, por decreto de 11 de setiembre de 1946, declarando perteneciente a la **soberanía** nacional “el mar epicontinental y el zócalo continental argentino”. Sólo diez años más tarde, en 1966, incorporó el nuevo criterio de señalar en 200 millas su zona de soberanía marítima,

comprensiva de las aguas y del suelo subyacente a ellas. A menos de un año del decreto argentino de 1946, siguió la actitud de Chile. Por declaración presidencial de 23 de junio de 1947 proclamó la soberanía nacional sobre la plataforma continental y respecto de “todo el mar desde la costa hasta una paralela matemática proyectada a 200 millas marinas de las costas continentales”. Se determinó así la franja de 200 millas como anchura continua respecto de las aguas, a pesar de que tal medida excedía notablemente del zócalo.

Por decreto de 10. de agosto de 1947 el Perú proclamó la soberanía y jurisdicción nacionales sobre la plataforma submarina y sobre el mar adyacente a las costas hasta 200 millas. Se extendió el “dominio” nacional, mencionado así en los considerandos, en todo el ámbito necesario “para reservar, proteger, conservar y utilizar” los recursos y riquezas naturales existentes en dicho mar o debajo de él.

Cinco años después, el 18 de agosto de 1952, Perú, Chile y Ecuador adoptaron la Declaración de Santiago, que estableció acertadamente la denominación de “**zona de soberanía marítima**”. Es fundamental subrayar que la señaló independientemente de la existencia o inexistencia de la plataforma. En efecto, lejos de invocar como fundamento la plataforma continental, que ni siquiera menciona, la Declaración hizo énfasis en la riqueza marítima. Confirmó “**la soberanía y jurisdicción exclusivas**” sobre el mar adyacente hasta una distancia mínima de 200 millas, así como sobre el **suelo y subsuelo**. El mérito de dicha declaración corresponde al representante del Perú, profesor Alberto Ulloa, internacionalista eminente.

El apresamiento de la flota ballenera de Onassis en 1954 tuvo resonancia mundial e hizo urgente que fuera replanteado el Derecho del Mar. En Naciones Unidas, la Comisión de Derecho Internacional preparó un anteproyecto de convenio sobre el régimen jurídico del mar, para ser presentado a la conferencia mundial que se convocó a tal efecto.

En enero de 1956, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, organismo de la OEA, se reunió en México. Su resolución enunció que la anchura del mar territorial podía ser establecida unilateralmente por cada país “hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos y biológicos, así como a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa”. Los “principios de México” reconocen el derecho de explotación exclusiva de las

especies marinas vinculadas a la costa, a la vida del país o a las necesidades de su población costera, así como en los casos en que "la existencia de ciertas especies influye de manera importante en una industria o actividad esencial al país costero. . .".

Dos meses después, en la Conferencia de Ciudad Trujillo, reunida por la OEA, se dio marcha atrás. En vez del "derecho preferente", se admitió el "interés especial" que tiene el país ribereño sobre la conservación de los recursos vivos del mar. Con todo, la Conferencia reconoció que no existía acuerdo respecto de la naturaleza y alcance del interés especial del país ribereño, ni en cuanto a la extensión del mar territorial, así como tampoco en lo atinente al modo de tomar en cuenta los factores económicos y sociales.

Desde la Declaración de Santiago, que dio origen al Sistema del Pacífico Sur, integrado por Ecuador, Perú y Chile, ha tenido un desarrollo notable el Derecho del Mar, debiendo mencionarse: a) las convenciones de Ginebra de 1958; b) la adopción de las 200 millas por Argentina, Brasil, Nicaragua, Panamá y Uruguay, que así se suman a los países del Pacífico Sur y a El Salvador, con los que forman un grupo de nueve; c) la reunión de Montevideo en 1970; d) la reunión latinoamericana en Lima en 1970; e) la reunión de Santo Domingo, en 1972; f) las declaraciones bilaterales China-Perú, Yugoslavia-Perú y Cuba-Perú; g) la ley argentina de 1973 que reserva a los nacionales la actividad pesquera en toda la zona de las 200 millas de soberanía; h) el acuerdo del Comité Jurídico Interamericano de 1973, que denota la discrepancia entre territorialistas y patrimonialistas.

El grupo de los nueve países que han fijado doscientas millas comprende a los tres integrantes del Sistema del Pacífico Sur, más El Salvador (1950), Nicaragua (1965), Argentina (1966), Panamá (1967), Uruguay (1969) y Brasil (1970). Cabe precisar que Argentina declaró su soberanía marítima en 1946, pero respecto del zócalo y de las aguas que lo cubren, en tanto que en 1966 ha establecido por ley que su derecho tiene por alcance doscientas millas del mar y la plataforma correspondiente.

En la reunión de Montevideo, celebrada en mayo de 1970, los nueve países que habían señalado las 200 millas de soberanía suscribieron una Declaración sobre Principios Básicos del Derecho del Mar. Tres meses más tarde en la reunión de Estados Latinoamericanos efectuada en Lima, además de los nueve mencionados, se contó con la representación

de México, Colombia, Venezuela, Honduras, Bolivia, Paraguay y República Dominicana. Pero, a diferencia de la Declaración de Montevideo, la Declaración Latinoamericana sobre Derechos del Mar no mencionó las 200 millas, si bien confirmó y enumeró los siguientes principios: 1o. El derecho inherente del Estado ribereño respecto de los recursos naturales del mar adyacente y del suelo y subsuelo de dicho mar, así como de la plataforma continental y su subsuelo; 2o. El derecho del Estado ribereño a establecer los límites de su soberanía o jurisdicción marítimas de acuerdo con criterios razonables; 3o. El derecho del Estado ribereño a reglamentar el aprovechamiento de los mencionados recursos en la zona de su soberanía o jurisdicción marítimas, sin perjuicio de la libertad de navegación y de sobrevuelo; 4o. El derecho del Estado ribereño a prevenir la contaminación de las aguas y cualquier otro efecto nocivo; 5o. El derecho del Estado ribereño de autorizar, vigilar y participar en toda actividad de investigación científica que se practique en la zona marítima sometida a su soberanía o jurisdicción.

En dicha oportunidad, el Perú reafirmó que la libertad de navegación acordada no implicaba renuncia del ejercicio pleno de los derechos del país, de conformidad con la Declaración de Santiago de 1952. Las reservas consignadas por muchos de los países firmantes muestran como puntos sensibles la libertad de navegación y la de sobrevuelo, sea en el sentido de que ellas no son recortables o en el sentido de que quedan garantizadas como una concesión que el Estado ribereño hace en su zona de soberanía para beneficio de la comunicación internacional.

Se produjeron las siguientes reservas y votos negativos. México mantuvo su posición rígida de 12 millas como anchura máxima para la soberanía marítima. Argentina, Chile y El Salvador hicieron constar que la Declaración "no debe perjudicar el respeto del principio que consagra el derecho internacional de la libre navegación y sobrevuelo de las naves y aeronaves de cualquier pabellón. Paraguay votó negativamente toda la Declaración. República Dominicana dejó constancia de que entiende la expresión "Soberanía Marítima" según el derecho internacional, reiterado en la Conferencia de Ginebra de 1958. Venezuela votó negativamente toda la declaración, principalmente por su desacuerdo con el numeral dos, el cual incide en la mayoría de los puntos restantes. Bolivia votó en contra del proyecto de Declaración, pero no por lo que su texto contiene,

sinó porque no hace referencia al problema de los países sin litoral.

La Declaración de Santo Domingo, de junio de 1972, fue aprobada por la Conferencia Especializada de los países del Caribe. Distingue los conceptos de mar **territorial** y mar **patrimonial**. El límite del primero debe ser objeto de un acuerdo internacional, preferentemente de ámbito mundial, pero, entre tanto, puede ser fijado por cada país hasta en 12 millas. El mar patrimonial sería una zona adyacente al mar territorial en la que corresponde al Estado ribereño ejercer soberanía sobre los recursos naturales.

La Declaración expresa que la suma de dicha zona y la del mar territorial no deberá exceder en total de 200 millas náuticas, debiendo señalar su anchura de acuerdo a las circunstancias geográficas.

En lo referente a la plataforma continental, en la parte que se halle cubierta por el mar territorial, la Declaración considera aplicable el mismo régimen jurídico previsto para dicho mar.

La declaración de Santo Domingo tiene aspectos positivos, como el de señalar un límite máximo de 200 millas para el establecimiento de los derechos del Estado ribereño, con lo que la totalidad de los países latinoamericanos ha admitido dicha anchura, pues la propia Cuba, que obviamente no puede señalar para sí las 200 millas, ha reconocido tal derecho en declaración conjunta con Perú. Al reputar como mar "patrimonial" la extensión adyacente al mar territorial se recorta la soberanía, que no debe entenderse, en rigor, sobre los recursos del mar sino sobre el mar mismo, puesto que sin soberanía se enerva el fundamento para la atribución de derechos en tal zona. La Declaración de Santo Domingo contiene varios elementos de ambigüedad, siendo de notar, en especial, que condiciona el señalamiento del mar patrimonial a un previo acuerdo internacional, preferentemente de ámbito mundial, a diferencia del mar territorial de hasta 12 millas que cada Estado puede señalar, en tanto se lleguen a concertar los expresados acuerdos.

El progreso de la doctrina peruana se ha hecho patente, entre otros hechos, en el tenor de la Declaración conjunta suscrita por los Cancilleres de Colombia y el Perú, en enero de 1973. Para el área del Pacífico Sur, Colombia ha reconocido en dicha declaración la extensión de hasta 200 millas para la soberanía sobre el mar y no solamente sobre los recursos marinos. Coincidentemente, el jurista colombiano Caicedo Castillo había sostenido en el Co-

mité Jurídico Interamericano que es plenamente válida la fijación del mar hasta 200 millas, por acto unilateral del Estado ribereño, así como lo es la existencia de regímenes especiales para determinados mares. Evidentemente, en la pluralidad de regímenes, adecuado cada uno a las características y a la complejidad de intereses de la correspondiente región o subregión, se halla la solución más razonable y de viabilidad próxima.

El proyecto que aprobó el Comité Jurídico Interamericano en febrero de 1973 refleja la discrepancia entre territorialistas y patrimonialistas, marcadamente respecto de la libertad de navegación y sobrevuelo.

En el ámbito tercermundista, se han producido Declaraciones que, si bien no coinciden totalmente con la soberanía que ejercemos, proclaman principios muy próximos. Así, la Tercera Reunión de los países no alineados, celebrada en Lusaka, en setiembre de 1970, incorporó a la Declaración sobre Desarrollo Económico y No Alineamiento la decisión de los Estados participantes de "ejercer plenamente su derecho y cumplir su deber de conseguir en bien del desarrollo y en bienestar de sus pueblos la máxima utilización de los recursos naturales existentes en su territorio y en los mares adyacentes", así como de concordar sus políticas respecto de ello y de la protección del medio marino. Igualmente genérica fue la Declaración adoptada en la Reunión de los 77, realizada en Lima.

Importancia mayor puede darse a las Declaraciones conjuntas de China-Perú, Yugoslavia-Perú y Cuba-Perú, en cuanto expresan un reconocimiento concreto del derecho de extender a 200 millas la soberanía y jurisdicción sobre la zona marítima adyacente a nuestras costas.

La Cuarta Conferencia en la cumbre de los países no alineados, reunida en Argel, en setiembre de 1973, acordó apoyar la adopción de **zonas de jurisdicción nacional** que no excedan de 200 millas, a los efectos de explotar los recursos naturales y de proteger otros intereses afines de sus pueblos.

Consistencia de nuestro dominio marítimo

Como afirmó el profesor Gidel, la expresión "libertad de los mares" puede ser clasificada entre aquellas ideas que se producen en la frontera del derecho y la política. Lo esencial del concepto es el "ius communicationis", o sea el derecho humano a la comunicación y al comercio. El derecho de pesca es distinto de él. Desde que se fijó el concepto de

mar territorial, éste tiene la naturaleza de una zona necesaria para la defensa y la seguridad de cada país. Su anchura ha sido establecida de modo unilateral por cada Estado, sin que pueda invocarse la costumbre internacional en favor de una anchura determinada. Lo único universalmente aceptado es que la extensión ha de ser razonable y de necesidad probada.

Existe en muchos países la tendencia a señalar como anchura máxima del mar territorial la distancia de 12 millas, admitiendo una zona complementaria de un alcance jurídico que varía según las diversas posiciones, teniendo éstas en común la distancia de 200 millas.

Confirmando el aserto de Ihering de que el derecho sigue al interés, las Proclamas del Presidente Truman crearon nuevas realidades en el régimen del mar. Impusieron jurisdicción sobre un área indeterminada del alta mar, ampliando considerablemente los derechos del Estado ribereño sobre la llamada "zona contigua". Surgió así una realidad de naturaleza similar a la que originaron más tarde las declaraciones de Chile, Perú y Ecuador. La noción de zona contigua había sostenido que la voz jurisdicción tiene menor alcance que la palabra soberanía, pues ésta expresa un concepto más amplio y de alcance total. Pero, en rigor, la noción de jurisdicción deriva de la soberanía y consiste en gobernar o legislar en ejercicio de ella. La construcción jurídica nacida en la conferencia de La Haya de 1930 y definida con las Proclamas de Truman, en 1945, vino a dar a la palabra jurisdicción un sentido más restringido.

A pesar de que la soberanía, en el interior del país, no es concepto matizable, en ciertas relaciones internacionales y con el propósito de justificar los derechos de control en una zona más amplia para reprimir el contrabando y hacer cumplir los reglamentos de sanidad, se había adoptado en la tercera década del siglo la noción de zona contigua, como un área de competencia o jurisdicción administrativa, sin vulnerar la libertad de la alta mar. Fue así como nació la figura de la soberanía como un haz de competencias, de las cuales el Estado costero solamente ejercitaba una: la jurisdicción.

Tal como entrevió el propio Grocio, la libertad de pesca es un derecho distinto a la libertad de navegación y no un derecho que se haya desprendido de ella. El derecho de pesca se funda en la adyacencia del territorio, o sea en el interés primario del pueblo ribereño y en la extensión razonable.

En la reciente conferencia sobre derecho del mar, reunida en Caracas, se han sugerido regímenes tentativos encaminados a evitar tanto la sobre explotación, cuyo efecto es nocivo para la riqueza marina, como la subexplotación, que constituiría de parte del país ribereño una reserva sobre aquella proporción de pesca razonable que esté más allá de sus posibilidades de captura. Actualmente, el derecho del mar ha superado las simples razones de seguridad, en las que se inspiró hace siglos la determinación del mar territorial. Son los motivos económicos y fundamentos de orden geográfico, biológico y de subsistencia y desarrollo humanos los que priman.

La humanidad entera se encuentra empeñada en el descubrimiento de nuevas fuentes de recursos, así como en la conservación e intensificación de las existentes, para hacer frente al crecimiento demográfico y a la presión por elevar los niveles de vida. Por otra parte, es obvio que los adelantos de la técnica industrial, que permiten aprovechar recursos hasta hace poco considerados como de imposible explotación, así como el progreso de la aviación y la invención de proyectiles nucleares, han disminuido la importancia del mar territorial en cuanto zona de seguridad.

Tal como hemos subrayado desde hace doce años, en el estudio "Dominio Marítimo", que publicamos en Editorial Lumen, es importante distinguir entre derecho a la libre navegación y derecho de pesca. Con la nueva tendencia, el primer principio no sufre ningún desmedro, mientras que el segundo se somete a las reglamentaciones impuestas por los Estados ribereños. Conviene enfatizar que la libertad de los mares fue concebida como un derecho a la navegación y no para sustentar un derecho de pesca indiscriminada. Recordemos que el Decreto Supremo de 1o. de agosto de 1947 definió la posición peruana respecto de dos realidades:

a) **Plataforma continental.**- La soberanía y jurisdicción nacionales "se extienden a la plataforma submarina o zócalo continental o insular adyacente a las costas continentales e insulares del territorio nacional, cualquiera que sean la profundidad y la extensión que abarque dicho zócalo".

La existencia de la plataforma es un hecho morfológico. En el caso del Perú se presenta de manera irregular y no es fundamento de nuestro derecho sobre la zona marítima de 200 millas. La soberanía de nuestro país comprende todo el suelo y subsuelo existente bajo el mar en una anchura de 200 millas. La plataforma continental es sólo una

parte del suelo del mar sujeto a nuestra soberanía. Modernamente se tiende a emplear la expresión "margen continental" como comprensiva de la plataforma continental, el talud continental y la cuesta continental. Acertadamente, la Declaración de Santiago no mencionó la plataforma continental y estableció la soberanía y jurisdicción nacionales sobre el suelo y subsuelo.

La Ley del Petróleo No. 11780, algunos meses anterior a la Declaración de Santiago, declara como una de las zonas de nuestro territorio, además de la Costa, Sierra y Oriente, la del "zócalo continental", demarcada por una distancia de 200 millas medida a partir de la línea de baja marea, o sea desde la superficie.

La Ley General de Minería, de 1971, regula el aprovechamiento de las sustancias minerales "del mar, el margen continental y los fondos marinos y sus respectivos subsuelos" hasta 200 millas de la Costa.

b) **Las aguas jurisdiccionales:** La soberanía y jurisdicción del Perú se ejercen también sobre el mar adyacente, cualquiera que sea su profundidad y en la extensión necesaria para "reservar, proteger, conservar y utilizar" los recursos de toda clase que se encuentren en el mar o debajo del mismo. En uso de la soberanía así proclamada, se demarcó una zona de 200 millas, comprendida entre la costa y una línea imaginaria paralela a ella.

La Declaración de Santiago de Chile, de 1952, además de haber acuñado la denominación de zona de soberanía marítima, tiene la importancia de haber establecido claramente cuál es el ámbito espacial de aplicación de "la soberanía y jurisdicción exclusivas" que ejerce nuestro país. Dicho ámbito está constituido, de modo conjunto, por las aguas, el suelo y el sub-suelo. Acertadamente el concepto de zócalo o plataforma, accidente real de anchura variable y casi inexistente en algunas partes de nuestro litoral, fue sustituido por el de suelo y sub-suelo referido a toda la anchura de las 200 millas.

Con excepción de la ley de la marina de guerra, las normas dictadas emplean las expresiones de "aguas jurisdiccionales" o "zona de soberanía y jurisdicción marítimas" para determinar la relación jurídica que vincula con el territorio tanto el mar adyacente como su lecho y su subsuelo, en toda la anchura señalada.

Los fondos marinos

El concepto de plataforma continental, o borde sumergido del continente, se expresó inicialmente por las locuciones "zócalo continental" o "plataforma submarina". Alcanzó importancia universal desde 1945, a partir de las Proclamas del Presidente Truman. En Argentina, país cuya anchura de plataforma continental se extiende hasta las islas Malvinas, se había estudiado desde años atrás la compleja realidad geográfica y biológica determinada por dicho accidente morfológico. Al respecto, es de recordar el estudio del internacionalista José León Suárez, que ya en 1918 puso en relieve el derecho del pueblo ribereño a la riqueza ictiológica existente en las aguas epicontinentales.

En 1942, al celebrarse el convenio entre Venezuela y Gran Bretaña relativo al Golfo de Paria, se mencionó por primera vez en las relaciones oficiales un "área submarina", sobre la cual se reconocían "derechos de soberanía o de control" hasta un ancho de 35 millas fuera del mar territorial. La opinión mundial principió a enfocar su atención sobre la plataforma submarina.

Los continentes están rodeados de una meseta o rellano submarino, de pendiente escasa y constante. Dicha plataforma es de anchura sumamente variable en cada región así como dentro de la zona adyacente a cada país. Comprende desde la línea de la baja marea hasta que se inicia un abrupto cambio de inclinación que marca el inicio del talud continental, lo que ocurre a profundidades diversas. Al terminar el talud, la pendiente se precipita hacia el abismo. La plataforma es una zona de interés especial, por los yacimientos petrolíferos y por los depósitos de sustancias minerales, así como por la riqueza pesquera de las aguas suprayacentes, denominadas "aguas epicontinentales". Hacia los 200 metros de profundidad deja de penetrar la luz solar y cambia el "hábitat" de las especies.

Los sondeos ultrasónicos y las exploraciones submarinas han permitido reconocer que la plataforma continental es tan accidentada como los continentes emergidos, con los cuales guarda relación geológica. En su formación han intervenido acciones tectónicas, así como las incidencias del oleaje y la aportación de sedimentos. Se estima que las plataformas continentales representan entre un 5 o/o y un 7 o/o de la superficie del globo. Su anchura es grande frente a la costa oriental de América del

Norte así como frente a la Argentina, pues abarca centenares de kilómetros. Si se considera las características geomorfológicas más acentuadas, o sea comprendiendo hasta 500 metros de profundidad, las zonas de plataformas continentales son equivalentes en extensión al 18 o/o del área total de tierras secas del planeta.

La efectividad de la ocupación y el aprovechamiento de la plataforma han de ser apreciados en relación con el grado en que sean posibles según la naturaleza de la región. El Perú ha reiterado su dominio sobre el suelo y subsuelo de toda la zona de 200 millas por medio de la Ley de Petróleo de 1952, así como sobre el suelo y subsuelo del mar, el margen continental y los fondos marinos y sus respectivos subsuelos, por la Ley General de Minería de 1971.

La plataforma continental constituye la extensión natural del territorio del Estado. Del punto de vista jurídico, puede comenzar en el límite exterior del mar jurisdiccional, pero del punto de vista morfológico y geológico se inicia en la línea de la baja marea. En el caso del Perú, si aplicamos la isobata de 200 metros, el zócalo o plataforma que prolonga nuestro territorio es exiguo y muy irregular. Al extremo Norte, es prácticamente inexistente. En el sector fronterero a Pimental a Huarmey tiene su anchura máxima, 60 millas, que se reducen a 40 frente al Callao. La plataforma continúa estrechándose hasta desaparecer entre los 14 y 16 grados de latitud sur, o sea a partir de la bahía Independencia y hasta Atico. Reaparece luego frente a las costas de Camaná, Islay, Moquegua y Tacna, con una anchura que en ciertos sectores no alcanza las 17 millas.

El cuadro de mediciones consignadas en la obra de Schweiger sobre el litoral peruano señala que el nivel isobático de 4,000 metros tiene una anchura promedio de 150 Km. Dicha observación se vincula con uno de los principios básicos proclamados por la Declaración de Montevideo que es el de "explorar, conservar y explotar los recursos naturales del suelo y del subsuelo de los fondos marinos" hasta el límite de la zona donde el Estado ribereño ejerza su jurisdicción.

En la Conferencia Especializada sobre Problemas del Mar, realizada en Santo Domingo, con la participación de Barbados, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, República Dominicana, Trinidad-Tobago y Venezuela, la Declaración aprobada por los quince países ribereños del Caribe califi-

có de obsoleta la profundidad de 200 metros que se señaló en Ginebra. Las necesidades y posibilidades actuales para explotar los recursos renovables y no renovables que se ubican en el fondo de los mares han superado la Convención de Ginebra. Por ello, la Conferencia de Santo Domingo aprobó que en la parte de la plataforma continental cubierta por el mar patrimonial se deberá aplicar el régimen jurídico previsto para dicho mar, en tanto que en lo que respecta a la parte que excede del mar patrimonial se habrá de aplicar "el régimen establecido para la plataforma continental por el derecho internacional". Se declaró, también, que los fondos marinos y sus recursos, más allá del mar patrimonial y de la plataforma continental no cubierta por éste, son patrimonio común de la humanidad, expresión ésta que va más allá del texto de la Resolución sobre fondos marinos que había aprobado la Asamblea de Naciones Unidas, el 17 de diciembre de 1970, con el número 2749.

Junto con dicha Resolución de principio fue aprobada la que lleva el número 2750, por la que se decidió convocar la Tercera Conferencia sobre el derecho del mar, que debía ocuparse del establecimiento de un régimen internacional equitativo (incluyendo un mecanismo internacional) para la zona y los recursos de los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional. Objeto de la convocatoria sería tratar de la definición precisa de la zona y de todas las cuestiones conexas, a saber, los regímenes de la alta mar, la plataforma continental, el mar territorial (incluyendo su anchura y el régimen de los estrechos internacionales), la zona contigua, la pesca y la conservación de los recursos vivos del alta mar (incluyendo la cuestión de los derechos preferenciales de los Estados ribereños), la protección del medio marino (incluida, entre otras materias, la prevención de la contaminación) y la investigación científica.

Culminaba, así, la iniciativa presentada por Malta, que planteó en 1967 la necesidad de un acuerdo internacional que estableciera el régimen de los fondos marinos y oceánicos situados "más allá de los límites de la jurisdicción nacional". Ello entraña examinar cuáles son los bordes de la plataforma y fondos situados bajo aguas de jurisdicción nacional. Como es sabido, en los fondos marinos pelágicos, entre mil y cinco mil metros aproximadamente, existen depósitos ingentes de manganeso, de hierro y de otros minerales, en forma de nódulos de diámetro pequeño. Si bien los métodos para extraerlo

se hallan en la fase de experimentación, dada la magnitud de los obstáculos y lo aleatorio de una explotación económica, es razonable la preocupación internacional para establecer un régimen jurídico y una autoridad mundial.

Hoy no se discute la insuficiencia de la Convención de Ginebra sobre plataforma continental, la cual emplea un doble criterio para definirla: el de la profundidad de 200 metros y el de la posibilidad de explotación de los recursos naturales. Aparte de que la mencionada Convención no obliga sino a los países que la han ratificado o que hayan adherido a ella, es de advertir que la fijación de un régimen internacional puede prestarse para encubrir otro propósito, cual es el de reducir los mares nacionales.

Respecto a la terminología aplicable a las zonas submarinas son de mencionar, en especial, la que elaboró en 1968 el Grupo de Trabajo del Comité Especial encargado por Naciones Unidas y la adoptada por la Asociación de Derecho Internacional en la Conferencia que celebró en La Haya en 1970. Juzgo preferibles las definiciones geomorfológicas que estableció la Asociación, de las cuales cabe subrayar la de **margen continental**, comprensiva de tres zonas sucesivas: **plataforma** continental, **talud** continental y **cuesta** continental. El talud es la zona del fondo oceánico que se extiende desde el borde externo de la plataforma continental hasta el fondo abisal, con una anchura que es ordinariamente entre 10 y 20 millas, variando la pendiente desde 30. hasta más de 450. La **cuesta continental** existe donde no hay profundas fosas submarinas; desciende suavemente desde la base del talud, por lo general a profundidades de

2,000 a 5,000 metros. Teniendo en cuenta tales denominaciones, merece destacarse que la Ley General de Minería hace referencia al margen continental y que el Decreto Ley 18225, normativo de la Industria minera, incluye la plataforma o zócalo y el fondo marino, remarcando así con precisión que la soberanía se ejerce conjuntamente en toda la zona de 200 millas.

La Resolución 2467 A, de 21 de diciembre de 1968, que estableció la Comisión sobre Utilización con Fines Pacíficos de los Fondos Marinos y Oceánicos situados fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional, encargó a ésta elaborar los principios y normas jurídicas que sirviesen para la cooperación internacional en la exploración y utilización de los fondos marinos y oceánicos, a fin de asegurar la explotación de sus recursos "en beneficio de toda la humanidad", lo cual dista de la expresión "patrimonio común de la humanidad" que es empleada por la Declaración de principios que aprobó la Asamblea de la ONU por Resolución 2749, de 1970 y que ha sido recogida en documentos importantes como la Declaración de Argel. A juicio de gran parte de los miembros del grupo oficioso de redacción, el concepto de "patrimonio común de la humanidad" no puede apoyarse en una base generalmente aceptada, además de que se anticipa a la existencia de una personalidad jurídica nueva: la humanidad. La libertad de acceso y de utilización por parte de todos los Estados, así como el reparto equitativo más adecuado entre los países en desarrollo de los beneficios que se obtengan en la explotación, son cuestiones que han quedado esbozadas.

FUNDAMENTO DE LA SOBERANÍA

MARITIMA DEL PERU HASTA LAS 200 MILLAS

1. Fundamentos Geográficos y Biológicos. 1.1. Características geográficas y biológicas: un eco sistema. 1.2. El afloramiento y las 200 millas. 1.3. Los límites de acuerdo a las propias realidades. 2. Importancia Económica de las 200 millas. 2.1. La riqueza pesquera. 2.2. Importancia de la pesca en la economía nacional. 2.3. Los recursos petrolíferos. 2.4. Los recursos y las 200 millas. 3. El Derecho a la Subsistencia y el Derecho soberano a la libre disposición de los recursos naturales como principal fundamento. 3.1. El Derecho de Conservación: Subsistencia y desarrollo. 3.2. El Tercer Mundo y los recursos del mar y el Desarrollo. 3.3. Naciones Unidas y los Derechos al Desarrollo y a la libre disposición de los recursos naturales. 3.4. Los Derechos Humanos. 4. Otros Fundamentos Jurídicos de la Soberanía Marítima del Perú. 4.1. Derecho de vecindad o adyacencia. 4.2. Derecho de acceso. 4.3. Derecho de compensación. 4.4. Derecho de posesión. 4.5. El ejercicio efectivo de la Soberanía Marítima hasta las 200 millas. 5. Actuales tendencias en Caracas.

En un momento histórico como el actual —de grandes presiones y cambios en la Sociedad Internacional— no es suficiente afirmar la existencia de la soberanía marítima hasta las 200 millas. Sin desconocer la importancia de las realidades políticas, es necesario analizar rigurosamente el sustento científico-jurídico que consolida nuestro dominio marítimo, establecido a partir del Decreto Supremo de 1947.

La proclamación, defensa y ejercicio de la soberanía marítima hasta las 200 millas, significa para el Perú el inicio y desarrollo de una nueva visión internacional del Derecho del Mar. Esta reconoce la inseparable relación existente entre el territorio nacional y la zona del mar adyacente hasta las 200 millas, donde las singulares características geográficas, físicas y biológicas configuran un eco-sistema único e

indivisible que encierra grandes riquezas naturales; así como las necesidades socio-económicas de los Estados, sus respectivos derechos a la subsistencia, desarrollo, y el derecho soberano a la libre disposición de los recursos naturales, reconocidos como Derechos Humanos Universales. El análisis de estos fundamentos, así como de otros que se mencionan en los párrafos siguientes, es el objetivo del presente trabajo.

1. Fundamentos Geográficos y Biológicos.

La primera realidad que fundamenta la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas, está constituida por las peculiaridades geográficas, físicas, biológicas y atmosféricas de la zona costera del Perú. Estas características, que son diferentes en los diversos océanos del mundo, junto con la distinta latitud y posición de los Estados en el planeta, hacen que se presenten sistemas ecológicos distintos; y, en algunos casos como el del Perú, sistemas ecológicos únicos e indivisibles.

1.1. Características geográficas y biológicas: un eco sistema.

La costa peruana, que por su ubicación geográfica debería ser cálida, lluviosa y de exuberante vegetación, es temperada, de casi nula precipitación pluvial y en su mayoría desértica. A lo largo de 2,815 kilómetros corre una costa desértica cuyo ancho tierra adentro varía llegando en muchas partes a más de 50 kilómetros, para luego encontrarse con la Cordillera de los Andes que, cerca a la Costa, cruza todo nuestro territorio. El desierto costero se encuentra cortado solamente por 57 ríos de caudal permanente o intermitente que nacen en la vertiente occidental de los Andes y desembocan en el mar. Esta situación pobre de la costa es originada en

gran parte por el obstáculo del macizo andino y otros fenómenos físicos y meteorológicos que ocurren en el medio ambiente marino cercano a la costa (1).

En lo que se refiere al mar aledaño a las costas, en aquel se dan una serie de corrientes marinas, conocidas como el Sistema de la Corriente Peruana o Corriente de Humboldt, entre las cuales destacan la corriente costera peruana y la corriente oceánica peruana, que vienen del Pacífico Occidental (Nueva Zelanda) y corren de sur a norte a lo largo de la costa, uniéndose y formando una sola unidad oceánica en el periodo de invierno. Estas corrientes sufren variaciones durante el año, llegando a considerarse dos fases referidas a las condiciones de sus aguas. En la primera de ellas, que ocurre en primavera y verano, la anchura del Sistema de la Corriente Peruana disminuye notablemente, reduciéndose su ancho en un promedio de 35 a 50 millas. En la segunda fase, que ocurre en los meses de otoño e invierno, el Sistema de la Corriente Peruana aumenta en su anchura, produciendo ciertos fenómenos, como el afloramiento, a una mayor distancia de la costa, que aproximadamente llega a las 200 millas. Se debe destacar que las aguas del Sistema de la Corriente Peruana se caracterizan por ser aguas frías y con un alto contenido de riquezas minerales (2).

Un tercer factor que cabe tener en cuenta es la acción de los vientos frente a la costa peruana, y en especial, de los vientos alisios del Sur-Sur Este. Estos vientos, junto con otros que en conjunto se conocen como el Anticiclón del Pacífico Sur, accionan sobre la masa oceánica y sobre la vertiente occidental de los Andes por el rumbo nor oeste del litoral (3).

Por último, hay que considerar el relieve accidentado de la plataforma y zócalo continental que corre a lo largo de la costa con "un ancho variable entre menos de una decena y algo más de 100 kilómetros", el cual es relativamente escaso en relación a otros países (4).

La relación constante y recíproca de estos cuatro factores, junto con la latitud del litoral peruano y de su mar adyacente, y "de otras fuerzas y procesos naturales que operan en una extensa área de contacto e influencia de la litósfera, la atmósfera y la hidrósfera frente a las costas del Perú, configuran un sistema ecológico estructural y funcionalmente

indivisible, del que dependen la naturaleza del clima y las características del litoral y de su mar adyacente, condicionando así la existencia y distribución de los recursos marinos" (5).

1.2. El afloramiento y las 200 Millas.

Ahora bien, en el eco-sistema peruano la riqueza ictiológica es inmensa, constituyendo una de las zonas de mayor abundancia y variedad de especies en el mundo. Esta gran riqueza existe a consecuencia del fenómeno del afloramiento. La acción de los vientos alisios del Sur-Sur Este sobre las aguas del Sistema de la Corriente Peruana, produce este fenómeno que consiste en la surgencia de aguas frías poco profundas hacia la superficie, que acarrearán a la capa fótica grandes cantidades de nutrientes minerales. Estas nutrientes, mediante el fenómeno de la fotosíntesis ocasionado por los rayos solares, se transforman en elementos orgánicos a nivel de protoplasmas celulares que constituyen el fitoplankton o producción primaria.

La composición especiológica y la cantidad de fitoplankton varía notablemente en el tiempo y en el espacio, en respuesta a las fluctuaciones físicas, químicas y biológicas del ambiente. La característica de mayor significado biológico del Sistema de la Corriente Peruana, es la gran cantidad de afloramientos que se producen a consecuencia de la interacción de los factores anteriormente mencionados (6).

(1) Véase: Petersen Gaulke, Georg.: "Geografía y Geología General del Litoral Peruano", en Historia Marítima del Perú, Tomo 1, Volumen 1, Editorial Ausonia, Lima, 1972.

(2) Bancho Rossi, Luis.: "Interpretación, Valoración y Proyección económica de la riqueza ictiológica de las 200 Millas", en Fundamentos de la Doctrina de las 200 Millas Peruanas, Editorial Liborio Estrada S.A., Lima, 1973, p. 102-103.

(3) Véase Mugica Martínez, Ramón: "Oceanografía del Mar Peruano", en Historia Marítima del Perú, Tomo I, Volumen I, Editorial Ausonia, Lima, 1972.

(4) Petersen Gaulke, op. cit., p. 14.

(5) Arias Schreiber, Alfonso: "Los fundamentos jurídicos de la Soberanía Marítima del Perú", Conferencia en el Colegio de Abogados de la Libertad, 1971, en Ministerio de Relaciones Exteriores: "Exposiciones Oficiales Peruanas sobre el Nuevo Derecho del Mar", Lima, 1972.

(6) Véase Sánchez Romero, Jorge: "Aspectos Biológicos y Pesqueros del Mar Peruano", en Historia Marítima del Perú, Tomo I, Volumen II, Editorial Ausonia, Lima 1973.

Así, en la zona de soberanía marítima del Perú el fitoplankton es producido en enormes cantidades, conformando verdaderas praderas flotantes marinas, las cuales son aprovechadas por numerosos animales pequeños que constituyen el Zooplankton, compuestos principalmente por pequeños crustáceos, moluscos, larvas de peces o invertebrados en general que sustentan a ciertas poblaciones de peces, y éstos a su vez a peces mayores a través de la cadena alimentaria. En este sentido, a fin de que puedan reproducirse todas las especies, es necesario mantener el equilibrio ecológico de toda la zona.

Ahora bien, en relación a las 200 millas, cabe señalar que de los estudios oceanográficos y biológicos realizados por investigadores peruanos y extranjeros sobre el Sistema de la Corriente Peruana, se desprende que el afloramiento y en consecuencia la producción biológica se extiende más allá de las 200 millas en el invierno. Por tanto, "los cardúmenes de anchovetas alcanzan en ciertas épocas del año distancias de 120 a 180 ó 200 millas". (7). Esta coincidencia de los afloramientos y de la existencia de la anchoveta hasta una distancia aproximada de 200 millas, constituye el único caso de un país que tiene un sustento biológico para fijar la extensión de su soberanía marítima.

Otro factor que cabe considerar, aunque su importancia actual ha disminuido, es la presencia de las aves guaneras, que se calculan aproximadamente en quince millones. El abono natural que producen estas aves es de los que tienen el más alto poder fertilizante. La subsistencia de las aves guaneras depende de la riqueza pesquera del mar peruano. Sin la inmensa riqueza ictiológica que existe cerca de nuestras costas, dichas aves podrían desaparecer y en consecuencia, igual sucedería con los depósitos de guano que aquellas producen (8).

De lo expuesto se infiere que la zona de soberanía marítima constituye un complejo fenomenológico o eco-sistema peculiar, en el cual todos los factores que se interaccionan entre sí producen la riqueza pesquera. La falta de alguno de esos factores, que están en estrecha vinculación con el territorio del Estado y sus propios fenómenos, podría ocasionar que todo el sistema ecológico no funcione adecuadamente. Esta realidad hace necesario que el Perú ejerza soberanía marítima sobre las aguas, su suelo y subsuelo hasta las 200 millas.

1.3. Los límites de acuerdo a las propias realidades.

También es importante destacar la posición geográfica del Perú. Nuestro país tiene frente a sus costas las aguas del Pacífico, que constituye el océano más extenso del mundo. Así como en otras regiones los mares son pequeños y las distancias entre Estados que están separados por el mar son estrechas, como es el caso del Mar Mediterráneo, el Perú se encuentra separado por grandes distancias de las costas de Australia, Nueva Guinea y demás países que se encuentran al otro lado del Pacífico.

En este sentido, las realidades geográficas le permiten a nuestro país establecer su soberanía marítima hasta las 200 millas, sin perjudicar en absoluto la soberanía o los derechos de otros Estados. Es por ello que el Perú ha manifestado reiteradamente que su posición no implica que todos los Estados establezcan su dominio marítimo hasta las 200 millas. Por el contrario, de lo que se trata es de que se adopte una cierta pluralidad de regímenes sobre bases principalmente regionales, quizás dentro de ciertos límites máximos y mínimos, que serían fijados por cada Estado de acuerdo a sus propias realidades y circunstancias.

Por consiguiente, el primer fundamento de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas está constituido por la inseparable relación que existe entre el territorio nacional y el mar que baña sus costas en una zona que llega aproximadamente a las 200 millas. En esta extensión, existe un ecosistema único e indivisible en virtud de los peculiares factores geográficos, físicos, biológicos y atmosféricos de la región.

En el transcurso de la evolución del Derecho del Mar, tal sustento se ha convertido en un principio internacionalmente reconocido en el Nuevo Derecho del Mar. La argumentación inicial de Chile, Ecuador y Perú (9) fue recogida en los Principios de México de 1956 cuando se declaró que cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial

(7) Bustamante y Rivero, José Luis: "La Doctrina Peruana de las 200 Millas", Talleres Gráficos P.C. Villanueva, Lima, 1972, p. 40.

(8) Arias Schreiber, Alfonso: "Los Fundamentos de la Soberanía Marítima del Perú", op. cit.

hasta límites razonables, atendiendo a factores geográficos, geológicos y biológicos (10). Asimismo, fue reconocido como principio básico del Derecho del Mar por los nueve Estados que aprobaron la Declaración de Montevideo de 1970, al reconocer el Derecho de los Estados a establecer los límites de su soberanía y jurisdicción marítima, de conformidad con sus características geográficas y geológicas, y con los factores que condicionan la existencia de los recursos marinos y la necesidad de su racional aprovechamiento (11). Lo mismo fue proclamado como principio común del Derecho del Mar en la Declaración de Estados Latinoamericanos aprobada en Lima en 1970 (12). Aunque en forma más tenue, la Declaración de Santo Domingo de 1972 también señaló que, "teniendo en cuenta las circunstancias", la anchura del mar patrimonial no excedería en total de 200 millas (13). Finalmente, el mismo principio se encuentra explícitamente mencionado en diversos documentos, presentados en la Tercera Conferencia Mundial sobre Derecho del Mar.

En resumen, el establecimiento de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas se fundamenta en un principio del Derecho del Mar que establece el derecho del Estado ribereño a fijar los límites de su soberanía o jurisdicción marítima en una extensión razonable, teniendo en cuenta sus propias características geográficas, físicas, biológicas y atmosféricas, en la medida que dicho límite no atente contra los derechos de Estados vecinos.

2. Importancia Económica de las 200 Millas.

En los párrafos anteriores se ha explicado, evidentemente en forma simplificada, las causas de la riqueza del mar peruano. Conviene ahora analizar la magnitud de tales riquezas y su aporte actual y potencial para la economía nacional.

2.1. La riqueza pesquera.

En base a los estudios realizados principalmente por el Instituto del Mar del Perú, se han identificado 603 especies de peces, a las que seguramente han de sumarse otras, a medida que se intensifiquen las exploraciones. Sin embargo, en la actualidad sólo algunas de estas especies tienen una especial significación para la explotación pesquera. Aparte de la anchoveta, que representa aproximadamente el 98 o/o del total desembarcado en el país, son im-

portantes otras 25 especies de peces y en insignificante proporción algunas de mariscos y crustáceos (14).

Teniendo en cuenta determinados factores cuantitativos y cualitativos, y fundamentalmente su utilización final, los recursos pesqueros son agrupados usualmente en dos grandes unidades bio-económicas: los recursos destinados al consumo humano directo, vale decir para la alimentación directa del ser humano, y los recursos humanos indirectos o que sirven para la pesca industrial. Se les denomina consumo humano indirecto por estar destinados para servir de complementos proteínicos a los animales, los cuales a su vez son utilizados en beneficio del hombre.

En consecuencia, en ambos casos, los recursos pesqueros tienen como rol principal el ser fuente de alimentos.

En el cuadro No. 1 se aprecia el total de productos marinos desembarcados en el Perú en 1970, año que ha sido el mejor hasta la fecha, tanto en lo que respecta a volumen de captura como a valor de producción. Los productos marinos se han dividido en pesca para consumo humano directo y pesca para consumo indirecto.

(9) En la "Declaración sobre Zona Marítima" aprobada por Chile, Ecuador y Perú el 18 de agosto de 1952, en la Primera Conferencia sobre Conservación y Explotación de las Riquezas Marítimas del Pacífico Sur, celebrada en Santiago de Chile. La Declaración fue ratificada por Chile según Decreto No. 432 de 23 de setiembre de 1954, por Ecuador mediante Decreto No. 275 de 7 de febrero de 1955 y por el Perú por la Resolución Legislativa No. 12305 de 6 de mayo de 1955.

(10) Resolución XIII titulada "Principios de México sobre Régimen Jurídico del Mar", aprobada en la Tercera Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, celebrada en México del 17 de enero al 14 de febrero de 1956.

(11) "Declaración de Montevideo sobre Derecho del Mar", aprobada en la Reunión de los 9 Estados Latinoamericanos que habían establecido las 200 millas, celebrada en Montevideo del 4 al 8 de mayo de 1970.

(12) "Declaración de Estados Latinoamericanos sobre el Derecho del Mar", aprobada en la Reunión Latinoamericana sobre Aspectos del Derecho del Mar, celebrada en Lima, del 4 al 8 de agosto de 1970.

(13) "Declaración de Santo Domingo", aprobada en la Conferencia Especializada de los Países del Caribe sobre los Problemas del Mar, celebrada en Santo Domingo, en junio, 1972.

(14) Sánchez Romero Jorge, op. cit.

CUADRO No. 1

**DESEMBARQUE DE PRODUCTOS MARITIMOS DE LA PESCA
POR UTILIZACION, PERU: 1970 (TMB Y MILES DE SOLES)**

UTILIZACION	VOLUMEN T.M.B.	o/o	VALOR Miles S/.	o/o	PRECIO S/. por TMB
Para consumo indirecto	12'295,698	98.51	6'373,894	87.84	518.38
Para consumo directo	185,381	1.49	882,717	12.16	4,761.63
TOTALES	12'481,079	100.00	7'256,611	100.00	581.41

**Fuente: Ministerio de Pesquería: "Anuario Estadístico Pesquero",
Volumen I, Perú, 1970.**

Del cuadro se aprecia que la gran mayoría de la pesca capturada es destinada para consumo humano indirecto. Esta proviene de la anchoveta, utilizada para la elaboración de harina y aceite de pescado, que representa aproximadamente el 98 o/o del total capturado en 1970. Este pequeño pez, cuya talla oscila entre 12 y 18 centímetros, se reúne en enormes cardúmenes que habitan la costa del Perú y la parte norte del litoral de Chile. Preferentemente habita hasta las 50 millas de la costa, aunque tal como se mencionó anteriormente, en ciertas épocas del año se separa de la costa y se encuentran cardúmenes hasta una distancia aproximada a las 200 millas. Esto ocurre en el periodo invierno-otoño, debido a que las condiciones de la corriente costera se extienden en un área mucho más ancha, determinando en esta forma una aparente escasez para la pesca.

A partir del segundo quinquenio de la década del 50, los recursos del mar —y específicamente la anchoveta— se han convertido en uno de los aspectos esenciales para la economía nacional, y por lo tanto, para el desarrollo del país. La ictofauna de nuestro mar y la gran demanda mundial de harina de pescado, produjeron la coyuntura propicia para que se iniciara una desbordante actividad destinada a la captura y transformación de la especie que soporta la industria pesquera: la anchoveta.

De los cuadros Nos. 2 y 3 se puede apreciar con claridad el aumento prodigioso en la pesca de anchoveta que convirtió al Perú en el primer país del mundo en volumen de capturas totales sobre todas las especies, desde el año 1962 hasta 1971.

Del análisis de los Cuadros se aprecia que el verdadero despegue en la pesca de anchoveta se produce a partir del año 1960, cuando en la zona de soberanía marítima del Perú se pescaron 3,727 miles de toneladas métricas, que ya representaban el 9.27 o/o del total de las capturas mundiales. En dos años, la cifra se duplicó: en 1962 se capturaron 7,120 miles de toneladas métricas, que representó el 15.89 o/o del total mundial. El aumento de la pesca se mantuvo hasta 1970 en que alcanzó la máxima cantidad que ascendió a 12,612 miles de toneladas métricas, que representó el 18.09 del total del Volumen de capturas efectuadas en todos los océanos del mundo.

Si nos referimos al Continente Americano, vemos que en el año 1970 la captura peruana representó el 63.55 o/o del total capturado en el Continente. Más aún, si nos limitamos a Sudamérica, dicho porcentaje es mucho mayor, habiendo representado el 84.85 o/o para el mismo año (15).

(15) FAO "Anuario Estadístico de Pesca, Capturas y Desembarques", 1971.

CUADRO No. 2
VOLUMEN DE CAPTURA NOMINAL MUNDIAL
(miles de toneladas métricas)

Año	1948	1956	1960	1962	1966	1968	1970	1971
País								
Perú	84	658	3,727	7,120	8,844	10,555	12,612	10,611
Japón	2,518	4,772	6,192	6,866	7,102	8,670	9,314	9,894
U.R.S.S.	1,485	2,616	3,051	3,616	5,348	6,082	7,252	7,336
China Cont.	—	2,648	5,800	3,516	5,631	5,401	6,255	6,880
Noruega	1,422	2,187	1,543	1,331	2,870	2,855	2,980	3,074
EE.UU.	2,416	2,989	2,814	2,972	2,515	2,451	2,755	2,766
Otros	11,675	14,630	17,073	19,379	24,990	28,286	28,432	27,839
Total mundial	19,600	30,500	40,200	44,800	57,300	63,900	69,600	69,400

Fuente: FAO: "Anuario Estadístico de Pesca, Captura y Desembarques", 1971.

CUADRO No. 3
PORCENTAJE PERUANO DE LA CAPTURA NOMINAL MUNDIAL
(miles de toneladas métricas)

AÑO	1948	1956	1960	1962	1966	1968	1970	1971
Total mundial	19,600	30,500	40,200	44,800	57,300	63,900	69,600	69,400
Total Perú	84	658	3,727	7,120	8,844	10,555	12,612	10,611
o/o Perú	0.42	2.05	9.27	15.89	15.44	16.51	18.09	15.29

Fuente: FAO: "Anuario Estadístico de Pesca, Capturas y Desembarques", 1971.

Respecto a esto último, en 1971 la producción peruana de harina de pescado significó el 42 o/o del total de producción de harina de pescado en el mundo y el 59 o/o de la cantidad exportada (16).

2.2. Importancia de la pesca en la economía nacional.

Veamos ahora qué importancia puede tener la explotación de los recursos pesqueros para la economía nacional. Para ello, baste señalar el valor de las exportaciones peruanas en productos pesqueros en relación a las exportaciones totales del país.

De otro lado, cabe aclarar que si bien la producción peruana fue la primera del mundo en volumen de pesca, no sucedió lo mismo en relación al valor de dicha producción. En efecto, la pesca de la anchoveta, y su valor en el mercado mundial, es menor que el valor de otras especies, como por ejemplo el atún que es pescado en grandes cantidades por el Japón. A pesar de ello, la pesca de la anchoveta que se encuentra ubicada dentro de la soberanía marítima hasta las 200 millas, tiene una gran importancia para la economía nacional y para la utilización de harina de pescado en el mundo.

CUADRO No. 4

PORCENTAJES DEL TOTAL DE EXPORTACIONES PERUANAS QUE REPRESENTAN LOS PRODUCTOS PESQUEROS (MILLONES DE U.S.\$)

AÑO	TOTAL EXPORTADO	TOTAL PROD. PESQ.	o/o sobre T.
1950	193.6	5.7	2.94
1956	311.4	14.9	4.81
1960	433.1	50.0	11.54
1962	540.0	119.8	22.18
1966	764.3	205.7	26.93
1968	850.2	233.5	27.69
1970	1034.2	346.7	33.52
1971	889.4	327.7	36.84

Fuente: Banco Central de Reserva del Perú: "Cuentas Nacionales del Perú 1950 - 1967", Anexo Estadístico 1960 - 1969 y "El Desarrollo Económico y Financiero del Perú 1969 - 1972".

(16) Valdez Zamudio, Francisco: "Estudio Comparativo de la Importancia Económica de los Recursos Marinos en las Zonas de 12 y 200 Millas", Dirección General de Investigación Científica y Tecnológica del Ministerio de Pesquería, Lima, 1973.

El cuadro No. 4 nos indica la creciente importancia que ha ido cobrando en la economía nacional la exportación de productos pesqueros, que como ya se ha mencionado, ha estado basada fundamentalmente en harina y aceite de pescado proveniente de la anchoveta. Luego de haber representado los productos pesqueros el 2.94 o/o del valor de nuestras exportaciones en 1950, dicho porcentaje representó el 11.54 en 1960, el 26.93 o/o en 1966 y finalmente el 33.52 o/o en 1970. Al año siguiente, sentó el 11.54 o/o en 1960, el 26.93 o/o en 1966 y finalmente el 33.52 o/o en 1970. Al año siguiente, dicho porcentaje inclusive aumentó al 36.84 o/o, aunque ello no se debió a un incremento en la producción de harina de pescado, sino más bien, de un lado, a una disminución del total de las exportaciones peruanas, y de otro lado, a cierto aumento de precios en la harina de pescado para ese año.

Sin embargo, a partir de 1971 el volumen en la pesca de la anchoveta descendió bruscamente, produciéndose una fuerte crisis pesquera durante los años 1972 y 1973. La principal causa de la baja en la pesca de anchoveta en nuestra zona de soberanía marítima fue la presencia del fenómeno El Niño, que consiste en el desplazamiento de las aguas ecuatoriales del norte hacia el sur. Estas son calientes y ocasionan una serie de trastornos ecológicos en la zona de soberanía marítima, que perjudican a las especies marinas (17).

Es evidente que la crisis de la pesca ha causado un impacto negativo en la economía nacional. El fenómeno "El Niño" se ha retirado de las costas del Perú reanudándose en 1974 la pesca de la anchoveta, dentro de pautas ríggicas establecidas por el Gobierno: fijando épocas de veda, autorizando la pesca durante determinados días y en ciertas zonas en que se aprecie nuevamente la vitalidad y resurgimiento de la anchoveta. Durante los diez primeros meses de 1974 se han extraído 3'044,285 toneladas de anchoveta que representan una producción de 705,052 toneladas de harina de pescado (18). Este resurgimiento de la anchoveta debe continuar progresivamente en los próximos años, calculándose que en 1976 estaremos pescando ocho millones de toneladas de anchoveta (19). Además, en el año 1974 el Perú nuevamente se ha convertido en el primer productor de harina de pescado en el mundo, mas no aún, en relación al total de volumen de capturas de todas las especies pesqueras. (20).

Por consiguiente, se puede suponer que mediante una adecuada política pesquera, en los próximos años se podría reestablecer la pesca de la anchoveta a sus índices normales, con el consiguiente beneficio económico para el país.

Tal como se mencionó en párrafos anteriores, aparte de la anchoveta, en el litoral peruano se han identificado 602 especies marinas, algunas de las cuales son muy ricas en calidades proteínicas. Tenemos pues, un inmenso vivero a la espera de su exploración y explotación racional.

En lo que respecta a la pesca de consumo humano directo, ésta ascendió en 1970 a 185,381.2 toneladas que representaron un valor de 882,717.2 miles de soles, tal como se aprecia del Cuadro No. 1 visto anteriormente. Este total se refiere a productos enlatados, congelados, salados y para consumo fresco. Si regresamos al mencionado cuadro, veremos que el precio por tonelada métrica de la pesca para consumo humano directo fue en 1970 de S/. 4,761.63 miles de soles, mientras que el precio para la pesca de consumo humano indirecto (anchoveta) para ese mismo volumen fue sólo de S/. 518.38 miles de soles, vale decir la novena parte en cuanto a valor proporcional. Si tenemos en cuenta tal hecho, así como las necesidades de alimentación de la población, se puede afirmar que es necesario incrementar este tipo de pesca.

Las especies marinas representan un gran potencial futuro que es indispensable preservar adecuadamente y explotar con una mayor intensidad, dentro de la racionalidad necesaria para no causar la extinción de las especies. Entre estas especies, las más importantes son el bonito, que representa más del 25 o/o del total de la pesca de consumo humano directo, el machete, la merluza, el tollo, la caballa, (17) Véase Instituto del Mar del Perú: Boletín No. 19 de 15 de diciembre de 1972.

(18) PESCA-PERU: Información publicada en el diario oficial El Peruano, del 30 de octubre de 1974.

(19) Ministro de Pesquería del Perú, General EP. Javier Tantaleán V., Declaración publicada en el Diario Correo, del 15 de agosto de 1974.

(20) Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, publicación reseñada en el Diario La Prensa del 13 de setiembre de 1974. Igual afirmación fue hecha por Jes Petersen, Presidente de la Asociación Internacional de Productores de Harina y Aceite de Pescado (IAFMM), durante la inauguración de la XIV Conferencia Anual de ese Organismo, realizada en octubre de 1974, en Lima, publicada en el Diario El Comercio del 17 de octubre, 1974.

la cojinoba, el atún, el barrilete, etc. En fin, existe una fuente inmensa de recursos pesqueros que representan una solución futura para el problema cada vez mayor de la alimentación, tanto a nivel nacional como internacional.

2.3. Los recursos petrolíferos.

Las riquezas de la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas no se agotan con los recursos pesqueros. Sin abundar en mayores detalles en cuanto a recursos minerales (21) —a fin de no desviar la atención central del presente trabajo— veamos someramente lo que sucede en el aspecto petrolífero. En el cuadro No. 5 se presenta la producción de petróleo crudo nacional desde el año 1961 hasta el año 1974 inclusive. En el cuadro se ha *desdoblado* la producción de acuerdo a las zonas geográficas de explotación: la costa, la selva u oriente y el zócalo continental que está en la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas.

Del cuadro No. 5 se desprende que en 1961 el 93.2 o/o del petróleo provino de la costa, el 5.1 o/o de la selva y solamente el 1.7 o/o del zócalo continental. Sin embargo, en 1966, el 7.8 o/o del petróleo nacional ya se extraía del zócalo. La declinación de la producción de la costa comenzó a producirse a partir de 1968, en que aquella llegó al 67.1 o/o, mientras que la del zócalo aumentó considerablemente representando ya el 28.7 o/o. En 1970, el 37.9 o/o del total del petróleo nacional se obtuvo del zócalo continental y durante el año 1973 ésta fue casi igual que la producción de la costa. Finalmente, en el primer semestre del año 1974 el 51.3 o/o del total del petróleo nacional fue extraído exclusivamente del zócalo continental, mientras que sólo el 46.5 o/o de la costa y el 3.7 del Oriente.

En consecuencia, actualmente, en que el país tiene déficit de petróleo e importa una parte para cubrir sus necesidades, y en momentos de grandes alzas del precio del mismo, el petróleo del zócalo continental representa el mayor soporte a la economía nacional en este aspecto. Su importancia decrecerá en el futuro, con el descubrimiento y explotación de ricos yacimientos petrolíferos de la Selva y la construcción del Oleoducto Nor Peruano. (22). Sin embargo, el hecho es que hoy en día el petróleo de la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas contribuye fuertemente a la política petrolera

nacional. Además, hay nuevas zonas del zócalo continental que están siendo exploradas a fin de aumentar la producción petrolera en esta zona (23).

Los datos presentados son suficientemente elocuentes para demostrar la importancia que tienen para la economía nacional los recursos vivos y no vivos de la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas.

2.4. Los recursos y las 200 Millas.

Ahora bien, podría tratar de decirse que para la exploración y explotación de los recursos no es necesario establecer 200 millas, por cuanto aquellos se encuentran muy cerca al litoral. Sin embargo, tal afirmación sería inexacta. Para efectos de la explotación del petróleo cabe tener en cuenta que el zócalo continental en la costa norte del Perú supera las 12 millas, y más allá de este límite, también se está explorando para la futura explotación de petróleo.

En relación a los recursos vivos del mar, la realidad es que muchos de éstos son capturados más allá de las 12 millas. De un estudio realizado por el Ministerio de Pesquería (24), se aprecia que en la zona que va desde las 12 millas hasta las 200 millas, captura de las 27 especies pesqueras más importantes es de 1,109 millones de toneladas métricas, que representa el 10.6 o/o del total. De otro lado, en la zona que va desde las 12 millas hasta las 200 millas el volumen de captura es de 9,386 millones de toneladas métricas, que representa el 89.4 o/o del total. Respecto al valor de la captura, el valor de la

(21) Véase Teves Rivas, Néstor: "Interpretación, Valoración y Proyección de la Riqueza Minera y Petrolera de las 200 Millas del Mar Peruano", en Fundamentos de la Doctrina de las 200 Millas Peruanas, op. cit.

(22) Hasta el momento en la selva peruana existen reservas confirmadas de petróleo por 600 millones de barriles, verificadas por PETROPERU y la Occidental Petroleum, faltando todavía que se confirmen los resultados alcanzados por 18 empresas extranjeras bajo contrato en la selva. En relación al oleoducto Nor Peruano, éste podrá transportar a la costa inicialmente 200 mil barriles de petróleo crudo, a partir de julio de 1976. Declaración del General EP. Carlos Bobbio, Gerente General de PETROPERU, en los diarios El Peruano y La Prensa de 11 de octubre de 1974.

(23) En esta tarea se encuentran abocadas la Belco Petroleum Co. y la Tenneco Oil Co., Publicación en el Diario Oficial El Peruano del 4 de julio de 1974.

(24) Valdez Zamudio, Francisco, op. cit.

CUADRO No. 5

DESCRIPCION PORCENTUAL DE LA PRODUCCION DE PETROLEO CRUDO EN EL PAIS POR ZONAS GEOGRAFICAS Y SU RELACION A LA PRODUCCION TOTAL NACIONAL (1961 - 1974)

AÑOS	PRODUCCION TOTAL (Barriles)	COSTA o/o	ORIENTE o/o	ZOCALO CONTINENTAL o/o
1961	19'371,237	93.2	5.1	1.7
1962	21'132,306	91.4	6.2	2.4
1963	21'467,979	92.2	5.7	2.1
1964	23'118,929	92.6	5.2	2.2
1965	23'067,855	89.7	5.4	4.9
1966	23'207,025	87.1	5.1	7.8
1967	25'856,637	76.9	4.5	18.6
1968	27'056,127	67.1	4.2	28.7
1969	26'252,566	63.5	3.9	32.6
1970	26'269,312	58.7	3.4	37.9
1971	22'587,878	61.5	3.8	34.7
1972	23'644,429	53.6	3.3	43.1
1973	25'772,540	49.3	2.3	48.4
1974	14'205,768	46.5	3.7	51.3

Fuente: Dirección General de Hidrocarburos, Ministerio de Energía y Minas

Nota: Los datos del año 1974 se refieren al primer semestre.

captura efectuada en la zona que va desde la costa hasta las 12 millas es de S/. 945,863.6 miles de soles, que representa el 15.2 o/o del total. De otro lado, el valor de la captura efectuada en la zona que va desde las 12 hasta las 200 millas es de S/. 5'277,496.5 miles de soles, que representa el 84.8 o/o del valor total en las dos zonas.

Cabe destacar que la mayor captura en la zona que va desde las 12 millas hasta las 200 millas, no es sólo de anchoveta. En efecto, otras especies tam-

bién son capturadas en una mayor cantidad más allá de las 12 millas, tal como es el caso del bonito, caballa, jurel, merluza, etc. Más aún, en lo que respecta al atún, éste sólo se captura más allá de las 12 millas. En consecuencia, la extensión de la soberanía marítima hasta las 200 millas es fundamental. Un límite más estrecho, como por ejemplo el de las 12 millas para la pesca planteado por Estados Unidos en la Conferencia de Ginebra de 1960, sería totalmente inconveniente para el país y, por tanto, inaceptable.

Además de la importancia económica que representa en sí la exploración y explotación de los recursos vivos y no vivos de la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas, cabe tener en cuenta que el florecimiento de tales actividades produce a su vez el desarrollo de actividades e industrias conexas, obras de infraestructura y otras actividades secundarias, tales como fábricas de procesamiento y transformación de recursos pesqueros o petrolíferos, empresas de comercialización de dichos productos, construcción de barcos y aparejos de pesca, muelles, terminales, depósitos, almacenes, industria de maquinarias especializadas, centros de investigación y demás actividades conexas, todas las cuales contribuyen favorablemente al fortalecimiento de la economía nacional.

Por último, en el campo social, aparte de la fuente de alimentos que representan los recursos pesqueros, la exploración, explotación, procesamiento, transformación, comercialización, y demás actividades conexas relacionadas con los recursos que se extraen de la zona de soberanía marítima, constituyen un medio de empleo para una considerable proporción de la población peruana. Así, por ejemplo, sólo en lo que respecta a las personas ocupadas en la pesca, éstas fueron más de 60,000 en el año 1970, sin contar los que trabajan en las fábricas de procesamiento y transformación de recursos pesqueros. (25).

3. El Derecho a la Subsistencia y al Desarrollo y el Derecho soberano a la libre disposición de los recursos naturales como principal fundamento.

La importancia de la zona marítima hasta las 200 millas para la economía nacional constituye el fundamento central de la soberanía marítima peruana. Y así se tuvo en cuenta cuando en 1947 se promulgó el Decreto Supremo No. 781 de 1o. de agosto de 1947. El segundo considerando de dicho Decreto señala que en la plataforma continental existen riquezas naturales que pertenecen al patrimonio nacional. Asimismo, el tercer considerando establece que las riquezas naturales que se encuentran en las aguas son esenciales para la vida nacional, debiendo explotarse de manera que no cause detrimento a la economía del país ni a su producción alimenticia. Por esta razón, seguidamente el mismo considerando señala que es necesario que el Estado proteja, conserve y reglamente el uso de los recursos pesqueros y otras riquezas naturales que se encuentren en el mar, adyacente a sus costas.

Igualmente, la Declaración de Santiago de 1952, aprobada y ratificada por Chile, Perú y Ecuador, tuvo en mente los mismos fundamentos para proclamar la soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el mar, su suelo y subsuelo, hasta una distancia mínima de 200 millas marinas desde las costas. En efecto, dicha Declaración señaló en sus considerandos que los Gobiernos tienen la obligación de asegurar a sus pueblos las necesarias condiciones de subsistencia y de procurarles los medios para su desarrollo económico, por lo cual tienen como deber cuidar de la conservación y protección de sus recursos naturales y reglamentar el aprovechamiento de tales recursos a fin de obtener las mejores ventajas para sus respectivos países.

3.1. El Derecho de Conservación: Subsistencia y desarrollo.

Al basar su soberanía hasta las 200 millas en razones de orden económico y social, el Perú está reiterando un derecho básico de los Estados, reconocido en forma indiscutible en el Derecho Internacional, cual es, el derecho de Conservación. Este está considerado como el Derecho más importante desde el punto de vista de la existencia del Estado. Al respecto, Alberto Ulloa afirma que "Por el derecho de conservación los Estados existen, se preservan, se desarrollan, tienen una legítima expansión, conservan el patrimonio que legítimamente les corresponde" (26).

Analizando el derecho de conservación, se aprecia que dentro de dicho concepto se incluyen dos elementos diferenciados. De un lado, los Estados tienen el derecho de existir, de preservarse, de subsistir. Sin embargo, este derecho elemental a la subsistencia no es suficiente. Se da un segundo elemento: los Estados también tienen derecho a su desarrollo, a su superación económica, social, política y humana.

En el caso del Perú, el establecimiento y ejercicio de la soberanía marítima hasta las 200 millas se da en función del derecho de conservación que tiene todo Estado, en las dos situaciones planteadas.

(25) Ministerio de Pesquería: "Anuario Estadístico Pesquero", Volumen I, Perú, 1970.

(26) Ulloa, Alberto: "Derecho Internacional Público", Tomo I, Cuarta Edición, Ediciones Iberoamericanas S.A., Madrid, 1957, p. 283.

De un lado, el Perú requiere de los recursos del mar para su propia subsistencia en su calidad de Estado. De otro lado, al Perú no le basta subsistir. El nuestro es un país subdesarrollado, y lo será cada día más si solamente aspira a la subsistencia. Nuestro país, al igual que los demás Estados del Tercer Mundo, no sólo aspira, sino que necesita desarrollarse, promover el máximo progreso y satisfacer las necesidades crecientes de bienestar de su población. Y para ello, para alcanzar el desarrollo, el Estado Peruano tiene el deber de utilizar plenamente sus recursos naturales que se encuentran no sólo en su territorio, sino también en los mares contiguos.

3.2. El Tercer Mundo, los recursos del mar y el Desarrollo.

En 1956, los Principios de México señalaron que cada Estado tiene competencia para fijar su mar territorial hasta límites razonables, atendiendo, entre otros factores, a las necesidades económicas de su población y a su seguridad y defensa. Dicho principio fue reiterado 14 años después en las Declaraciones Latinoamericanas de Montevideo y Lima sobre Derecho del Mar de 1970. La primera estableció que era un principio básico del Derecho del Mar "el derecho de los Estados ribereños de disponer de los recursos naturales del mar adyacente a sus costas, y del suelo y subsuelo del mismo mar, para promover el máximo desarrollo de sus economías y elevar los niveles de vida de sus pueblos". La segunda de las Declaraciones citadas reiteró el mismo principio. Ambas también señalaron que el Estado ribereño tenía derecho a establecer los límites de su soberanía o jurisdicción marítima atendiendo a las necesidades del racional aprovechamiento de sus recursos.

Asimismo, estos principios han sido recogidos en diversos instrumentos internacionales por los Estados Asiáticos y Africanos, por los países No Alineados y en general, por los Estados del "Tercer Mundo". Baste solamente citar la Resolución aprobada en la Segunda Reunión Ministerial del Grupo de los 77, celebrada en Lima en 1971, que declaró como propósito común de estos países "el reconocimiento por la comunidad internacional del derecho de los Estados ribereños a proteger y explotar los recursos naturales del mar adyacente a sus costas y del suelo y subsuelo del mismo mar, dentro de los límites de su jurisdicción nacional, cuyo establecimiento debe tener en cuenta las necesidades del desarrollo y bienestar de sus pueblos" (27). Igual-

mente, la Conferencia de los países No Alineados celebrada en Argel en 1973, acordó "apoyar la adopción de zonas de jurisdicción nacional que no excedan de 200 millas, medidas a partir de las líneas de base, dentro de las cuales el Estado ribereño ejercería sus derechos con el fin de explotar los recursos naturales y de proteger otros intereses conexos de sus pueblos, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los países en desarrollo"; y reafirmó "la importancia vital de la explotación racional de los recursos de los mares y océanos para el desarrollo económico y la promoción del bienestar de los pueblos" (28).

Es con este fundamento esencial que los países pobres reclaman amplias zonas de soberanía y jurisdicción sobre el mar adyacente. Aún cuando entre ellos hay distintas tendencias sobre la naturaleza jurídica de su dominio marítimo, todos proclaman el mismo principio: el derecho a disponer de los recursos de sus mares adyacentes para lograr el desarrollo y bienestar de sus pueblos, debiendo tener en cuenta estos factores para fijar sus límites de dominio marítimo. Si bien no todos los Estados del Tercer Mundo gozan de los mismos recursos, sí tienen un común denominador, cual es el subdesarrollo y la conciencia de que dicha situación no puede continuar. Por ello, el principio esencial del Nuevo Derecho del Mar es el derecho de conservación, que implica el derecho a la subsistencia y al desarrollo. Este derecho es fundamental. Son evidentes e indiscutibles las desigualdades entre los países desarrollados y ricos y los pueblos subdesarrollados y pobres. Dichas diferencias existen, son dramáticas, y tienen que ser solucionadas en el futuro. Los recursos del mar y su explotación adecuada y justa pueden contribuir a superar esta etapa histórica.

3.3. Naciones Unidas y los Derechos al Desarrollo y a la libre disposición de los recursos naturales.

El desarrollo no se plantea solamente a niveles regionales o del Tercer Mundo. Más que eso, el problema del subdesarrollo y, consecuentemente, el derecho al desarrollo es un tema universal, planteado

(27) Resolución sobre Recursos del Mar, II Reunión Ministerial del Grupo de los 77, celebrada en Lima, del 28 de octubre al 8 de noviembre de 1971.

(28) Declaración Política y Resolución sobre el Derecho del Mar, Cuarta Conferencia en la Cumbre de los Países No Alineados, celebrada en Argel, del 5 al 8 de setiembre de 1973.

y reconocido a nivel mundial dentro de Naciones Unidas. Tanto es así que la década del 60 al 70 fue denominada el Decenio para el Desarrollo. Paralelamente con el problema del subdesarrollo, en Naciones Unidas se ha ido reconociendo cada vez más el derecho de los pueblos a disponer libremente de sus recursos naturales como expresión de la soberanía del Estado y como medio de lograr el desarrollo.

El asunto fue tomado en cuenta por Naciones Unidas desde su propia creación. Aún sin delimitar adecuadamente el problema, la Carta de Naciones Unidas señala en su preámbulo que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos "a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad". Asimismo, la Carta señala como propósito de las Naciones Unidas "fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de libre determinación de los pueblos", así como "realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario". (29).

Desde comienzos de la década del 50, la Asamblea General de Naciones Unidas ha declarado reiteradamente, y cada vez con una mayor claridad, el problema del desarrollo y el derecho de los Estados a disponer libremente de sus recursos naturales. Ya en enero de 1952, una Resolución de la Asamblea General decía en su parte considerativa "que los países insuficientemente desarrollados tienen el derecho de disponer libremente de sus recursos nacionales y, que deben utilizar esos recursos de manera que les coloque en mejores condiciones para impulsar la realización de desarrollo económico en conformidad con sus intereses nacionales". (30).

En 1960, la Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas que declaró el Primer Decenio para el Desarrollo, reiteró que era un deber de Naciones Unidas acelerar el adelanto económico y social de los países menos desarrollados. Y lo que es más importante, recordó que se debe respetar el derecho soberano de cada Estado a disponer de su riqueza y de sus recursos naturales, de conformidad con los derechos y obligaciones de los Estados establecidos en el Derecho Internacional. (31).

En 1962, la Asamblea General fue más clara y rotunda en cuanto a estos derechos que empezaban

a consolidarse en el contexto internacional. La Resolución No. 1803, referente a la soberanía permanente sobre las riquezas y recursos naturales, declaró que "el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado". Seguidamente, señaló que "la exploración, el desarrollo y la disposición de tales recursos, así como la importación de capital extranjero para efectuarlos, deberán conformarse a las reglas y condiciones que esos pueblos y naciones libremente consideren necesarios o deseables para autorizar, limitar o prohibir dichas actividades". Además, estableció que "el ejercicio libre y provechoso de la soberanía de los pueblos y las naciones sobre sus recursos naturales debe fomentarse mediante el mutuo respeto entre los Estados, basado en su igualdad soberana..."

Por último, declaró que "la violación de los derechos soberanos de los pueblos y naciones sobre sus riquezas y recursos naturales es contraria al espíritu y a los principios de la Carta de las Naciones Unidas y entorpece el desarrollo de la cooperación internacional y la preservación de la paz" (32).

Los mismos principios han sido reiterados en resoluciones posteriores de la Asamblea General de Naciones Unidas. Así, en 1966 se reafirmó "el derecho inalienable de todos los países a ejercer una soberanía permanente sobre sus recursos naturales

(29) Además, el Capítulo IX de la Carta, titulado de la "Cooperación Internacional Económica y Social", señala que la Organización promoverá "niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social". Más aún, tan ciertos fueron esos propósitos, que se creó el Consejo Económico y Social como un Órgano principal de Naciones Unidas. Véase el preámbulo, los artículos 1o. y 2o. y los Capítulos IX y X de la Carta.

(30) Resolución No. 523 (VI) de 12 de enero de 1952 de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada en la 360a. sesión plenaria. En igual sentido se aprobó la Resolución No. 626 (VII) de 21 de diciembre de 1952 de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada en la 411 sesión plenaria.

(31) Resolución No. 1515 (XV) de la Asamblea General de Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1960, aprobada en la 948a. sesión plenaria.

(32) Resolución No. 1803 (XVII) de 14 de diciembre de 1962 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada en la 1194a. sesión plenaria.

en interés de su desarrollo nacional" (33).

Finalizada la década del 60, nuevamente se apreció que el Desarrollo era un imperativo para los pueblos pobres, y que la estrategia adoptada en 1960 no había cumplido su cometido. La realidad claramente perceptible y las evaluaciones realizadas reflejaron un desbalance en los esfuerzos para alcanzar el desarrollo de los países menos desarrollados. Frente a ello, en 1970 se adoptó la Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas. La Resolución de la Asamblea General de Octubre de 1970 que así lo declaró, en la parte pertinente, señaló que "el pleno ejercicio por los países en desarrollo de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales desempeñará un papel importante en el logro de las metas y objetivos del Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo". Asimismo estableció que "los países en desarrollo formularán estrategias apropiadas para las actividades agropecuarias (incluidas la zootecnia, la pesca y la silvicultura), destinadas a asegurar una producción de alimentos más adecuada desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo, satisfacer sus necesidades nutricionales e industriales, aumentar el empleo rural y elevar los ingresos de exportación. . ." (34).

En consecuencia, mediante dicha Resolución la sociedad internacional, representada por los Estados miembros de Naciones Unidas, reiteró, de una parte, la existencia de Estados subdesarrollados como situación que debe superarse, y de la otra, que a fin de lograr aquello, es fundamental el pleno ejercicio por estos mismos países de la soberanía permanente sobre sus recursos naturales. En esta forma, la utilización de los recursos naturales se convierte en instrumento esencial para lograr el desarrollo, vale decir, para hacer efectivo el derecho de conservación de los Estados. Y los recursos de los mares adyacentes, forman parte de esos recursos que deben aprovecharse con dicho fin.

Debido a que en las Resoluciones de Naciones Unidas mencionadas en los párrafos anteriores se ha hecho referencia general al derecho de libre disposición sobre los recursos naturales, sin hacer especial mención a los recursos del mar, aparentemente podría objetarse que los principios y derechos declarados por Naciones Unidas se refieren a la soberanía y a la libre disposición de los recursos naturales

existentes en el territorio de los Estados, mas no sobre los recursos de sus zonas de soberanía o jurisdicción marítima.

Dicha interpretación no es exacta. Los principios enunciados son generales y no distinguen entre los recursos del territorio y del mar adyacente sobre el cual el Estado ejerce soberanía. El principio simplemente establece que el Estado tiene el derecho de disponer de sus recursos naturales para lograr su desarrollo. Ahora bien, ¿cuáles son esos recursos? Todos aquellos sobre los que el Estado ejerza soberanía. El Perú la ha declarado y la ejerce hasta las 200 millas marinas desde la costa. Consecuentemente, su derecho a la libre disposición de sus recursos naturales incluye aquellos de su zona de soberanía marítima hasta las 200 millas.

El punto queda aclarado analizando las mismas Resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas. En efecto, por Resolución de diciembre de 1970, se reconoció "la necesidad de que todos los países ejerzan plenamente sus derechos con el fin de asegurar la utilización óptima de sus recursos naturales tanto terrestres como marinos, para el beneficio y bienestar de sus pueblos y la protección de su medio". (35)

Lo mismo quedó confirmado en una Resolución posterior de la Asamblea General del año 1972 sobre condena a medidas de represalia que pudieran adoptar algunos países. En su parte pertinente al tema bajo análisis, la Resolución "reafirma el derecho de los Estados a la soberanía permanente sobre todos los recursos naturales de la tierra comprendida dentro de sus fronteras internacionales, así como los de los fondos marinos y su subsuelo, situados dentro de su jurisdicción nacional y en las aguas supra-yacentes. . ." (36).

(33) Resolución No. 2158 (XXI) de 25 de noviembre de 1966 de la Asamblea General de Naciones Unidas, aprobada en la 1478a. sesión plenaria. Véase además, la Resolución No. 2386 (XXIII) de 19 de noviembre de 1968, aprobada en la 1723a. sesión plenaria.

(34) Resolución No. 2626 (XXV) de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

(35) Resolución No. 2692 (XXV) de 11 de diciembre de 1970, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

(36) La Resolución fue aprobada por la XXVII Asamblea General de Naciones Unidas por 102 votos a favor, ninguno en contra y 22 abstenciones. El proyecto de Resolución había sido presentado por el Perú.

La abrumadora cantidad de Resoluciones de Naciones Unidas y los numerosos actos multilaterales de los Estados del Tercer Mundo, demuestran que el derecho al desarrollo y el principio de la libre disposición de los recursos naturales se han convertido en derechos fundamentales de los Estados, en especial de los países pobres que requieren de su ejercicio para lograr su desarrollo.

Consecuentemente, la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas se sustenta en principios básicos del Derecho Internacional: el derecho de subsistencia y desarrollo y el derecho soberano a la libre disposición de los recursos naturales.

3.4. Los Derechos Humanos.

Los fundamentos jurídicos de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas, coinciden con el cambio ocurrido en el mismo concepto del Derecho Internacional. Considerado tradicionalmente por la mayoría de los tratadistas como el ordenamiento jurídico que regulaba solamente las relaciones entre estados soberanos e independientes, el Derecho Internacional empieza a comprender dentro de su campo jurídico, normas que en alguna medida relacionan, obligan y protegen directamente en el plano internacional a otras entidades colectivas no estatales y a los individuos como personas humanas. La aparición de los derechos humanos en el plano universal, traspasando su reconocimiento dentro del derecho interno de los Estados, coincide así con la evolución del Derecho Internacional Público, y lógicamente, también con el cambio en los fundamentos mismos del Derecho del Mar.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, afirma en su artículo 22o. que toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho "a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad" (37).

Pues bien, constituye un derecho humano esencial la satisfacción de los derechos económicos y

sociales. En el caso del Perú, la explotación de los recursos de la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas es un medio fundamental para la satisfacción de las necesidades del pueblo peruano. Específicamente, el artículo 22o., señala expresamente que para tal fin se tendrá "habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado", vale decir, de los recursos del dominio marítimo de la nación, entre otros. En consecuencia, el fundamento esencial de la posición peruana es el hombre mismo y la satisfacción de sus derechos económicos y sociales mediante la explotación de los recursos de su mar adyacente. Además, el mismo artículo 22o. aclara que este derecho humano se hará en primer lugar, mediante el esfuerzo nacional, y luego por la cooperación internacional. Por consiguiente, corresponde al Estado canalizar el esfuerzo individual de bienestar y orientarlo en función del provecho colectivo.

Y es con esta finalidad que el Estado Peruano ha declarado que su soberanía también se ejerce sobre el mar, su suelo y subsuelo contiguo a sus costas en una zona marítima que llega hasta las 200 millas de las costas, a fin de poder explorar, conservar y explotar adecuadamente los recursos de dicha zona en cumplimiento de ese fin último: el bienestar de su población.

Así, pues, ese derecho básico de los Estados, el de la conservación, que implica el derecho a la subsistencia y al desarrollo, tiene en última instancia su base en derechos humanos universales. Y son estos derechos los que constituyen el fundamento esencial de la posición peruana. No es el deseo de que el Estado tenga una zona de seguridad militar o de neutralidad, ni el límite se fija de acuerdo al alcance del cañón o hasta donde pueda llegar el poder del Estado, tal como se fijaba antiguamente. Es otra cosa, es otro fin, es el derecho supremo del ser humano, en este caso del poblador peruano, a su subsistencia y a su desarrollo colectivo como nación, y para ello, los recursos de las 200 millas son un instrumento importante.

Si bien la Declaración Universal de los Derechos

(37) Los artículos 1o. y 2o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos son de carácter general. Los artículos 3o. al 21o. tratan de los derechos civiles y políticos y los artículos 22o. a 27o. se refieren a los derechos económicos, sociales y culturales. Finalmente en los artículos 28o. a 30o. se hace referencia a normas generales.

Humanos de 1948 se quedó en los derechos humanos individuales, el concepto de los derechos humanos ha pasado por una evolución progresiva. Luego de largos debates que duraron más de una década, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó en 1966 dos Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos (38), que incorporaron dos derechos humanos colectivos fundamentales: el derecho a la libre determinación de los pueblos y el derecho a disponer libremente de los recursos naturales. En relación a este último, el primer artículo de los dos Pactos Internacionales señala que todos los pueblos tienen el derecho a su desarrollo económico y cultural. Además, seguidamente, ambos pactos declaran que "todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales" y que "en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia". (39).

El derecho a la subsistencia y al desarrollo, que representan el derecho a la conservación de los Estados, se encuentran reconocidos a nivel de derechos humanos universales. Pero, además, también queda incorporado a ese nivel el derecho soberano de los pueblos a disponer libremente de sus recursos naturales. El reconocimiento de ambos derechos representa un gran paso en la evolución del Derecho Internacional hacia fines más profundos y trascendentes. Ahora bien, fueron justamente los derechos a la subsistencia y al desarrollo, así como el derecho soberano a la libre disposición de los recursos naturales, los que se mencionaron inicialmente —con sus propias palabras— en el Decreto Supremo de 1947 que proclamó la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas. Y es justamente en ejercicio de tales derechos, que nuestro país lleva a la práctica su jurisdicción y soberanía marítima. La preservación y explotación de los recursos de nuestro dominio marítimo, como ya se ha mencionado, representan instrumentos esenciales para la subsistencia de nuestra población y el desarrollo de nuestro pueblo. Por ello, se ejercita el derecho soberano a la libre disposición de nuestros recursos naturales, tanto terrestres como del medio marino. En síntesis, el Perú tiene como sustento más profundo para ejercer y defender su soberanía marítima hasta las 200 millas, derechos humanos universales: los derechos a la subsistencia y al desarrollo y el derecho soberano a la libre disposición de sus recursos naturales.

4. Otros Fundamentos Jurídicos de la Soberanía Marítima del Perú.

Además de los fundamentos señalados en los párrafos anteriores, que sustentan plenamente en el Derecho Internacional la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas, existen otros fundamentos jurídicos mencionados por autores peruanos que refuerzan la posición y le otorgan al Perú mejor derecho sobre sus mares adyacentes que aquel que pudiera pretender tener cualquier otro Estado. Estos fundamentos consolidan la soberanía marítima peruana, y vistos todos en su conjunto, la hacen inatacable.

4.1. Derecho de vecindad o adyacencia.

El primer argumento jurídico que cabe mencionar es el de la **vecindad o adyacencia**. Tal como señala Alberto Ulloa, "la vecindad está en la base de uno de los conceptos jurídicos más antiguos que existen y que está incorporado a todos los sistemas de Derecho". (40). En el caso del Derecho del Mar, aún cuando pueden haber límites distintos, todos los Estados ejercen soberanía o jurisdicción sobre sus mares adyacentes.

Por otra parte, nadie puede sostener que otros Estados tengan mayores derechos sobre zonas del mar que se encuentran alejadas de su territorio. Es obvio que el Perú tiene mayor derecho sobre su mar que cualquier otro Estado, al igual que no tiene derecho sobre el mar adyacente al territorio de Estados vecinos, o más que eso, de Estados de otras regiones o continentes. En efecto, "el solo hecho de la contigüidad del mar a un territorio determinado establece con los pueblos que lo habitan particulares

(38) La Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales mediante la Resolución No. 2200 (XXI) de 16 de diciembre de 1966, y los abrió a la firma, ratificación o adhesión de los Estados.

(39) En relación al principio de la libre determinación de los pueblos, los dos primeros artículos señalan: "Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico y cultural".

(40) Ulloa, Alberto: "Derecho Internacional Público", op. cit., p. 566.

relaciones de dependencia, de las que deriva una legítima prioridad en favor de esos pueblos ribereños sobre los pobladores de tierras más lejanas. Dicho de otra manera, los habitantes de cualquier litoral son los dueños naturales del lugar en que viven y que incluye el ambiente marítimo como medio de su propia subsistencia. Ningún otro pueblo, por poderoso que sea, puede tener mejores títulos que ellos sobre el mar adyacente a su habitat; y toda ley debe reconocer este derecho que reposa en la naturaleza de las cosas". (41).

Apartándonos del Derecho del Mar, en el cual siempre se ha presentado en la práctica el derecho de adyacencia o vecindad, en general es reconocido en el Derecho Internacional que la contigüidad es un modo geográfico para el establecimiento de la competencia territorial de un Estado. Más que simple título para tener competencia, el criterio de la contigüidad ha sido utilizado como título efectivo para el ejercicio de la soberanía territorial. Dicho criterio ha tenido aplicación en el caso de las regiones polares. Si bien es un caso distinto al del Derecho del Mar, donde no sólo hay contigüidad sino vecindad inmediata sin separación física alguna, la aplicación del criterio de contigüidad en aquellas zonas puede ilustrar el uso de este criterio para otorgar título de soberanía. (42).

4.2. Derecho de accesión.

Un segundo argumento jurídico en defensa de nuestra soberanía marítima es el derecho de **accesión**. El hecho natural de la accesión significa, en sentido lato, toda agregación o fusión de una cosa con otra (43). Aunque el concepto de accesión aparece y se desarrolla dentro del Derecho Civil, acertadamente se ha utilizado por analogía para efectos del Derecho del Mar. Comentando la accesión en el Derecho Romano, la Enciclopedia Jurídica Omeba indica que "de cualquier manera, las diversas hipótesis comprendidas en el concepto de la accesión, nos remiten a la idea central de la propiedad que se adquiere o mejor aún, que se amplía, en virtud de ejercer el dominio sobre un objeto principal" (44).

Al iniciar este artículo se explicó la íntima relación que se da entre el territorio nacional y la zona de soberanía marítima. Los factores geográficos, biológicos, físicos y atmosféricos de la costa están íntimamente vinculados con lo que sucede en nuestra

zona de soberanía marítima. Si tenemos una gran riqueza pesquera, se debe a la existencia del conjunto de factores que conforman el ecosistema único e indivisible al que ya nos hemos referido. La plataforma continental, el zócalo y los fondos marinos, discontinuos y variados frente a nuestras costas, son una prolongación de nuestro territorio. Hay pues, una relación natural entre nuestro territorio y el mar aledaño. Así se habla de un derecho de accesión: "primero por obra de la naturaleza, en cuanto la vida de muchas especies depende de la costa como factor principal, y ésta también concurre a la existencia y abundancia del plankton; y luego por obra del hombre, que no sólo recibe del mar los medios necesarios a su subsistencia, sino que a su vez actúa sobre él, mediante instalaciones y actividades de explotación, creándose así interrelaciones permanentes" (45).

4.3. Derecho de compensación.

No sólo es cuestión de considerar la relación que hay entre el mar peruano y el territorio nacional, sino también las consecuencias de esa íntima vinculación. Como dice Baudin: "En la América del Sur es imposible hablar del hombre sin haber evocado antes la naturaleza, pues ella es la gran dominadora, lo ha sido y lo sigue siendo" (46).

Habíamos mencionado que la pobreza de nuestra costa se debe a la existencia misma del Sistema de la Corriente Peruana, la acción de los vientos y la presencia de la Cordillera de los Andes cercana a la Costa, entre otros factores. Es la interacción de tales factores y fenómenos la que ocasiona una costa árida y mayormente desértica. Asimismo, el límite geológico de la plataforma continental peruana es estrecho por la ubicación geográfica del Perú y por la formación geológica de nuestro territorio. Además, recordemos el drama permanente de los sismos

(41) Arias Schreiber, Alfonso: "Fundamentos Jurídicos de la Soberanía Marítima del Perú", Charla en el Colegio de Abogados de La Libertad, op. cit. p. 25.

(42) Véase Rousseau, Charles: "Derecho Internacional Público", Ediciones Ariel, Barcelona, 1957, p. 254-257.

(43) Enciclopedia Jurídica Omeba, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, Argentina. Tomo I.

(44) Ibid.

(45) Arias Schreiber, Alfonso: op. cit., p. 26

(46) Baudin, Luis: "La Vida Cotidiana en el Tiempo de los Últimos Incas", Librería Hachete, Buenos Aires, 1962, p. 13.

ocasionados por las condiciones geológicas y geográficas existentes, por la cercanía a las grietas oceánicas y a las fajas donde se acumula la energía que los sismos liberan y otras circunstancias. Los pobladores de nuestra costa han sufrido tragedias incalculables y el país serias consecuencias económicas (47).

Sin embargo, simultáneamente, la íntima vinculación entre los diversos factores mencionados ocasiona determinados fenómenos físicos y biológicos que producen la gran riqueza ictiológica de nuestra zona de soberanía marítima, con su consiguiente efecto positivo para la economía nacional.

Ahora bien, frente a esta realidad invariable de la naturaleza, lo lógico, natural y justo es que nuestra población y el país todo se beneficie con las riquezas que se encuentran en el mar aldeaño. Opera así un derecho de **compensación** (48); Si los factores mencionados han sido responsables de la pobreza de nuestra costa y de los riesgos de las poblaciones, la riqueza de nuestro mar adyacente representa una justa compensación que brinda la naturaleza a quienes sufren sus consecuencias. Igualmente, la estrechez de nuestra plataforma se compensa con la riqueza del mar que se encuentra encima de dicha plataforma o más allá hasta las 200 millas.

4.4 Derecho de posesión.

El uso del mar adyacente se encuentra grabado desde antaño en la historia de nuestro pueblo. Los cronistas e historiadores señalan numerosos hechos comprobados del uso y disfrute de los recursos del mar por parte de los pobladores de la costa peruana desde la época de las antiguas culturas, durante el Imperio de los Incas, en los siglos de la colonia española y en nuestra vida Republicana (49). Por ello se habla de un derecho de **posesión** inmemorial.

La posesión puede definirse como una relación o estado de hecho, que confiere a una persona el poder exclusivo de retener una cosa para ejecutar actos materiales de aprovechamiento (50). Así, los pobladores del Perú de hecho han ejercido la posesión sobre su mar aldeaño. Pero más aún, "si cupiera aquí extraer un símil del Derecho Civil, yo diría que el pueblo peruano tiene ganada por prescripción inmemorial, desde la más remota antigüedad y en

ancha franja costera, la posesión y el uso de su mar territorial". (51).

El Argumento de la posesión inmemorial refuerza el dominio marítimo del Perú, aunque no es suficiente. De los fundamentos expuestos podemos concluir que el Perú no tiene sólo un derecho de posesión, sino un verdadero derecho de propiedad, amparado en título justo y legítimo.

4.5. El ejercicio efectivo de la Soberanía Marítima hasta las 200 millas.

Por último, otro argumento que confirma el dominio marítimo del Perú es el ejercicio real y efectivo de la soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas. El Derecho proclamado desde el año 1947 no ha sido una declaración teórica o formal. Por el contrario, nuestro país lleva a la práctica su soberanía y jurisdicción y la ejerce a cabalidad.

Con posterioridad al Decreto Supremo de 1947 y a la Declaración de Santiago, se han promulgado diversas leyes y reglamentos complementarios para asuntos específicos que reiteran la soberanía y jurisdicción hasta las 200 millas. Entre otras, las más importantes son la ley 11780, Ley de Petróleo; la Ley 13508, Ley Orgánica de la Marina de Guerra; la Ley 15720, Ley de Aeronáutica Civil; el Decreto Ley 17752, Ley General de Aguas; el Decreto Ley 17824, Ley del Cuerpo de Capitanías y Guardacostas; el Decreto Ley 18225, Ley Normativa de la Industria Minera; el Decreto Ley 18204, Ley del Instituto del Mar del Perú; el Decreto Ley 18810,

(47) Ruiz Eldredge, Alberto: "El Nuevo Derecho del Mar", Ediciones Atenas S.C.R.L., Lima, 1973, p. 12.

(48) Este Derecho de compensación es un concepto amplio, que evidentemente no se asimila a la compensación como forma de ejecución de las obligaciones establecida en el Derecho Civil, donde "dos personas son respectivamente acreedoras y deudoras una de otra y las dos relaciones obligatorias se extinguen recíprocamente, se saldan la una por la otra, se compensan por lo menos hasta el límite de la menor de ellas", como dice Josserand.

(49) Véase "La Historia Marítima del Perú", Tomos II a VII, aún no terminada de publicar en sus últimos tomos, bajo la dirección de la Comisión para Escribir la Historia Marítima del Perú, Lima, Perú.

(50) Enciclopedia Jurídica Omeba, op. cit., Tomo XXII.

(51) Bustamante y Rivero, José Luis: p. cit., p. 45.

Ley General de Pesquería; y el Decreto Supremo No. 21 de 31 de octubre de 1951, Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional; así como los Reglamentos de las normas antes citadas. (52).

Para efectos del presente trabajo interesa determinar si las numerosas normas legales vigentes sobre la materia se han implementado en la práctica. Al respecto, la respuesta es positiva, ya que nuestro país ha ejercido su soberanía marítima hasta las 200 millas desde que la proclamó, en especial a partir de la Declaración de Santiago de 1952. Más aún, interesa determinar si dichas normas legales se aplican o se han aplicado a los extranjeros y si éstos las

En lo que se refiere a la pesca, la Ley General de Pesquería, Decreto Ley No. 18810 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 011-71 PE de 25 de junio de 1971, establecen el procedimiento que deben seguir los extranjeros que solicitan permiso para operar en aguas peruanas. Además, una vez que las solicitudes han sido aprobadas por Resolución Ministerial del Ministerio de Pesquería, también se tiene que obtener permiso de operaciones de la Dirección General de Capitanías, de alguna Capitanía de Puerto o de algún consulado peruano en el extranjero. Concluido dicho trámite, los barcos de pesca extranjeros proceden a pescar en la zona de soberanía marítima hasta las 200 millas, de acuerdo a las condiciones fijadas en las Resoluciones que los autorizaron. Dichas autorizaciones no se conceden solamente cuando se trata de alguna especie que ha sido reservada para la explotación por nacionales o por el Estado, como en el caso de la anchoveta, o cuando es necesario preservar la especie. En todos los demás casos, los permisos han sido concedidos sin poner impedimento alguno, previo pago de las licencias respectivas. Esto implica dos cosas: en primer lugar, que nuestro país autoriza a barcos de bandera extranjera que pesquen en su zona de soberanía marítima. En segundo lugar, que los barcos de bandera extranjera que solicitan permiso para pescar están reconociendo la soberanía y jurisdicción nacionales.

Las solicitudes presentadas por empresas extranjeras, o sucursales de éstas, para que barcos de bandera extranjera puedan pescar en la zona marítima de las 200 millas, son frecuentes. El Cuadro No. 6

nos indica el número de embarcaciones pesqueras de bandera extranjera que han solicitado matrícula y permiso de operación desde el año 1969 hasta el primer trimestre de 1974. Allí se aprecia que en este lapso se han solicitado y otorgado 241 permisos a barcos de bandera extranjera para pescar en aguas peruanas. Además de ser significativa dicha cantidad, resalta el hecho de que los barcos que han solicitado permiso de pesca tienen bandera de 14 Estados distintos, tanto norteamericanos como latinoamericanos, europeos y asiáticos. Entre ellos, quienes han solicitado la mayor cantidad de permisos han sido barcos de bandera japonesa con un total de 68 permisos y barcos de bandera norteamericana con un total de 50 permisos. Sigue Panamá con 38 permisos, aunque éstos probablemente representan a empresas de capitales no panameños que han hecho uso de la bandera de conveniencia. Asimismo, del cuadro se aprecia que mientras que en 1969 pidieron permiso barcos de bandera de cinco Estados, en 1971 fueron barcos de bandera de 10 Estados y en 1973 barcos de bandera de 12 Estados diferentes, lo cual implica que conforme pasan los años, hay mayor variedad de extranjeros que solicitan permiso para pescar en aguas peruanas.

La soberanía y jurisdicción del Perú sobre su zona de soberanía marítima hasta las 200 millas se ejerce no sólo para efectos de conceder permisos de pesca, sino también para capturar y sancionar a los barcos de bandera extranjera que se encuentran pescando en aguas peruanas sin haber solicitado el permiso correspondiente.

En el Cuadro No. 7 se indica el total de embarcaciones pesqueras que han sido capturadas y multadas desde el año 1954 hasta el año 1973, por haber estado pescando sin permiso. Durante dicho periodo

(52) Del análisis de las diversas normas legales que ha expedido nuestro país sobre la materia se puede apreciar que se utilizan distintos términos para hacer referencia al dominio marítimo del Perú hasta las 200 millas. Mientras que la Ley Orgánica de la Marina de Guerra, que no fue publicada, utiliza el término "mar territorial", las demás leyes hablan de zona marítima, aguas jurisdiccionales, mar jurisdiccional, etc. De otro lado, cabe señalar que los juristas peruanos también utilizan términos distintos para hacer referencia al dominio marítimo. Así por ejemplo, se pueden comparar las denominaciones utilizadas en los artículos publicados en esta Revista, de un lado por José Luis Bustamante y Rivero, y de otro lado, por Enrique García Sayán y Raúl Ferrero R.

CUADRO No. 6

EMBARCACIONES PESQUERAS DE BANDERA EXTRANJERA QUE HAN SOLICITADO MATRICULA Y PERMISO DE OPERACION DESDE 1969 HASTA EL PRIMER TRIMESTRE DE 1974

AÑO NACIONALIDAD	1969	1970	1971	1972	1973	1974(1)	TOTAL
E.E.U.U.	12	12	5	6	10	5	50
JAPON	33	11	4	7	12	1	68
PANAMA	4	4	8	4	8	6	34
CANADA	4	5	4	—	5	7	25
ECUADOR	3	4	3	2	7	4	23
ESPAÑA	—	1	1	1	5	3	11
BERMUDAS	—	—	2	2	2	2	8
ITALIA	—	—	1	—	—	—	1
ARGENTINA	—	—	2	—	—	—	2
FRANCIA	—	—	1	—	3	—	4
COSTA RICA	—	—	—	—	3	2	5
MEXICO	—	—	—	—	2	—	2
POLONIA	—	—	—	—	4	2	6
CUBA	—	—	—	—	2	—	2
TOTAL	56	37	31	22	63	32	241

Fuente: Datos obtenidos en la SECRETARIA GENERAL DE MARINA, MINISTERIO DE MARINA, 1974. Se refiere a las matrículas y permisos obtenidos en la Dirección General de Capitanías, en la Capitanía del Puerto de Talara y en el Consulado del Perú en Panamá.

Nota: Relación al tipo de pesca, todas fueron para pescar atún, con excepción del año 1974 en que también se pidió permiso para pescar camarones y merluza.

Los datos de 1974 corresponden al primer trimestre de 1974.

CUADRO No. 7

EMBARCACIONES PESQUERAS DE BANDERA EXTRANJERA
CAPTURADAS Y MULTADAS DESDE 1954 HASTA 1973

Años en Períodos	U.S.A.		PANAMA		JAPON		TOTALES	
	Número de Embar- caciones	Multa \$(U.S. dólares)	Número de Embar- caciones	Multa \$(U.S. dólares)	Numero de Embar- caciones	Multa \$(U.S. dólares)	Número de Embar- caciones	Multa \$(U.S. dólares)
1954 a 1960	15	(1) 17,00	5	(2) 3'000,000	—	—	20	3'017,000
1961 a 1968	25	(1) 103,000	—	—	—	—	25	103,000
1969 a 1973	29	557,588	—	—	2	7,302.68	31	564,990.68
TOTALES	69	677,588	5	3'000,000	2	7,302.68	76	3'684,990.68

Fuente: Para los períodos 1954 a 1960 y 1961 a 1968, la información se ha obtenido de la Comisión Permanente del Pacífico Sur - Chile - Ecuador - Perú, "Infracciones en la Zona Marítima del Pacífico Sur", Quito, 1972. Para el período 1969 a 1973, la información se ha obtenido de la Secretaría General de Marina, Ministerio de Marina, 1974.

Notas: 1) En los dos primeros períodos la multa no se ha impuesto siempre. En algunos casos hubo una simple advertencia o únicamente, el pago de los derechos por matrícula y permiso de pesca.

(2) Esta fuerte multa corresponde a la captura de la flota ballenera de ONASSIS.

se han capturado 76 barcos extranjeros, de los cuales 20 fueron capturados desde 1954 hasta 1960, 25 desde 1961 a 1968 y 29 desde 1969 a 1973. Este aumento en los últimos años presumiblemente se debe a que se ha aumentado el control sobre la zona de soberanía marítima. Asimismo, cabe destacar que el total de las multas impuestas durante el período 1954 a 1973 es de \$ 3'684,990 dólares americanos, que no representa una suma excesiva. Lo que se busca con el control de la zona de soberanía marítima no es un enriquecimiento exagerado para el fisco, sino más bien, un intento de regular y reglamentar la pesca a fin de velar por la conservación de las

especies. Por último, también es relevante el hecho de que todos los barcos capturados hayan sido solamente de bandera americana, japonesa o panameña, caso éste último en que sus propietarios también deben haber sido norteamericanos. Ello nos indica que quienes intentan violar nuestra soberanía y jurisdicción son barcos de bandera de Estados altamente industrializados, que defienden la libertad de los mares con el argumento de la libertad de comunicaciones que el Perú no impide.

Ahora bien, lo que más interesa para efectos de nuestro estudio es comprobar que desde el año 1954 —en que se capturaron varios barcos de la

flota ballenera de Onassis— hasta la fecha, el Perú ha ejercido su soberanía y jurisdicción marítima capturando y sancionando a los barcos que estuviesen pescando en forma ilícita. Asimismo, cabe destacar que, tanto en lo que se refiere al número de permisos solicitados, como al número de barcos capturados, en ambos casos la mayor cantidad de barcos son de bandera japonesa o norteamericana, que pertenecen a Estados que defienden la libertad de los mares. Por último, el hecho de que barcos de bandera de 14 Estados distintos hayan solicitado permiso para pescar, refleja en la práctica el reconocimiento de la soberanía marítima del Perú hasta las 200 millas, porque la mayoría de los permisos solicitados han sido para la pesca de atún que es una especie que se encuentra lejos de la costa.

La soberanía y jurisdicción también se ejerce para otros fines. En el caso del petróleo que se extrae del zócalo continental, la intervención de extranjeros se ha realizado de conformidad con las pautas y normas del Estado Peruano; anteriormente, bajo el sistema de concesiones y actualmente bajo el sistema del contrato llamado "Modelo Peruano". Mediante este contrato la compañía petrolera extranjera recibe "como pago en especie un porcentaje de los productos extraídos, que en los primeros contratos fue del 50 o/o y en los últimos firmados llega solamente al 46 o/o. Los contratistas no son dueños o usufructuarios del suelo, del subsuelo o del producto. Simplemente perciben un pago por su trabajo, que les permite resarcirse de las inversiones que corren exclusivamente por su cuenta y riesgo, y obtener una utilidad razonable". (53). Además, los barcos extranjeros que se traen al país para las operaciones de exploración y explotación del petróleo del zócalo continental, son autorizados por el Gobierno Peruano.

Aparte del caso del petróleo y de la pesca, la soberanía y jurisdicción sobre la zona de soberanía marítima en relación a extranjeros, también se aprecia en otros campos. Veamos un último ejemplo, esta vez referido a las investigaciones oceanográficas. Entre otras Resoluciones para casos similares, la Resolución Ministerial No. 0169-74-MA/DC de 8 de febrero de 1974, expedida por el Ministerio de Marina, dice que "Vista la solicitud presentada por la Embajada de Estados Unidos de América pidiendo autorización para que el buque de investigación oceanográfica R/V "Kana Keoki", de bandera norteamericana, lleve a cabo estudios de investigación

oceanográfica en aguas jurisdiccionales peruanas... SE RESUELVE: Autorizar al buque de investigación oceanográfica... de bandera norteamericana, para que opere en aguas jurisdiccionales peruanas en cumplimiento de su programa de investigaciones oceanográficas, durante el periodo del 2 de febrero al 31 de mayo de 1974". (54).

Es importante destacar que la Resolución transcrita menciona que la solicitud para efectuar las investigaciones oceanográficas fue presentada por la Embajada de Estados Unidos de América, vale decir, un órgano oficial de dicho Estado. Ello implica el reconocimiento de la soberanía marítima peruana. Si bien la Resolución no dice expresamente 200 millas, es obvio que se refiere a dicha distancia cuando se alude a las aguas jurisdiccionales peruanas.

Igualmente, es pertinente mencionar que las autorizaciones que otorga el Gobierno Peruano se sujetan a ciertas condiciones de participación en la investigación y en sus beneficios. Así, se establece que la entidad que realiza la investigación deberá entregar los datos primarios recolectados y luego el resultado final de la investigación, así como, que deberán participar en dicha investigación científicos peruanos. (55).

En suma, de lo expuesto se puede concluir que el Perú ejerce real y efectivamente su soberanía y jurisdicción marítima hasta las 200 millas. De un lado, controla y regula las actividades que se efectúan en su zona de soberanía marítima, tanto por parte de nacionales como de extranjeros. Del otro, recibe el reconocimiento de otros Estados que aceptan expresamente someterse a las condiciones y reglamentaciones establecidas en las leyes nacionales.

(53) Diario Oficial El Peruano: "Suplemento Extraordinario de Octubre de 1974 - Política Petrolera, p. 4. En relación a la exploración y explotación del petróleo del zócalo continental destaca la participación de la compañía Belco Petroleum Corporation of Peru.

(54) La Resolución Ministerial fue publicada en el Diario Oficial El Peruano de 8 de marzo de 1974.

(55) Estas condiciones son similares a las que fija la Resolución No. 5 relativa a los Aspectos Jurídicos de la Investigación Científica del Océano, aprobada el 8 de agosto en Lima en la Reunión Latinoamericana sobre aspectos del Derecho del Mar, en agosto de 1970.

Por ello, junto con los derechos de vecindad, acce-
sión, compensación y posesión inmemorial, como
otro argumento jurídico en respaldo de la posición
peruana "se ha invocado la **consumación**, o sea el
hecho de que durante un cuarto de siglo el Perú ha
llevado a la práctica su proclamada jurisdicción en
el mar, dictando los reglamentos pertinentes y apli-
cándolos en caso de incumplimiento, de suerte que
se han realizado los fines y resultados previstos".
(56).

Finalmente, cabe señalar que la soberanía marí-
tima del Perú hasta las 200 millas tiene **plena vali-
dez** en el Derecho Internacional y **no se opone a
norma o principio alguno** sobre la materia. En re-
lación a los **Tratados Internacionales**, las únicas Con-
venciones para la codificación del Derecho del Mar
fueron las de Ginebra de 1958, aprobadas por menos
de la tercera parte de los Estados. Estas Convencio-
nes, que no señalaron expresamente límite para los
mares territoriales, se encuentran en total revisión a
fin de adecuarlas a las nuevas realidades del Derecho
del Mar. El Perú no aprobó estas Convenciones y
por tanto, no está obligado por ellas. Respecto a la
costumbre internacional, nunca existió una verdade-
ra costumbre general obligatoria que fijase un deter-
minado límite para el dominio marítimo, por no
cumplirse con los elementos material y psicológico
que son indispensables para la existencia y reconoci-
miento de una costumbre internacional (57). Por úl-
timo, en relación a la Tercera Fuente importante
del Derecho Internacional, constituida por **los Princi-
pios del Derecho Internacional**, la soberanía marí-
tima del Perú no está en contradicción con éstos. Por
el contrario, se sustenta en Principios esenciales del
Derecho Internacional reconocidos universalmente.

5. Actuales Tendencias en Caracas.

La profundidad y validez del Nuevo Derecho
del Mar impulsa a la sociedad internacional al reco-
nocimiento mayoritario de zonas de jurisdicción ma-
rítima que pueden llegar hasta las 200 millas, tal
como se ha apreciado en la Segunda Sesión de la
Tercera Conferencia Mundial sobre Derecho del Mar
celebrada en Caracas. Allí actualmente se presentan
4 tendencias en relación a las zonas de dominio
marítimo de los Estados, que son las siguientes:
(58).

1. Aproximadamente 12 Estados, entre los cuales
se encuentra el Perú, apoyan una zona de sobe-

ranía marítima hasta las 200 millas, que implica
soberanía exclusiva del Estado ribereño sobre
toda la zona (aguas, suelo y subsuelo) y, en
consecuencia, también sobre los recursos que
allí se encuentran.

2. Alrededor de 60 Estados favorecen el estableci-
miento de un mar patrimonial o zona económi-
ca exclusiva hasta las 200 millas, que implica
un mar territorial de 12 millas con todos los
derechos clásicos y una zona adicional denomi-
nada mar patrimonial o zona económica exclusi-
va, que puede llegar hasta las 200 millas, en la
cual el Estado ribereño ejercería derechos sobe-
ranos solamente para los fines de proteger y
explotar los recursos del mar, suelo y subsuelo
de dicha zona.
3. Aproximadamente 40 Estados, que constituyen
los países sin litoral o de situación geográfica
desventajosa, se inclinan por el reconocimiento
de una zona económica hasta las 200 millas en
favor del Estado ribereño, siempre y cuando a
los países sin litoral se les reconozca derechos
especiales para la explotación de los recursos de
las zonas económicas de los países de la región,
así como el libre acceso al mar.
4. Alrededor de 30 Estados, entre los cuales se
encuentran las grandes potencias y los países al-
tamente industrializados, a cambio del reconoci-
miento de ciertos derechos a su favor, están dis-
puestos a aceptar una zona económica no exclu-
siva hasta el límite de las 200 millas, junto con
un mar territorial de 12 millas. En la zona eco-
nómica se concedería al Estado ribereño sola-
mente derechos preferentes para la exploración
y explotación de los recursos de dicha zona,
limitando su soberanía en algunos casos median-
te normas internacionales.

(56) Arias Schreiber, Alfonso: "Charla...", op. cit., p. 26.

(57) Véase Ferrero Costa, Eduardo: "The Latin American
Position on Legal Aspects of Maritime Jurisdiction and
Oceanic Research", en *Freedom of Oceanic Research*,
edited by W. Wooster, Crane, Russak and Company, Inc.,
New York, 1973.

(58) Véase las Actas y documentos oficiales del segundo
período de la Tercera Conferencia de la ONU sobre Dere-
cho del Mar, en especial del Plenario y de la Segunda Co-
misión. Caracas, junio-agosto 1974

A pesar de las diferencias existentes, en todas las tendencias hay un elemento común: la jurisdicción del Estado costero puede extenderse hasta el límite de las 200 millas a fin de explotar en su beneficio los recursos allí existentes. Si bien varían los alcances del derecho del Estado ribereño, en todos los casos se mencionan las 200 millas.

En consecuencia, esta distancia ha quedado virtualmente consagrada en el Derecho Internacional como límite máximo para la jurisdicción nacional: la historia de los últimos años ha confirmado el acierto, el deber ineludible, y la razón justiciera que motivó a nuestra Nación a proclamar en 1947 su soberanía y jurisdicción exclusivas sobre el mar adyacente, su suelo y subsuelo en una zona marítima de 200 millas.

ESTRUCTURALISMO Y DERECHO

1.- El estructuralismo como doctrina y como método. 2.- La noción de estructura. 3.- Posibilidades de un estructuralismo jurídico.

1.- El estructuralismo como doctrina y como método.

Cuando se intenta buscar una definición del estructuralismo, ha escrito J. Piaget "no se encontrarán sino diversidades y contradicciones ligadas a todas las peripecias de la historia de las ciencias y de las ideas" (1).

Sin embargo, pese a tales dificultades, que son mayores en las doctrinas que se hallan en proceso de elaboración, cabe tomar como punta de partida las características generales del estructuralismo en tanto que teoría y método científico.

Como teoría, el estructuralismo es una especulación que persigue, de modo principal, esclarecer los problemas del universo humano considerado como conjunto de estructuras; y, como método, tiene el valor de una práctica cuyos resultados son registrables y cuya pretensión de verdad es argumentable (2).

El nacimiento del estructuralismo se explica como reacción contra la tendencia que predominó en el campo de diversas disciplinas científicas durante la centuria anterior que pretendía explicar sus contenidos mediante un procedimiento analítico dirigido a los elementos más simples e irreductibles de las cosas. El atomismo físico, el asociacionismo psicológico, la separación de los diversos campos matemáticos, son otros tantos ejemplos de aquella dirección.

El estructuralismo sigue el camino opuesto; busca una comprensión totalista al concebir la "estructura" como "formada por elementos subordinados a

leyes que caracterizan un sistema como tal, cuyas leyes que se denominan de composición no pueden reducirse a asociaciones acumulativas y confieren al todo propiedades de conjunto distintas de las que corresponden a sus elementos" (3).

Las estructuras así entendidas no pertenecen al mundo fáctico, son más bien subyacentes a él, y se expresan a través de "símbolos" que se agrupan en "sistemas" entre los cuales constituye un ejemplo, el sistema lingüístico.

De esta última característica se desprende una importante consecuencia en el ámbito de la antropología llamada estructural: el conocimiento de las estructuras no es directo, sino mediante un procedimiento hipotético-deductivo con la ayuda de "modelos". La noción de estructura, indica Lévi-Strauss, "no se relaciona con la realidad empírica sino con los modelos construidos según ella" (4).

Este campo de las estructuras, objeto de investigación científica interdisciplinaria, a modo del universo platónico de las ideas, ofrece una esencia "sincrónica" ajena al devenir y extraña o superpuesta, si se quiere, a la historia.

Estos rasgos generales, que traducen un ideal de intelegibilidad (5), aclaran los propósitos del estructuralismo y el sentido que ha tomado el vocablo "estructura".

(1) Jean Piaget. *Le structuralisme*. Presses Universitaires de France. Quatrieme Edition. Paris 1970, pg. 6.

(2) Jean Cuisenier. *Le structuralisme*. La Philosophie. 2e. Ed. Cal. Paris, 1969, pg. 460.

(3) Piaget, *ob. cit.* pg. 8.

(4) Jean Viet. *Les Methodes structuralistes dans les Sciences Sociales*. Editions Mouton. 2e. Ed. Paris, 1969, pg. 4.

(5) Piaget, *ob. cit.* pg. 5.

Literalmente, estructura significa "la forma como está construido un edificio", o, como precisa el Diccionario de la Academia Española, "distribución y orden de las partes de un edificio", "de las partes de un cuerpo o de la otra cosa", "distribución y orden con que está compuesta una obra de ingenio: como poema, historia, etc."

Pero las doctrinas estructuralistas han modificado el significado del vocablo estructura que por influjo de ellas ha adquirido un contexto completamente diferente.

Hasta el siglo XVII —anota Roger Bastide— "estructura" conservó su sentido etimológico (del latín, *struere* que significa construir) sentido que Fontenelle llevó a la Anatomía y Vauglas a la Gramática y que, posteriormente, se extendió a otras ciencias (6).

En la centuria pasada, Spencer trasladó el concepto "estructura" de la Biología a la Sociología, y aunque no confundió el "organicismo social" con el "organicismo biológico", la noción "estructura social" se mantuvo envuelta en el aura organicista" (7). Radcliffe-Brown entendió por estructura social "un sistema de relaciones sociales existentes que son aprehendidas en el plano empírico" para ser coordinadas en un conjunto. Por su parte, Lewis H. Morgan, elaboró su doctrina evolucionista social con el cuadro de las diversas etapas del desarrollo de la civilización humana. Su estudio sobre los iraqueses constituye uno de los primeros que puede denominarse análisis estructural. Como expresa Lévi-Strauss, Morgan "aisló los sistemas de parentesco y ensayó encontrar un lenguaje común que sea recurrente para un gran número de sociedades, de tal suerte que sea posible pasar de la una a la otra por una serie de transformaciones" (8).

Desde comienzos de la segunda mitad del siglo anterior, Marx empleó el término "estructura" referido a la vida social humana. En el Prefacio a su "Crítica a la Economía Política" (1859) definió la "infraestructura" o "estructura económica" y lo que es la "superestructura" (Ueberbau). "En la producción de su vida, dice, los hombres contraen relaciones determinadas, necesarias, independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a determinada fase de sus relaciones productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción constituye la estructura económica de la sociedad, la base real sobre la que se levanta la super-

estructura jurídica y política y a la cual corresponden determinadas formas de conciencia social".

Las fuerzas productivas, esto es, la relación del hombre con la naturaleza, y las relaciones de producción, confluyen en lo que Marx denomina "modo de producción" que constituye el determinante de las diversas formas sociales de conciencia, de las superestructuras.

De aquí se desprende, como señala el P. I. Calvez, en su análisis del marxismo, "una determinación radical de las superestructuras por el modo de producción" (9).

En la obra de Engels sobre el "Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado" aquél determinismo económico aparece atenuado por la intromisión de factores biológicos. Engels señala que, en última instancia, el factor decisivo de la historia es "la producción y reproducción de la vida inmediata. Pero a su vez esta producción, continúa, es de doble naturaleza. Por una parte, la producción de medios de existencia, de los productores alimenticios, de la ropa, de la vivienda y de los instrumentos necesarios para producir todo esto; por otra parte, la producción del hombre mismo, la propagación de la especie. Las instituciones sociales que rigen la vida de los hombres en una época o en un país dados, están determinadas por estas dos clases de producción: por el grado de desarrollo en que se encuentra por una parte el trabajo, y, por la otra, la familia" (10).

Pero, como anota el mismo P. Calvez, "la determinación primaria retorna siempre a las fuerzas productivas" que obran (según expresión de Marx) "in-

(6) En enero de 1957, bajo el patrocinio del Centre International de Synthese, se realizó el primer coloquio sobre "La notion de structure et la structure de la connaissance". Pub. A. Michel, 1957. El segundo coloquio tuvo lugar bajo los auspicios de la Va. Section de l'Ecole de Hautes Etudes en enero de 1959 y versó sobre "Sens et usages du terme structure dans les sciences humaines et sociales". Pub. Mouton, La Haye, 1962.

(7) Sens et usages, *ob. cit.* pg. 10.

(8) Viet, *ob. cit.* pg. 199.

(9) Jean Ives Calvez. *La Pensée de Karl Marx*. Seuil, Paris pg. 199.

(10) Engels, *ob. cit.* Traducción castellana Colección Clarusad "Ciencias Sociales" Buenos Aires, pgs' 28 y 29.

dependientemente de la voluntad de los hombres" (11).

Para la doctrina marxista las estructuras sociales tienen un carácter dialéctico. Se hallan en continuo devenir cuyo sentido es el paso incesante del todo a las partes y la integración de éstas en aquél.

La dialéctica no es sólo la ley del ser, es también dinamismo del pensamiento. De allí que "en la perspectiva marxista, la acción recíproca de las partes sea esencialmente, como quiere Georg Lukacs, "la relación dialéctica del sujeto y el objeto en el proceso de la historia"; el método dialéctico deviene entonces revolucionario, el movimiento del pensamiento es transformación de lo real y se confunde con la acción" (12).

Los trabajos de Ehrenfels (1890) constituyen el más destacado antecedente de la "psicología de la estructura" (Gestalt) cuyos representantes han sido principalmente W. Köhler y Wertheimer, continuados en el campo de la psicología social por Lewin y sus discípulos.

La Gestalttheorie considera las "formas" o "estructuras" como datos primarios. "Los hechos psíquicos son formas, es decir unidades orgánicas que se individualizan y se limitan en el campo espacial y temporal de percepción y de representación" (13). Las partes dentro de un todo son distintas de esas mismas partes aisladas o incorporadas dentro de

otro todo, debido a las funciones que desempeñan en cada conjunto. Tal explicación totalista vino a reemplazar a la doctrina elementalista o atomista de la psicología clásica.

La noción de estructura ha sido incorporada también por la Psicopatología. A partir de 1910, K. Jaspers, Bleuler y otros investigadores consideraron "la especificidad irreductible de la enfermedad mental" para llegar después al descubrimiento de estructuras en diversos niveles: en las relaciones del sujeto con su mundo personal; consigo mismo y con su historia; y en el campo de la personalidad y su fundamento psicobiológico.

Para el neofreudismo, tal como se expresa, por ejemplo, en la obra de J. Lacan "Psychoanalyse et médecine" el inconsciente pertenece, como en lenguaje, al género de la estructura.

En el campo de las ciencias sociales el concepto estructura ha alcanzado una sobresaliente proyección. El sociólogo alemán F. Tönnies (14) estableció la diferencia entre estructuras societarias y comunitarias a las que Max Weber agregó las de "casta", "órdenes" y "clases sociales".

En dichas disciplinas, la aparición en 1930 de la obra de Hans Freyer *Soziologie als Wirklichkeitswissenschaft* marca una fecha capital, según expresión de Roger Bastide, porque cierra una etapa de nuestra historia del término para abrir otra: la invasión explosiva de todas las ciencias sociales por la preocupación estructuralista y, al mismo tiempo, la del cambio de sentido que iba a sufrir el término bajo la influencia de las nuevas lógicas o de las nuevas matemáticas" (15). Freyer, por su parte, intentó delimitar el ámbito de las "estructuras sociales" del que corresponde a la psicología y a la historia.

En la ciencia lingüística el estructuralismo ha tenido particular arraigo y sus conquistas han servido como modelo en otras disciplinas del hombre.

La obra del lingüista suizo Ferdinand de Saussure "Curso de Lingüística General", considerado como el padre del estructuralismo, que fue publicada por sus discípulos Charles Bally y Albert Sechenaye en 1915 (16) no sólo ha ejercido extraordinaria influencia en el auge de dicha disciplina sino que su método ha servido como modelo para construir los de otras ciencias del hombre.

Saussure no empleó el término "estructura" sino "sistema" y definió la lengua como un "sistema convencional de signos" "cuyas partes pueden y deben ser consideradas todas en su solidaridad sincrónica" (17). El sistema como totalidad prima sobre los elementos que lo componen cuya combinación "produce una forma, no una sustancia" (18).

(11) Calvez, *ob. cit.* pg. 201.

(12) Viet, *ob. cit.* pg. 17.

(13) Paul Guillaume. *La Psychologie de la Forme*. Flammarion, Paris 1937, pg. 21.

(14) *Principios de Sociología*. Trad. Castellana. Fondo de Cultura Económica, México, pg. 84.

(15) Bastide en *Sens et Usages etc.* pg. 11.

(16) Traducción y prólogo de Amado Alonso. 6a. Edición. Editorial Losada, Buenos Aires, 1967.

(17) Saussure, *ob. cit.* pg. 157.

(18) *id.* pg. 193.

El lenguaje es para Saussure "medio de intercomunicación humana", la lengua el "sistema de expresiones convencionales usadas por una comunidad" y el habla "el uso individual del sistema". "La lingüística sincrónica estudia la constitución y el funcionamiento de un sistema, la lingüística diacrónica, estudia su evolución" (19).

Mientras el lenguaje es "multiforme y heteroclito" y abarca diferentes dominios, como el físico, el fisiológico y el psíquico, pertenece a la vez al individuo y a la sociedad, y no se deja clasificar dentro de ninguna de las categorías de los hechos humanos porque no se sabe como desarrollar su unidad (20), la lengua es un producto interindividual de la facultad del lenguaje" y un conjunto de convenciones necesarias adaptadas por la sociedad para permitir el ejercicio de esa facultad al individuo" (21). Esta "totalidad en sí" que es la lengua, está constituida por un sistema de signos en los que se integran dos elementos: un concepto como significado y una imagen acústica como significante. Tal sistema representa un mecanismo complejo que permanece ignorado hasta por quienes hacen uso de él y no puede ser comprendido sino por reflexión.

El lenguaje constituye un sistema de signos, el más importante, pero existen otros (ritos, costumbres, etc.). La ciencia que trata de los signos es la Semiología; la Lingüística no es sino una parte de ella.

El estudio de la lengua considerada, no como sustancia, sino como forma, se proyectó en la investigación posterior. Los lingüistas rusos Jakobson, Karcevsky y Troubetzkoy en los trabajos que presentaron al Primer Congreso Internacional de Lingüística (La Haya, 1928) tratan de la lengua como "sistema de fonemas". Posteriormente, en las tesis destinadas al Primer Congreso de Filólogos Eslavos (Praga, 1929) la lengua es referida como "sistema" al que corresponde una "estructura".

En el siguiente período, Hjelmeley y, sobre todo, N. Chomsky (Theory of Syntax) que orientó su labor hacia el estudio de las leyes de transformación, enriquecieron la investigación lingüística que ha alcanzado gran importancia y amplitud.

El mérito de la lingüística ha consistido en formular por primera vez "relaciones necesarias" en el campo de las disciplinas sociales. Las ciencias veci-

nas —según el propósito de uno de sus más destacados investigadores— han verificado las consecuencias de tan importante conquista para aplicarla a hechos de otro tipo.

De allí que la lingüística —además del éxito de los avances realizados en su propio campo— se haya convertido en modelo para otras ramas del saber humano y, entre éstas, para la Antropología que, gracias a la obra de Claude Lévi-Strauss, iniciador de la "antropología estructural" ha adquirido un relieve extraordinario en nuestro tiempo (23).

El estructuralismo, según Lévi-Strauss, no es una filosofía sino un método y una teoría que pretende la comprensión descriptiva dentro de la ciencia del hombre.

Tales ciencias deben ser teoría y crítica, esto es, conocimiento y epistemología al mismo tiempo. Una de estas ciencias es la antropología que, según Lévi-Strauss, debe ser necesariamente estructuralista "si se decide a salir del estado de conocimiento empírico y reemplazar el esquema de la sucesión causal por el de sistema, no como imagen de lo real sino como modelo teórico y lógico" ya que "la estructura no se halla en el objeto, sino en la exigencia racional que encierra la multitud en el sistema" (24).

En su obra "Las estructuras elementales del parentesco", Lévi-Strauss considera las instituciones culturales como "sistemas de comunicación". Del mismo modo que en la lengua, en las estructuras de la civilización, no interesa la sustancia sino la forma que es fruto de la actividad inconsciente del espíritu. "Como los fonemas, expresa el referido antropólogo, los términos de parentesco son elementos de significación; como ellos adquieren esta significación

(19) *id.* prólogo de Amado Alonso, pg. 7.

(20) *id.* pg. 126.

(21) *id.* pg. 50.

(22) Bastide, *ob. cit.* pg. 27.

(23) Traducción española de las siguientes obras: "Estructuras Elementales del Parentesco", Eudeba, Buenos Aires, 1949. "Antropología Estructural" *id.* 1969; Lévi-Strauss y otros: "Estructuralismo y Epistemología" Ed. Nueva Visión, Buenos Aires; "Estructuralismo, Mito y Totemismo", Ed. Digea, Barcelona.

(24) Edouard Morot-Sir. *La pensée française d'aujourd'hui*. Presses Universitaires de France, pg. 90.

sólo a condición de integrar un sistema; los "sistemas de parentesco" como los "sistemas de fonológicos" son elaborados por el espíritu en el plano del pensamiento inconsciente".

Del mismo modo que se diferencian "estructura y realidad" también se distinguen "dos nociones vecinas frecuentemente identificadas: la de **estructura social** y la de **relaciones sociales**. Las **relaciones sociales** son la materia prima empleada para la construcción de los modelos que ponen de manifiesto la estructura social misma".

La "estructura" no debe confundirse con el objeto; no se encuentra dentro de éste ni es una parte de él, sino algo así como una "potencia del objeto" que puede ser superada para construir un "super objeto" o "sistema de relaciones" que corresponden a objetos diferentes de la misma o de diversas disciplinas.

Los modelos teóricos elaborados por la ciencia "para merecer el nombre de estructuras" deben realizar cuatro condiciones: integrar un "sistema" de modo que la modificación de uno de ellos determine la modificación de los demás; pertenecer a un grupo de transformaciones aunque el conjunto constituya un grupo de modelos; ser capaces de prever el cambio del modelo cuando cambia alguno de sus elementos; y rendir, por su funcionamiento, cuenta de los hechos observados.

Para Lévi-Strauss, el inconsciente simbólico es "el hecho cultural por excelencia". No es lo opuesto a lo consciente sino "la esencia de la realidad social como cambio y forma de comunicación" que se expresa a través de símbolos que —en sentido contrario a la interpretación clásica— preceden a lo que es simbolizado por ellos.

Los modelos no son universales; sus "racionalizaciones" son válidas para un grupo o para una época pero resultan "irracionales" para otros grupos o épocas. La pluralidad de civilizaciones humanas es irreductible y este mundo "que ha comenzado sin el hombre" "acabará sin él" (25).

La historia, no como "totalidad cultural" sino como teoría de las estructuras culturales constituyen el propósito de la obra de Michel Foucault (25).

No busca Foucault trazar una historia en el sentido clásico de la palabra, sino una "arqueología"

que no es historia de las ideas y de las ciencias sino una búsqueda del punto de partida y del orden en el campo del saber. "Frente al antropocentrismo que prevalece en las descripciones tradicionales de la historia... se opone una historia sin referencia al concepto de hombre, una historia no escrita por el sujeto, que es a la vez su protagonista, sino que habla por sí mismo; "un método de análisis que esté puro de todo antropologismo" del mismo modo como en la lingüística estructural las leyes fonéticas no dependen de ninguna voluntad ni de ninguna conciencia, sino que se imponen a la voluntad por debajo de la conciencia, un campo enunciativo en el que se dispersan y se confrontan las opciones inconscientes del discurso" (26).

Según este pensamiento, las ciencias humanas constituyen fruto momentáneo de "mutaciones históricas" que se suceden en el tiempo, sin orden alguno hasta la terminación del hombre, que está ya acabado porque se halla en la región "donde ronda la muerte", "donde el pensamiento se extingue".

La Sociología ha asumido también la influencia estructuralista. "Si la estructura, escribe Piaget, es un sistema de transformaciones, que comporta sus leyes en tanto que totalidad y leyes que aseguran su autoregulación, todas las formas, por variadas que sean, de investigaciones concernientes a la sociedad, conducen a estructuralismos, ya que los conjuntos y subconjuntos sociales se imponen de inmediato en tanto que totalidades, ya que dichas totalidades son dinámicas y centros de transformaciones ya que su autoregulación se traduce por el hecho específicamente social de coacciones de todo género y de normas o reglas impuestas por el grupo" (27).

Diversas corrientes dentro de la ciencia política y la ciencia económica traducen la influencia estructuralista, como lo demuestran los estudios de R. Aron sobre los partidos; de Burdeau las "estructuras del poder", de M. Duverger "estructura de los partidos políticos", de Morton A. Kaplan que se refiere a la política internacional como sistema; y de Thomas Schelling "The Strategy of Conflict".

(25) *id.* pg. 95.

(26) Luis Nuñez Landaveze en "Estructuralismo y Derecho" de Antonio Hernández Gil y otros. Alianza Editorial, Madrid, 1973, pg. 91.

(27) *ob. cit.* pg. 82.

Para algunos científicos, "el campo entero de la economía parece abrirse a los estudios estructurales".

El primero que empleó el término estructura en dichas disciplinas fue Wagenann en su "Introduction a la theorie du mouvement des affaires" (1932). Siguiéron, entre otros, las obras de G. Granger "Methodologie Economique", de E. Levy "Analyse structurale et methodologie economique", del eminente profesor Francois Perroux, A. Marshall, etc.

Considera Viet que la importancia del estructuralismo en la Ciencia Económica es de tal magnitud que actualmente "dirige su elaboración teórica y llegará hasta cambiar el estatuto epistemológico de numerosos de sus conceptos" (29).

2.- La noción de estructura.

Las doctrinas estructuralistas han enriquecido el contexto de la voz "estructura" la misma que ha alcanzado una nueva y más amplia connotación.

Se considera que la estructura es el "conjunto de elementos entre los cuales existen relaciones, de tal suerte que la modificación de un elemento o de una relación arrastre la modificación de otros elementos y relaciones" (30).

De aquí se desprende que dicho concepto supone la existencia de elementos no yuxtapuestos sino vinculados de tal modo que sus propiedades dependen de la totalidad y que sus cambios afecten a los otros elementos vinculados con ellos.

Se atribuye al vocablo "estructura" otra acepción, como "la armadura del objeto, su esqueleto, lo que permite discernir lo esencial de lo accesorio, o si se quiere, el plan según el cual se ha construido" (31).

También se considera que la estructura es "producto de una combinatoria" esto es, la aproximación de grupos diferentes con el fin de organizarlos, no debido a sus semejanzas sino a sus diferencias, y que tales grupos pueden ser "variantes los unos de los otros" pero que el conjunto total es el resultado de dicha combinatoria (32). En este mismo sentido Piaget ve en la estructura un sistema de transformaciones que comporta sus propias leyes (por oposición a las propiedades de sus elementos) "y que se conserva y enriquece por el juego mismo de las

transformaciones, sin que éstas conduzcan fuera de sus fronteras o apelen a elementos extraños" (33).

Las dos últimas acepciones, como se desprende claramente de los textos glosados, constituyen variantes de la primera considerada en sentido estático y dinámico, respectivamente.

De acuerdo con el análisis del profesor Hernández Gil, la estructura comporta los siguientes factores: a) elementos que son partes o términos; b) totalidad como conjunto al que se atribuye "prioridad" y "autonomía"; c) propiedades de la totalidad; d) propiedades de los elementos derivadas de la totalidad; e) relaciones, es decir, la posición de elementos unos con respecto a otros; f) modificaciones "repercusión de un elemento en los demás y en la totalidad"; g) solidaridad entendida como interrelación; y h) autoregulación, que quiere decir que "estructura es creadora de sus propias leyes, en las que se manifiesta y se mantiene como totalidad cerrada, si bien pueden dominar otras estructuras" (34) de rango superior.

Los rasgos que asigna el estructuralismo a la estructura coinciden con los que atribuye la Metafísica clásica a la relación considerada como accidente.

Enseña Aristóteles en el Capítulo 7 de sus "Categorías" que "Llamamos relativa a una cosa cuando se dice que ella existe del modo que existe, porque existen en dependencia de otra cosa, o bien sino, porque su existencia está referida o relacionada con algo de alguna otra manera" (35).

Las relaciones no son solamente lógicas sino "reales". "los seres antes de nuestro conocimiento están ordenados los unos con respecto a los otros".

(28) Viet *ob. cit.* pg. 151

(29) *id.* p. 152.

(30) Claude Flamot. *L'étude structurale des grouees*. Cit. por Viet, *ob. cit.* pg. 2.

(31) Guisonier, *ob. cit.* pg. 461.

(32) *id.*

(33) *ob. cit.* pg. 3.

(34) Juan Antonio Pérez de García. *Distintos entendimientos del estructuralismo y la estructura*. Hernández Gil, *ob. cit.* pg. 190.

(35) Aristóteles. *Obras completas*. Ed. Aguilar, Madrid, pg. 240.

Este orden que realiza la naturaleza es el orden de las relaciones reales. (36).

Dichas relaciones no se identifican con sus elementos, "difieren de su fundamento" porque son "esse ad" (referencia) mientras que el fundamento es absoluto.

El neocriticismo francés con Renouvier y Hamelin elaboró una concepción del mundo supuesto como un conjunto de "relaciones". Lo real es la relación y no sus términos afirmó Renouvier. Hamelin, por su parte, llegó a sostener que "la verdadera realidad" es la relación y que el ser se explica por ésta y no a la inversa.

Es evidente que las "estructuras", que no se confunden con los objetos, son aquellas relaciones lógicas o meramente conceptuales con las que el estructuralismo pretende explicar objetos y fenómenos. En este supuesto se halla la raíz de todos sus errores.

3. Posibilidad de un estructuralismo jurídico.

A través de las distintas expresiones de la corriente examinada, se desprende que no existe un "estructuralismo" único sino una gama muy amplia de "estructuralismo" cuyos extremos están representados por las tendencias opuestas: la que concibe la estructura como unidad orgánica y la que la considera como unidad matemática.

Para la primera, la estructura es un sistema coherente dentro del cual se enlaza a través del tiempo, en incesante movimiento, una sucesión de equilibrios precarios.

Según la otra corriente, la estructura es un modelo, esto es, un instrumento conceptual abstracto, ajeno a toda historicidad.

Dentro del propósito de extender el estructuralismo, considerado como método general, a todos los saberes, se pretende interpretar el derecho como estructura o estructuras orgánicas, o como estructura o estructuras matemáticas.

El estructuralismo marxista de N.A. Poulantzas (37) referido al derecho parte de la consideración de la estructura como "totalidad" formada por elementos "que no pueden revestir sentido sino a par-

tir de su integración en el todo y el todo en función de cada parte" (38).

La noción de totalidad en el ámbito humano "tiene su origen en la actividad totalizadora del hombre, en la existencia humana práctica en curso de totalización" (39), que es el "trabajo" gracias al cual existe la sociedad y la historia.

La totalidad como elemento "fundamental" del fenómeno jurídico no es puramente conceptual, no se basa en los datos de la lógica formal. La estructura jurídica se relaciona con "un sector de la totalidad a nivel de la actividad humana material y práctica, con una cierta totalidad en el campo histórico material y práctico que "como correlativo indiferenciado de la praxis, es la unidad formal de los conjuntos a integrar" (40).

Las estructuras jurídicas así concebidas presentan una dimensión "diacrónica"; la "temporalidad" constituye su función propia gracias a la cual generan su devenir.

La totalidad debe ser "significativa", y alcanzará este carácter en tanto que se refiere a las necesidades y valores de los grupos sociales que la hayan creado o que la admitan confiriéndole determinado valor.

Dentro de la "totalidad, se reúnen los dos planos de estructuración: la infraestructura y la superestructura, que se integran en una unidad.

En el seno de la infraestructura, constituida por las fuerzas de producción y los elementos sociales, y de la superestructura representada por el Estado, el derecho, la religión, la moral, el arte, el lenguaje, se identifican los hechos y los valores, el mundo fáctico y el mundo axiológico, que "no son dos términos originalmente distintos de los cuales uno sería el

(36) Santo Tomás. De Potentia. q. 7, art. 9o.

(37) *Nature des choses et droit*. Librairie Generale de Droit et Jurisprudence. Paris, 1965.

(38) *ob. cit.* pg. 213.

(39) *id.* pg. 214.

(40) *id.* pg. 215.

fundamento del otro, sino que el hecho —la existencia humana— “es valor”, y el valor —el fin de la acción humana— “es hecho”, existencia humana” (41).

Los valores sociales, dentro de cuyo género se hallan los valores jurídicos, no son otra cosa que “formas de existencia en sociedad” (42) creadas (“segregadas”) por el hombre que es el autor de la sociedad misma y de la historia.

La “praxis humana” es decir, la vida práctica del hombre determinada por factores económicos, constituye el medio dentro del cual se reúnen y unifican la infraestructura y la superestructura y el hecho y el valor.

“La infraestructura y la superestructura, el hecho y el valor, la acción y el proyecto, el modo de producción y las relaciones sociales, de una parte, escribe Poulantzas, y el derecho de otra parte, no constituyen en nuestra opinión entidades dispares que entran en relación a a posteriori, en tanto que términos ya constituidos en aislamiento recíproco, sino que constituyen partes integrantes de la misma realidad, de la praxis humana” (43).

La praxis, el trabajo, que es el elemento mediador entre el hombre y la naturaleza, y el camino para el “reencuentro ontológico” entre los hombres, asume los caracteres de tres categorías difícilmente conciliables: es la “fuente única”, el “fundamento último” del “universo jurídico” (44) a la vez que el sustento de la estructura del derecho.

De allí que dicha estructura, a la cual es inherente el devenir dialéctico, corresponde al ámbito de la “praxis humana” y que en ella se conjugan la infraestructura y la superestructura, el hecho y el valor.

El estructuralismo de tendencia marxista aplicado al derecho, pretende realizarse como esquema de conocimiento y como plan de acción a la vez; como modelo operatorio de comprensión y como dirección de elaboración jurídica, dentro de su tesis general que considera la estructuración como sinónimo de totalización de la realidad humana dentro de la praxis.

La observación principal que se puede formular sobre esta teoría es aquella que apunta el profesor Hernández Gil. “La consideración del derecho influido por las fuerzas sociales y económicas, que es un hecho cierto, dice, constituye una explicación dialéctica y no análisis estructural” (45).

Por otra parte, la “praxis humana” como hecho totalizante, como estructura de estructuras, no corresponde a este concepto tal como ha sido elaborado por el estructuralismo moderno. Si el derecho —como los demás elementos de la superestructura— y también los que constituyen la infraestructura— se integra en la praxis, no es por sí mismo estructura sino uno de los componentes de ésta.

Pero hay algo más. La llamada “praxis humana” al igual que lo que se denomina “actividad teórica” constituye uno de los modos de la vida del hombre, pero en manera alguna una “estructura” concebida como totalidad que presente propiedades como tal, y, que a la vez, influya en las que corresponden a los elementos, en tanto que son sus integrantes.

Difícil resulta explicar, por tal razón, cómo dentro de la permanencia de la praxis humana, en algún momento, como quiere el marxismo, desaparecerán los que son simples elementos de la misma, “el Estado” y “el derecho”.

Aparte del determinismo económico de la doctrina cuyo análisis no corresponde al propósito de esta exposición, su ambigüedad, al considerar como estructuras a la infraestructura y a la superestructura por separado, y a la reunión de ambas, lleva a todo género de confusiones.

Es finalmente inadmisibles la unificación del hecho y del valor y la cosificación de los valores reducidos a la categoría de simples productos de la vida social humana. Es que se ha producido una grave confusión. Debe distinguirse entre el “hecho” de la vigencia o de la realización del valor que sí es un fenómeno social, y la validez del valor, que pertenece al mundo axiológico.

(41) *id.* pg. 179.

(42) *id.* pg. 196.

(43) *id.* pg. 240

(44) *id.* pg. 249

(45) *ob. cit.* pg. 40.

De aquí se desprende otra grave dificultad que atañe no sólo al "estructuralismo" marxista referido al derecho, sino a todas las expresiones de esta doctrina, en cuanto pretenden explicar el fenómeno jurídico, la ética en general, y es la que plantea problemas axiológicos, que no se resuelve en el plano sociológico.

Son susceptibles de las mismas observaciones las diversas tendencias del estructuralismo genético (Althusser, Goldmann, Garaudy, Godelier, etc.) referido al derecho.

Se pretende encontrar en la Teoría Pura el Derecho de Kelsen, una manifestación del estructuralismo jurídico.

La Teoría Pura —expresa Kelsen al comenzar una de sus obras fundamentales— (46) es una teoría del Derecho positivo que procura responder no a las preguntas de cómo debe ser o cómo debe elaborarse el derecho, sino a qué es y cómo es el derecho.

Lo que convierte a un suceso en jurídico, según esta doctrina, no es su ser natural, sino el sentido específico, su especial significación que recibe de la norma.

La norma, que es una categoría "que no encuentra aplicación alguna en el dominio de la naturaleza" es el único objeto del conocimiento jurídico. La ciencia del derecho es una ciencia normativa.

Tanto el derecho como la moral pertenecen al reino del debe ser (Sollen), pero se diferencian en que las normas jurídicas buscan provocar conductas vinculando las conductas contrarias a los actos de coacción, mientras que la moral no emplea tal tipo de sanciones sino que se limita a la aprobación de las conductas conformes u opuestas a las normas. De modo semejante se diferencia el Derecho de otras disciplinas.

Las normas jurídicas no constituyen imperativos; son juicios hipotéticos que expresan la conexión entre un hecho —condición con una consecuencia. La estructura del derecho está constituido por una pirámide de normas vinculadas entre sí por una relación que se denomina "imputación". En la cima de la pirámide normativa se eleva la "norma fundamental" de la cual derivan a través de una jerarquía ordenada, las demás normas hasta llegar a las normas individualizadas.

Dentro del sistema kelseniano cada regla constituye un acto de ejecución con relación a la regla superior y un acto de legislación con respecto a la

inferior. La validez del conjunto se sustenta en la norma fundamental.

¿Cuál es la naturaleza de esta "bella estructura"? se pregunta J. Piaget (47). Caben diversas respuestas: naturaleza social, naturaleza humana, naturaleza normativa.

Contra la primera respuesta el propio Kelsen señala que la norma corresponde al plano "debe ser" (Sollen) que es irreductible al ser, aunque acepte que la validez de las normas que se estructuran en la pirámide depende de un hecho, la existencia de la norma fundamental.

La segunda posición llevaría a una fundamentación de derecho natural, ajena al sistema. La tercera es la de Kelsen, pero de ella derivan serias dificultades.

La dificultad más grave deriva, sin duda, de la separación que establece la Teoría Pura entre la forma y el contenido del derecho. "La forma jurídica no constituye simplemente el revestimiento externo, la cáscara que se aplica sobre el núcleo vivo de la acción... la forma jurídica, en cuanto a forma formada, es decir, objetiva, es la que es porque consiste en la cristalización de un proceso de la praxis, entre la forma y el contenido, puede que no haya correspondencia, pero hay ciertamente un condicionamiento recíproco, porque tanto la una como el otro se refieren a la estructura de la praxis, considerada desde el punto de vista de la acción individual o bien desde el punto de vista de la forma de la acción" (48).

Este "estructuralismo" jurídico —en el que se considera la norma como objeto de la ciencia jurídica, queda sin resolver "el problema de la especificidad del derecho, lo que es en su mismidad sin otros apoyos, lo que de él trasciende sin ser trascendido" (49).

En efecto, el problema del fin del derecho, esto es, el problema de la justicia y el problema de las transformaciones del derecho, entre otros, quedan fuera del derecho; Kelsen los llama "Metajurídicos", y como tales permanecen sin resolver.

(46) Trad. castellana Ed. Losada, Buenos Aires.

(47) *ob. cit.* pg. 89.

(48) Vittorio Frosini. Giuffré Milano, 1968, pg. 64.

(49) Hernández Gil, *ob. cit.* pg. 33.

Es cierto que la doctrina de Kelsen no persigue otra finalidad que "proporcionar un método para la sistematización indispensable que debe llevar a cabo la ciencia jurídica", pero para lograrlo, debe sustentarse sobre principios que, allende el sistema de normas, constituyan el punto de partida y el punto de llegada del derecho. Tal cómo ha sido realizada la "estructura" kelseniana queda reducida a sistema ordenado de reglas que aspiran a una fundamentación.

Frente al exagerado normativismo que representa la Teoría Pura del Derecho aparece la posición que considera la forma jurídica, no como revestimiento exterior de la acción, sino como la cristalización del proceso de la "práxis social" entendida en sentido diferente del que emplea la posición marxista.

Pertenece a esta corriente el jurista italiano Vittorio Frosini que ve el derecho "como el conjunto de formas en las que se objetiva la acción" (51).

Las formas jurídicas, "el reino de los códigos y de los artículos de la ley es un reino de símbolos, con propio significado precisamente en cuanto signos, signos que nos envían a los signos expresivos de la realidad de la acción, el problema es ciertamente, el de establecer en primer lugar la máxima coherencia posible entre significante y significado (la norma debe interpretar de la mejor manera posible la acción) y en consecuencia también entre los signos mismos de la totalidad de la oración, del discurso, reconociendo en tal coherencia la expresión de una implícita exigencia de estructuralidad" (52).

El derecho "es una realidad de hecho, o sea una realidad práctica", para expresarlos en términos del autor el derecho es "práxis humana" cuyo "símbolo técnico" es la norma que permite identificar una acción entre otras acciones.

Para que la práxis humana alcance categoría jurídica es necesario que sea definida, no por sí misma, sino con referencia "a un organismo de la acción, a una estructura compleja, a una morfología de la práxis".

Resulta así que el orden jurídico es un conjunto "de estructuras de la acción, cada una de las cuales viene así a constituir una relación dinámica entre diversos elementos, una sucesión coherente entre diversas fases de desarrollo" (53).

Entendido el derecho como la conjunción entre contenido y formas, consideradas no como elementos opuestos sino como factores de una integración, la estructura es la forma interna que organiza la acción y le confiere categoría jurídica.

Si es verdad que esta teoría supera el formalismo kelseniano, el predominio sociológico deja sin explicar lo propio del derecho.

Aparte de las mencionadas construcciones teóricas realizadas con propósito estructuralista o que son consideradas de ser susceptibles de una interpretación de tal índole, en diversas ramas del derecho, se emplea el término "estructura" pero al margen del estructuralismo.

Desde un punto de vista sociológico, estructura es la implicación de elementos heterogéneos que se realizan dentro de un sistema de interdependencia (54), que en el derecho son conductas, normas y valores. Pero tal conjunción se halla muy lejos de reunir las calidades que la teoría estructuralista atribuye a la estructura.

La tendencia sociológica pasa de "estructura" a "estructuras" y llega a catalogar como tales: al sujeto de la conducta jurídica, a la regla jurídica, a la institución jurídica sancionante y hasta a los valores jurídicos (55).

Parecería que sin ninguna proyección científica que vaya más allá de la simple constatación, el derecho es tomado en tanto que "organización" o como institución entendida en tanto que "conjunto de estructuras portadoras de finalidades sociales y dotadas de un sistema de reglas positivas (métodos) y negativas (garantías coactivas) para dar eficacia a la persecución de tales finalidades" (56).

(50) Luis Recasens Sices. *Filosofía del Derecho*. Primera edición. Porrúa, México, pg. 295.

(51) *ob. cit.* pg. 51.

(52) *id.* pg. 31.

(53) *id.* pg. 16.

(54) Angel Sánchez de La Torre. *Sociología del Derecho*. Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, pg. 211.

(55) *id.* pg. 215.

(56) *id.* pg. 222.

Con esta significación ha sido empleado y se mantiene la voz estructura en algunas ramas del derecho. Carbonier sostiene, dentro de este criterio, que dicho concepto (estructura) es utilizado con fines didácticos y prácticos, porque incluye en su connotación los siguientes conceptos: que los fenómenos jurídicos ocupan alguna magnitud en el tiempo, que poseen duración que es nexo entre el pasado y el futuro, el futuro y el pasado; que "existen relaciones necesarias entre las reglas jurídicas que conciernen al mismo objeto"; y que la estructura es la anatomía del derecho, la organización, por oposición al funcionamiento (57).

En el campo del derecho público, ha escrito el profesor André Mathiet, el empleo del término estructura "no corresponde a ningún sentido técnico particular ni revela originalidad en relación con el lenguaje corriente" (58) y se usa ya sea por comodidad del lenguaje, porque ofrece una metáfora, porque facilita la descripción como la de los tipos de estado y de los tipos de administración, o cuando se pretende atribuir un sentido sociológico.

El empleo de la palabra estructura con los propósitos referidos por éstas u otras disciplinas jurídicas no autoriza a considerarlas como pertenecientes a la órbita estructuralista.

¿Puede lograrse una ciencia jurídica estructural?
¿Es posible aplicar alguno de los métodos estructurales al derecho? Las respuestas son por hoy negativas.

El estructuralismo constituye una manera de hacer ciencia, pero el objeto de la ciencia no es la realidad, como señala el profesor Michel Villey, sino "una especie de regularidad que se aprehende en lo real" (59).

En este campo, el estructuralismo en cuanto ha sido proyectado en el derecho se limita a descripciones sin llegar a aprehender lo genuinamente jurídico.

En lo que atañe al método, el análisis "estructural" contiene una "visión parcial" sin abarcar el derecho —que es conducta humana, norma y valor— en toda su amplitud.

(57) Bastide, *ob. cit.* Jean Carbonnier. *Las estructuras en derecho privado*, pg. 59.

(58) *ob. cit.* André Mathiet. *La palabra estructura en derecho público*, pg. 64.

DEBATE EN TORNO A LA ACCIÓN POPULAR

“Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones o decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La Ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente”. (*Art. 133, Const. 1933*).

1. Generalidades

Creada en el siglo pasado, la Acción Popular se ha ido perfilando a lo largo del tiempo como una institución de verdadera importancia en los países de América Latina, que son los que la han creado y legislado. En nuestro país, aparece en la Constitución vigente como último numeral del Título “Formación y Promulgación de las leyes”, sin que esté en referencia a la impugnación de éstas, ya que sólo cabe contra los actos o reglas del Poder Ejecutivo. La ubicación que le corresponde es dentro del Título “Poder Judicial”, como una facultad que ante éste se concede para que declare la inconstitucionalidad o ilegalidad de determinadas disposiciones, tal como sucede en otras constituciones de América Latina; Colombia: Arts. 214-216; Cuba: Art. 194; Panamá: Art. 167 . . . etc. Está tan mal ubicado, que José María Lezcano y Mazón en su obra “Constituciones Políticas de América Latina” (Tomo I, p. 99) creía que en el Perú al Poder Judicial no se le había concedido la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los reglamentos o disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo, ya que ella no figuraba en título XIII de la Carta.

No sólo adolece de este defecto, sino que, además, a diferencia de otras legislaciones más claras, nuestro artículo 133 origina, por su redacción escueta, múltiples problemas que no han sido esclarecidos debidamente y algunos de los cuales trataremos.

2. La Acción Popular como facultad ejercitada ante el Poder Judicial.

En algunos países la custodia de la Constitución se encarga a Tribunales Especiales, diferentes a los comunes y que no dependen del Poder Judicial; en el Perú no se ha encargado la protección de la Carta Magna a Tribunales de esta naturaleza, sino al Poder Judicial, ya que nuestra doctrina es, desde antaño, casi uniforme en aceptar que éste, y no aquéllos, es el más capacitado para velar por la Constitución. Pero existe una corriente doctrinaria que propugna la creación de un organismo especial con capacidad para declarar la nulidad de las leyes y cualquier otra disposición legal que infrinja la Ley Fundamental, a semejanza del sistema implantado en Austria en base a un proyecto del jurista Hans Kelsen, imitado por la República Española hacia el año de 1931, en Cuba en la Carta de 1940 . . . etc., corriente que en el Perú cuenta últimamente con más adeptos y propugnada por Bustamante y Rivero (1) y Ferrero Rebagliati (2), aduciendo este último que se bien los Jueces reúnen la ventaja de su preparación jurídica, es conveniente mantener su alejamiento de la política. Aún cuando es respetable esta opinión, considero que no es conveniente cambiar el organismo competente para conocer de estas acciones, ya que, si bien el Poder Judicial carece de independencia absoluta respecto de quienes ocupan momentáneamente el Poder, un organismo jurisdiccional “autónomo” llegaría a la postre a ser más dominado e incapaz de decidir cuestiones de tanta importancia de acuerdo al Derecho; y, la Corte Suprema, en caso de no tener el mismo criterio, estaría en la obligación de acatar lo ordenado por ese Tribunal Especial, con menoscabo de sus facultades de Poder del Estado.

(1) “El Proyecto de Reforma del Poder Judicial”, en una separata de Visión del Perú en el Siglo XX; Lima; 1963; p. 121.

(2) “El Control de la Constitucionalidad de las Leyes”, en Revista Jurídica del Perú; julio-setiembre de 1960; Lima; pp. 90-91.

Dentro del nombre genérico con que la Carta dice "Poder Judicial" debe entenderse que la competencia para resolver este tipo de cuestiones (vale decir la invalidez de disposiciones gubernativas de carácter general) está dada al Fuero Común, y dentro de éste, a los Jueces civiles en sus diversas instancias, de modo que, actualmente, carecen de competencia los Fueros Especiales para resolver sobre la validez de dichas normas de diversa jerarquía y no en los asuntos que las mismas pretenden regular. Por lo tanto, el Tribunal Agrario, por ejemplo, es incompetente para invalidar por inconstitucional o ilegal un Decreto-Supremo que verse sobre el abandono de tierras agrícolas, sin que ello implique, en modo alguno, recortar la facultad que tiene para no aplicarlo a un caso concreto, si lo considera contrario a las normas de superior jerarquía, al amparo, ya no del artículo 133 de la Constitución, sino de los artículos 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial y XXII del Tít. Prelim. del Código Civil. Debe tenerse en cuenta, además, que el problema se plantea como un conflicto de normas y no como un problema propiamente agrario.

3. Normas que pueden invalidarse.

Las disposiciones legales secundarias que puede emitir el Ejecutivo a través de sus funcionarios son: el Decreto Supremo, la Resolución Suprema, la Ministerial y la Directoral, sin contar las Sub-Directoriales, Circulares y otras, más que nada de organización interna. La Constitución otorga expresamente Acción Popular contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general, entendiéndose como tales al Decreto y a la Resolución Supremos. Pero respecto a la Resolución Ministerial ¿cuál es el criterio a seguir?. El Constituyente tenía la idea, conforme a la doctrina, que éstas debían ser siempre de carácter particular y que, por ende, no debería haber la Acción Popular contra ellas, pero como en la práctica este sano criterio es inoperante y se reglamentan cuestiones de carácter general por simples Resoluciones Ministeriales, éstas no pueden quedar eximidas de la impugnación por parte de cualquiera del pueblo, ya que, lo contrario, significaría, a no dudarlo, dar carta libre a un Ministro para que dicte reglamentos ilegales, con lo que se desvirtuaría la intención de la institución que nos ocupa, cual es controlar la labor reglamentaria del Poder Ejecutivo. Además, como el texto de la Constitución expresa simplemente **resoluciones gubernativas**, pueden bien

comprenderse dentro de tal concepto las resoluciones expedidas por un Ministro. Problema semejante se presenta con las resoluciones directorales.

Otra posibilidad que se tiene contra dichas normas es darlas a conocer al Congreso para que resuelva lo que viere conveniente (Art. 26 de la Constitución), sin perjuicio del derecho de petición ante el Ejecutivo para que derogue o modifique las normas inconstitucionales o ilegales.

En consecuencia, para la procedencia de esta acción basta que la norma que expida el Ejecutivo tenga carácter general.

4. Vigencia de las normas materia del conflicto.

Al momento de incoarse la acción, tanto las normas emanadas del Poder Ejecutivo, como las disposiciones superiores vulneradas deben encontrarse en vigencia. Teniendo en cuenta que la acción materia de este artículo tiene como metas la protección de la Carta Fundamental y la legalidad, no se cumpliría ningún objetivo al buscar la intangibilidad o amparo de una disposición Constitucional o legal ya derogada, o la nulidad de una norma legal secundaria que ha dejado de tener fuerza coercitiva y que, por lo mismo, no viola el ordenamiento legal ni ningún derecho de la ciudadanía. Más aún, la sentencia invalidatoria sería meramente reiterativa.

La declaración de nulidad debe tener siempre en el fondo un objetivo, el que no se cumpliría si las normas en conflicto han perdido todo vigor; si se aceptase un criterio opuesto, la cuestión en debate sería meramente teórica, sin alcances prácticos y, por lo mismo, el interés público que sobre toda Acción Popular existe desaparecería y, en su lugar, se colocaría un mero capricho, un interés individual.

Las demandas que busquen semejantes pronunciamientos, por rebasar el ámbito de las acciones meramente declarativas, deben ser rechazadas de plano, puesto que la continuación del procedimiento resultaría, a la postre, banal; un debate inoficioso, que lo único que lograría sería perjudicar al actor con gastos y tiempo que todo juicio demanda, así como recargar las labores de los jueces y Tribunales.

5. Sustracción de materia.

El Poder Ejecutivo puede en cualquier momento modificar o derogar las normas que él ha promulgado como suyas. Es una facultad irrestricta que se le concede.

Durante la tramitación de la Acción Popular, aún antes del fallo definitivo de la Corte Suprema, puede ocurrir tal derogación o modificación. Este hecho da lugar a que el Poder Judicial pueda pronunciarse sobre la validez del decreto impugnado, aún cuando la demanda haya sido oportunamente interpuesta, puesto que la anulación *ex-nunc* de los Tribunales sería meramente reiterativa. En estos casos los jueces deben abstenerse de pronunciar un fallo de fondo, por **sustracción de materia**, como lo ha establecido en múltiples ejecutorias la Corte Suprema Colombiana (3).

Igual criterio debe aceptarse en el supuesto caso de que el decreto o resolución acusados hayan adquirido fuerza de ley con posterioridad a la demanda o cuando las normas vulneradas se hayan modificado o derogado.

Pero en los casos en que además de la nulidad se haya solicitado la inaplicabilidad de la norma acusada, por existir interés de parte agraviada, debe admitirse este extremo de la demanda y declarar si fuere el caso que la norma es inaplicable al actor, ya que lo contrario sería un denegatoria de justicia y desamparo al actor en sus derechos.

Si, en cambio, el Decreto o Resolución ha dejado de tener vigencia por haber sido anulado por el Supremo Tribunal, los Jueces pueden y deben no admitir esas demandas. A la contra-parte se le facultad, además, la posibilidad de deducir la excepción de cosa juzgada; pero téngase en cuenta que dentro de nuestro medio ella no está prevista. Pensamos nosotros, que tanto en éste como en todos los casos en que exista un vacío de la ley, deben aplicarse los principios del derecho, siempre que la analogía o la aplicación extensiva resulten insuficientes.

6. Contra las Leyes o Decretos—Leyes.

Si bien es verdad que la Acción Popular como instituto autónomo podría formularse también contra las leyes y así, en efecto, sucede en otros países, en el nuestro está limitativamente restringida contra las normas emanadas del Poder Ejecutivo, dejándose la impugnación de las leyes librada a la resulta de otros medios. De la norma contenida en la Ley Fundamental se colige que el instituto de su materia está dado, precisamente, en favor de las leyes y no el caso contrario; esto es, para cuestionar su constitucionalidad.

El criterio de no dar al Poder Judicial la facultad de declarar la nulidad de las leyes inconstitucio-

nales es muy antiguo y ya en el Ante-proyecto presentado en 1931 por Manuel Vicente Villarán se decía que el Poder que declarase la nulidad de una ley, adquiriría, por este hecho, superioridad jerárquica sobre el Congreso; rechazando la forma anárquica de control señalada en el artículo 100. de la Constitución de 1856 e instituyendo, en su artículo 142, el llamado recurso de inconstitucionalidad ante el Poder Judicial. Juristas de renombre se han opuesto en nuestro medio a otorgar al Poder Judicial la posibilidad de declarar la nulidad de las leyes opuestas a la Constitución. Así tenemos a Ulises Quiroga (4); Raúl Noriega (5); Carlos Sayán Alvarez, tanto en sus intervenciones como miembro de la Constituyente, como en sus discursos en calidad de Presidente de la Corte Suprema (6); Bustamante Cisneros (7); los miembros de la Comisión Prado que prepararon el Proyecto de la Carta de 1919; Anselmo V. Barreto, en la consulta que le formulara la Comisión Reformadora del Código Civil el 30 de junio de 1923; el informe de la Corte Suprema enviado a la Asamblea Constituyente el 14 de abril de 1932; y, el del Colegio de Abogados remitido a la misma Asamblea... etc.

A pesar de esta abrumadora mayoría que se opone a que el Poder Judicial pueda anular una ley y que propugna y sostiene la facultad del mismo para dejar de aplicar esas normas a un caso concreto, hay otros juristas que opinan de una manera diferentes y son propulsores que la Acción Popular se amplie también contra las leyes a fin de obtener su nulidad. Pensamos que, además de las opiniones vertidas por los primeros, hay que tener en cuenta la falta de madurez cívica de nuestro pueblo y el hecho irrefutable de que nuestra vida jurídica está regida más por Decretos-Leyes que por Leyes. Si se ampliara el ámbito de la Acción Popular contra las leyes, lógico sería que cabría también contra los De-

(3) "*Gaceta Judicial*"; Tomo. CXVIII; No. 2283; 4o. Trimestre de 1966, p. 29.

(4) Memoria publicada en los *Anales Judiciales* de 1934; T. XXX; p. 400 y sig.

(5) Discurso publicado en los *Anales Judiciales* de 1950; T. XLVI; pp. 251-252.

(6) *Diario de los Debates*; T. VI; sesión del 6 de agosto de 1932; pp. 2726-2727; Además véase los *Anales Judiciales* de 1957; p. 300.

(7) Memoria publicada en los *Anales Judiciales* de 1960; T. LV; p.p. 387-388.

cretos-Leyes, que son las normas primarias que emiten los Gobiernos de facto para ordenar o reordenar un status determinado de cosas. Anularlos sería desconocer esta realidad y la posibilidad de entrar en un caos, que es precisamente lo que se trata de evitar.

Tampoco debe admitirse por los juzgados acción anulatoria contra los Decretos Supremos y Resoluciones que hayan adquirido con anterioridad al admisorio de la instancia fuerza de ley. Al respecto, tenemos la Ejecutoria de 25 de octubre de 1971 (Exp. No. 11-71), en la que se dice:

“CONSIDERANDO: Que al interponerse la demanda de fojas tres se encontraba en vigencia el Decreto-Ley número catorce mil cuatrocientos sesentidos, que dio fuerza de ley en todos sus efectos y a partir del primero de enero de mil novecientos sesentitrés, al Decreto Supremo número 12 S.G.M.G. -I, de dieciséis de octubre de mil novecientos sesentidos, por lo que carece de objeto todo y cualquier pronunciamiento sobre la eficacia legal o nulidad de dicho Decreto Supremo . . . DESAPROBARON . . . la sentencia en cuanto confirmando la apelada, declara nulo el Decreto Supremo número doce S.G.M.G.-I de dieciséis de octubre de mil novecientos sesentidos: reformando la primera y revocando la segunda en este extremo: **declararon inadmisibile** esa parte de la demanda de fojas tres”.

Este criterio debe servir también de guía para rechazar de plano toda Acción Popular contra normas legales emanadas del Poder Ejecutivo, haciendo uso de la legislación delegada, como es el caso de los Decretos-Supremos números 287-68 H.C. y 425-68 H.C., entre otros, puesto que dichas disposiciones legales no se han expedido al amparo del art. 154, inciso 8, de la Constitución, sino en la permisión del Congreso al Ejecutivo para emitir normas legales primarias, capaces de derogar, modificar o ampliar las leyes existentes sobre determinada materia, de modo, pues, que sólo en su **forma aparente** dichos cuerpos legales son Decretos Supremos. Siendo esto así y procediendo conforme a nuestra actual Carta Política, la Acción Popular de que tratamos contra cualquier exceso del Ejecutivo, en tanto que ejercite la facultad reglamentaria, se descarta la posibilidad de que pueda, en base a la Acción Popular, anularse dichas disposiciones. Consideramos que si hubo exceso en la facultad de legislar en forma delegada, es

el Congreso el que debe resolverlo, ya que al darse estas leyes extraordinarias, se precisa que el Poder Ejecutivo debe dar cuenta al Congreso Nacional de lo efectuado (Ley No. 17044) y es aquí donde se puede derogar total o parcialmente cualquier disposición que rebase los límites sobre los que debió actuar.

Es menester hacer una atingencia: si bien la Acción Popular no cabe contra las leyes en sentido formal, ella funciona contra las leyes en sentido material (esto es, contra las diversas normas jurídicas creadoras de derechos, obligaciones y sanciones; que otorgue facultades, las restrinja, amplíe o modifique) puesto que un Decreto Supremo, Reglamento o Resolución que amplíe, modifique o derogue una ley, lo que en realidad hace es legislar.

7. Contra otro tipo de normas.

En lo que se refiere a la impugnación de normas de carácter general emanadas de un Gobierno Local o de las expedidas por un organismo público con carácter general (como puede ser el Seguro Social del Peru), tampoco hay referencia expresa por parte de la legislación, para que se les pueda atacar en vía de acción pidiendo su nulidad. Por esto es que no cabe la Acción Popular contra las mismas. Y es que hasta el año de 1933, en que se dio la actual Constitución, la facultad reglamentaria sólo correspondía al Poder Ejecutivo, y no sucedía como ahora que diversos organismos dictan normas legales en calidad de reglamentos; de tal suerte que en aquél entonces no se pudo prever un alcance más amplio para la Acción Popular. Sólo hubo discusiones en el Congreso Constituyente sobre la impugnación de las resoluciones emandas de los Concejos Departamentales —que, dicho sea de paso, nunca han existido— que tuvieran eficacia amplia (8), pero la propuesta inicial del representante Hidalgo, no prosperó.

Considero que debe ampliarse la facultad concedida por el artículo 133 de la Ley Fundamental para que funcione ella contra todos los actos reglados de dichas entidades como sucede en otras Repúblicas que han legislado sobre la Acción Popular.

La doctrina se ha puesto en el caso de si es posible la impugnación de las leyes aprobatorias de

(8) Diario de los Debates; T. VII; sesión del 18 de octubre de 1932; p.p. 4352-4353.

Tratados y de las modificatorias de artículos de la Constitución. Con relación al primer punto, la respuesta ha sido dada por Ejecutorias de la Corte Suprema Colombiana en el sentido de que no cabe intentar Acción Popular contra aquéllas, puesto que, en el fondo, está en juego la voluntad de obligarse de 2 países. Dentro de nuestro ordenamiento legal, aprobándose los Tratados por Resolución Legislativa, que tienen la misma categoría que las leyes, no pueden ellos ser objeto de impugnación anulatoria.

Con relación al segundo punto, aún admitiendo la impugnación contra las leyes, no cabe la Acción Popular contra las que modifican artículos de la Carta Fundamental, desde que aquéllas una vez promulgadas y publicadas, forman parte de la Constitución, resultando, por tanto, inimpugnables y más bien deben ser amparadas.

8. Acción popular y legalidad.

La Acción Popular protege el principio de la legalidad plasmado en los artículos 154, inc. 8o., de la Constitución y 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre otros. Sobre el particular, no cabe mayor análisis.

Siendo necesario preguntarse si un instituto es o no conveniente, es menester saber si en el caso de la Acción Popular, debe primar la protección abstracta a una ley cualquiera, por el mero hecho de verse vulnerada por un Decreto Supremo, Reglamento o Resolución gubernativa, o si debe darse preferencia a éstos sobre, por ser más favorables al pueblo o a los intereses de la Nación. El problema no es utópico y como cuestionamiento teleológico de la acción que analizamos debe verse en todos los casos.

Han existido y existen leyes tendenciosas, obsoletas, deficientes o desadecuadas a una realidad social, política o económica que se vive. Y puede suceder que el Poder Ejecutivo, tratando de remediar esta situación y en vista de que el Congreso demora la dación de la ley pertinente, expida como Decreto Supremo una norma más adecuada o justa. Ante una situación como la propuesta, parece lógico que una situación como la propuesta, parece lógico que el mero quebrantamiento del ordenamiento jurídico por parte de una disposición gubernativa es suficiente causal para invalidarlo y que no puede permitirse esa oposición, así como tampoco es permisible que una sentencia judicial contrarie una ley. Puede argumentarse, igualmente, que si no atendemos ya a

cuestiones puramente jurídicas —vale decir la contradicción existente entre 2 disposiciones legales de diferente jerarquía— sino en lo referente a la bondad de la norma —como puede ser la necesidad de una disposición legal más adecuada a una realidad cambiante— daríamos lugar a que el Poder Ejecutivo, amparándose en cuestiones de valores, amplíe, modifique o derogue las leyes existentes, sustituyéndose al Congreso y compeliendo a la ciudadanía a cumplir sus prescripciones, con la facultad de **imperium** de que está investido, acaparando de este modo el Poder. Por lo tanto, no puede permitirse a este Poder del Estado que legisle. Aún más, si aceptamos este tipo de violaciones a principios formales del derecho y que nos parecería saludable a primera vista, por ser más adecuadas o justas las normas emanadas al margen de la ley, daríamos pie a que el Ejecutivo, alguna vez, viole normas superiores, no en beneficio de la comunidad, sino en perjuicio de la misma. A mayor abundamiento, controlar la labor del Ejecutivo en base a la bondad de sus normas, además de ser difícil por la subjetividad que ello encierra, significaría lesionar, además, el principio de separación de poderes, toda vez que, por un lado, para modificar, ampliar o derogar las leyes existentes es necesaria otra ley, según el artículo 131 de la Carta y una ley sólo se deroga por una norma de igual categoría, a tenor de lo prescrito por el artículo 1o. del Tit. Prelim. del Código Civil, de lo que se deduce que no puede hacerse por un mero Decreto Supremo; y, por otro lado, como veremos, el Poder Judicial no puede controlar a los otros Poderes del Estado en base al contenido y bondad de las normas que ellos expidan.

El Constituyente no podría poner, en modo alguno, a la Carta Magna —voluntad soberana del pueblo— al mismo nivel de un reglamento, decreto o resolución gubernativa —voluntad del Presidente y uno o más Ministros— dándoles la posibilidad de que la restrinjan o la hagan inoperante. Tampoco les quiso otorgar la posibilidad de que estorbasen la labor del Legislativo y oponerse a sus prescripciones superiores en vía de reglamentación, atendiendo a que existe mayor seguridad para el pueblo de que se ha debatido en ambas Cámaras las leyes, lo que no sucede cuando un Consejo de Ministros delibera la dación de una norma legal secundaria.

Teniendo en cuenta el art. II del Tit. Prelim. del Código Civil que establece "La ley no ampara el abuso del derecho", ¿resultaría permisible que un ciudadano, haciendo uso de la facultad que le con-

fiere el artículo 133 de la Constitución, impugne de nulidad un reglamento, decreto o resolución que expida el Ejecutivo en beneficio de la comunidad? ¿Es saludable proteger el mito de la ley? Al respecto consideramos: a) que el Ejecutivo no puede sustituirse al Congreso; b) pero que si modificara, ampliara o derogara una ley por un mero acto gubernativo y el Congreso considerase valioso dicho Decreto, debería darle fuerza de ley, como múltiples veces ha sucedido. Así, por ejemplo, tenemos el caso del D.S. No. 12 S.G.M.G.-1, de 16 de octubre de 1962, que adquirió fuerza de ley en base al Decreto-Ley No. 14462. c) El citado principio no resulta aplicable desde que prima la protección, el deber y el derecho de todo ciudadano a la Constitución del Estado, que impide tales trasgresiones. d) el Poder Ejecutivo no puede irrogarse la potestad de decidir cuáles son las leyes obsoletas, tendenciosas o desadecuadas o modificarlas en el sentido que mejor le parezca, toda vez que, de admitirse ello, sería una facultad que conllevaría la trasmisión absoluta del Poder, primero, porque el Congreso queda relegado a un segundo plano al incumplirse sus normas; y, segundo, porque el otro Poder del Estado (Judicial) no está facultado para ser un censor de aquéllos, precisando la manera más conveniente en que se debió legislar, puesto que ello implicaría una facultad de decisión y mando, que rebasa el límite de las atribuciones que le confiere la Constitución y las leyes pertinentes. e) La ley vale por el hecho de haber sido expedida por el organismo designado por el pueblo y si se ajusta a la Constitución. Siendo esto así, no puede ser vulnerada por cualquier dispositivo legal de inferior jerarquía, pero si sucediere el caso contrario, esto es, que se opusieran a la Ley Fundamental, y el reglamento, decreto o resolución gubernativo se ajustasen a la Carta Magna, obviamente debe darse protección a estos últimos y no a las leyes, desde que las leyes a las que se tutela es a las que guardan correlación con el ordenamiento jurídico, mas no a las otras, que, dicho sea de paso, en nada pueden obligar a un Poder del Estado.

En el año de 1948 se dictó el D.S. No. 774, mediante el cual se ampliaba la ley 10906, reprimiendo la reventa de entradas a espectáculos públicos como delito de especulación. Ejercitada la Acción Popular contra el mismo al amparo de los artículos 57 de la Constitución y 2o. y 3o. del Código Penal, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, expidió la siguiente resolución, el 8 de enero

de 1974:

“VISTOS; con lo expuesto por el señor Fiscal, por sus fundamentos pertinentes; y; CONSIDERANDO: que el Poder Ejecutivo al extender, mediante el Decreto-Supremo número setecientos setenticuatro de ocho de octubre de mil novecientos cuarentinueve el ámbito de la especulación a la reventa de entradas a espectáculos públicos, ha obrado en armonía con la función tutelar que le corresponde, cautelando el interés social que resulta afectado por el lucro de quienes tratan de procurarse un provecho ilícito; que no se dan así los supuestos requeridos por el artículo ciento treintitrés de la Constitución: CONFIRMARON la sentencia apelada... que declara improcedente la demanda...”

Sentencia contra la que no se hizo valer el recurso de nulidad, denegándose la elevación en consulta a la Corte Suprema. Quiere decir, pues, que a pesar de las argumentaciones anteriormente expuestas en este trabajo, el Poder Judicial permite que el Poder Ejecutivo legisle justo sobre aquellos puntos sobre los que hay **reserva a la ley** (como es el señalar los delitos y las penas o imponer cargas tributarias); argumentando la **necesidad** de la norma legal tachada de inconstitucional o ilegal.

La Acción Popular es un instituto eminentemente constitucional, cuyo funcionamiento está en gran parte supeditado a la existencia de un gobierno constitucional, por existir allí los elementos necesarios para su subsistencia, tales como el respeto a la Ley Fundamental, la mayor autonomía del Poder Judicial respecto de quienes ocupan el gobierno y la separación de poderes, que permite el equilibrio y coordinación de los mismos. No es ello óbice para que pueda hacerse valer durante un régimen de facto como el nuestro, pero siempre hay que tener en cuenta que no va a primar el respeto a una Ley opuesta al Estatuto del Gobierno Revolucionario o a las metas que éste persigue.

El artículo 5o. del Decreto-Ley No. 17063, expresa: “El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a las de la Constitución del Estado, leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario”. Entonces, pues, puede existir, como en el caso jurisprudencial expuesto, un Decreto Supremo compatible con los fines de la Revolución, que prime sobre un artículo

constitucional o una ley que no lo sean.

9. Legítimo Interés.

Al hablar de Acción Popular, surge de inmediato el problema de saber si es o no necesario tener legítimo interés para acusar de inconstitucional a una determinada disposición legal y si es que sólo la parte agraviada está facultada para hacerlo o si puede interponerla cualquier ciudadano del pueblo. Ni el artículo constitucional que analizamos, ni su reglamentario, artículo sétimo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, solucionan el problema.

Todo aquél que comparezca ante un Juez para ejercitar o contestar una acción debe tener legítimo interés moral o económico, sin el cual no puede solicitar nada del Poder Judicial; a esto se le denomina "**Legitimatío ad processum**". Pero este principio del derecho, recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, es válido sólo para aquellas acciones de naturaleza privada, o sea para las ejercitadas por quien pretende que se le reconozca un derecho, defenderlo o negar el que algue tener otra persona; principio que carece de sentido en las acciones públicas (tales como la que concede el artículo 76 del Código de Procedimientos Penales, el artículo 239 del Decreto-Ley No. 14250 o Estatuto Electoral, o el artículo 41 del Decreto-Ley No. 20680, llamado Estatuto de Prensa), puesto que en estos casos la ley la otorga a **quiesque de populo** y, por lo mismo, no requiere que haya interés otorgado por la misma ley a cualquiera, por el solo hecho de ser miembro de la comunidad (9).

Capacita la Constitución a cualquier individuo. ¿Pero, a quiénes podemos considerar como miembros hábiles y capaces de demandar por Acción Popular? ¿Todos pueden ejercitarla sin limitación? Vayamos por pasos. El término no ha sido debidamente esclarecido, y dada la amplitud que del mismo a primera vista se desprende, parecería que cualquiera que se encontrase en el Perú, podría ejercitar la Acción Popular. Consideramos que, para esclarecer el panorama y dar mayor solidez al instituto, es necesario hacer pequeñas restricciones, enmarcándolo así dentro de un cuadro más preciso y menos étéreo, interpretación que hacemos al amparo del artículo XXIII del Título Preliminar del Código Civil.

a) **En razón de la persona** no puede pensarse que los menores de edad o quienes carezcan de capacidad para obrar, puedan plantear una demanda

de esta naturaleza, tanto porque no pueden intervenir por sí mismos en un proceso, cuanto porque la evolución mental de éstos no les va a permitir, especialmente en el caso de los interdictos por enfermedad mental, discernir claramente un caso de inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma legal secundaria y pedir su nulidad; pero ello no puede implicar que no puedan actuar por medio de curador o tutor y solicitar, además de la nulidad, que les es inaplicable la norma que impugnen.

b) **En razón del cargo o función**, es necesario limitar el ejercicio de la acción no concendiéndola al Presidente de la República que dictó el Decreto gubernativo o Resolución, o a los Ministros de Estado que lo firmaron o expidieron, ni a los que se encuentren en actual ejercicio de la Magistratura.

Tampoco deberían interponerla los Procuradores Generales de la República, puesto que la función de los mismos es la de defender al Estado y a la norma que se impugne y la etapa en la que les está permitido intervenir en un proceso por Acción Popular, no es al comenzar el mismo, —o sea entablando la demanda— sino al contestarla (10).

Los miembros del Poder Judicial con capacidad de decisión —esto es, los Jueces de cualquier categoría— tampoco pueden interponer Acción Popular, ya que la función de los mismos es la de definir el problema y no el de proponerlo, sin perjuicio de la facultad que les confiere el artículo XXV del Título Preliminar del Código Civil. Igualmente, no es dable que los Representantes del Ministerio Público pretendan incoar acciones de este tipo, ya que su intervención en estos procesos no es la ser parte, sino auxiliares ilustrativos del Juez o Tribunal respectivo.

c) **En razón de la nacionalidad** sería conveniente permitir la acción sólo a los nacionales. En lo

(9) Bielsa, Rafael... "Derecho Administrativo"; T.V; p.p. 139-143.- Calamandrei, Piero... "El Proceso Civil"; p. 155, párrafo 2o.- Fix Zamudio Héctor... "Veinticinco Años de Revolución de la Justicia Constitucional"; p. 38.- Bustamante Cisneros, Ricardo... Memoria publicada en los Anales Judiciales de 1960; p. 376.- Ferrero Rebagliati, Raúl... "Garantías Constitucionales" en Derecho; 1969; N.º. 27; p. 39.

(10) Este principio ha sido plasmado ya en la Jurisprudencia Colombiana. Véase sobre el particular la Ejecutoria de 23 de noviembre de 1962, publicada en la Gaceta Judicial; T.C.; No. 2261-2264; setiembre a diciembre de 1962, p.p. 5-13.

que respecta a los extranjeros, no parece saludable que se permita su interposición a los que se hallan de paso por el país, esto es a los turistas, desde que no se les considera como miembros permanentes de la comunidad y, por lo mismo, la anulación de la norma no los va a beneficiar ni directa ni indirectamente. Respecto del extranjero residente y del domiciliado, sean personas naturales o jurídicas, por el hecho de considerárseles miembros más o menos permanentes de la comunidad, debe permitírseles plantear la acción que faculta el artículo 133 de la Constitución, siempre que el petitorio no afecte a la ciudadanía.

Dentro de esta concepción amplia, no cabe, pues, suponer que sólo puede intentar la acción que nos ocupa quien ha sufrido un agravio real y concreto, como erróneamente sostiene Julio Ayasta Gonzales al expresar que "... cuando la Carta Política dice "Hay acción popular" queda entendida que es sólo a solicitud de parte interesada que se puede recurrir ante el Poder Judicial contra las resoluciones y leyes que lesionen intereses de particulares" (11), aún a sabiendas que en la mayor parte de los casos va a intentar la acción quien sea parte agraviada, puesto que, atendiendo a la naturaleza de la acción, no puede dejar de darse posibilidad a cualquiera del pueblo (que se percate de la incompatibilidad de dos normas de diversa jerarquía) para que impugne la inferior y se declare su nulidad; lo contrario sería negar el carácter de popular a la acción.

10. Nulidad o no aplicación.

Este es el punto fundamental del presente trabajo, pues, va a ser el que señale los alcances de este instituto y del que se van a derivar cuestiones de suma importancia, tales como el determinar desde cuándo rige la declaratorio de nulidad.

La nulidad, en doctrina, puede ser de fondo, si se atiende a los derechos violados o en lo referente a la ampliación o modificación de los mismos. Puede ser de forma si se atiende a la manera de expedición del decreto o resolución o a la carencia de algún requisito fundamental: artículo 26 de la Ley de 26 de setiembre de 1862 y artículo 166 de la actual Constitución.

Respecto del problema en cuestión, existen dos posiciones antagónicas, por una de las cuales debemos tomar partido. La primera es apoyada por este artículo y que se pronuncia porque cuando la Constitución dice que hay acción popular **contra** los re-

glamentos y resoluciones y decretos gubernativos de carácter general de la República, se refiere a que esa acción va a generar una sentencia anulatoria de la disposición tachada de inconstitucional o ilegal. La segunda, apoyada por un buen número de personas, sostiene que el efecto de dicha Acción Popular es tan sólo de declarar que no es de aplicación la norma legal a quien la impugne por infringir las prescripciones de rango superior.

No existe norma positiva que nos haga inferir, en forma indubitable, los efectos de la acción que se instituye en el artículo 133 de la Constitución. Es este el motivo por el cual (en base a razones de **comodidad** y **temor**, tanto porque mediante la primera se evitan problemas de rozamiento con otros Poderes del Estado y se soslayan fuertes argumentos en favor de la tesis contraria, como porque el Poder Judicial muestra, una vez más, que es poco adicto a proteger sus fueros y a actuar conforme a sus preces) surge la posición de la inaplicabilidad. Posición ésta que carecería de sentido en otros países, donde ni siquiera se cuestiona que la acción popular tiene como meta la sentencia que anule, por inconstitucional, la norma que se impugne, puesto que ya lo tiene establecido no sólo la ley y la doctrina, sino también la jurisprudencia constante de los Tribunales.

Fundamentos que sustentan la tesis de la nulidad:

1.- La Acción Popular, aunque parezca nueva en su postulación es remota en su origen, puesto que nació en las primeras Constituciones del siglo pasado. Así, en la Constitución de 1823 (artículo 187) se indicaba "Todo peruano puede reclamar ante el Congreso, ante el Poder Ejecutivo o ante el Senado, la observancia de la Constitución y representar fundadamente las infracciones que notare", y si bien es verdad que sólo se concedía a los nacionales y no sólo procedía contra las normas legales, fue el primer embrión que conocemos sobre este instituto en nuestro país, ya que era una facultad extensiva a cualquier peruano y su meta era la protección de la Constitución.

En la Carte de 1856 (artículo 10) se establecía que "Es nula y sin efecto, cualquier ley en cuanto

(11) Ayasta Gonzales Julio. . . "Inconstitucionalidad de las Leyes" en Revista de Jurisprudencia Peruana; Lima; mayo de 1945; No. 16; p. 150.

se oponga a la Constitución". Vale decir, que normaba un sistema anárquico de control de la constitucionalidad de las leyes, puesto que no señalaba el órgano capaz de anularlas, la fecha desde la que regía la nulidad, el procedimiento para gestionarla o si es que era una nulidad ipso-jure. Tantos problemas generaba tan escueto y deficiente dispositivo constitucional, que no se conoce como alguno en que se haya invalidado una ley al amparo de tal nora, ni que los tratadistas hayan analizado a fondo tal precepto, dando lugar a que no se reprodujera en las Cartas de 1860 ni en la de 1920.

El Proyecto Villarán, señalaba que "teóricamente es de toda evidencia la invalidéz de las leyes que infrinjan la Constitución, pero prefería la solución práctica llevada a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica de reservar al Poder Judicial la potestad de no aplicar las leyes inconstitucionales en los casos sometidos a su jurisdicción habitual.

Ante la alternativa de aceptar uno u otro sistema, el Constituyente de 1931-1933 no aceptó la norma del artículo 10o. de la Carta de 1856, ni el recurso de inconstitucionalidad (que recién fue incorporado a la legislación en el Código Civil de 1936) y prefirió adoptar más bien un sistema ecléctico: se mantenía el criterio de la nulidad, pero no era una invalidez ipso-jure, sino que requería una acción y un organismo competente para declararla, previo análisis de las normas en colisión. Igualmente, el Constituyente pensó que no debería haber contra las leyes tal Acción Popular, sino tan sólo contra Reglamentos, Decretos y Resoluciones de carácter general, dejando escindido dicho instituto, de suerte tal que contra las leyes cupiese la Acción Popular ante el Congreso (artículo 26), para que éste conociera de la inconstitucionalidad de sus propias normas (artículo 123, inc. 4o.) y no otro Poder del Estado.

2.- El Constituyente conoció casos flagrantes de inconstitucionalidad que se tuvieron en cuenta para la redacción de los numerales 154, inc. 8o., y 133.

Del Diario de los Debates, fluye que lo que se pretendía era, precisamente, mantener el criterio de la nulidad y no simplemente el de otorgar a los jueces la facultad de no aplicar las normas inconstitucionales o ilegales, puesto que tal posición ni siquiera se pensó; antes bien, en la Sesión del día 6 de mayo de 1932 se analizó el actual artículo 154, inc. 8o., (20, inc. 8o., del proyecto) que decía "Son atribuciones del Presidente de la República: . . . 8o.) reglamentar las leyes y dictar decretos y

resoluciones". Las discusiones que surgieron para la redacción de este inciso son de suma importancia, pues al admitirse la hermandad de éste y el artículo 133, nos damos clara idea de que el Constituyente tenía conciencia de que el Ejecutivo, bajo el pretexto de reglamentar las leyes, las trasgredía. Vara Caddillo (12) citó dos casos de reglamentos ilegales:

"... el año de 1888 se dictó la ley que creó el Registro de la propiedad inmueble... El Poder Ejecutivo al dictar el reglamento orgánico correspondiente, no solamente la completó en lo que tenía de deficiente, sino que en muchos puntos alteró substancialmente el espíritu de la ley dictada por el Congreso. Tenemos otro ejemplo reciente, señor Presidente, la ley que reduce la tasa de interés que deben cobrar las casas de préstamo. Esta ley se dictó en 1927... transcurrieron algunos meses hasta que un buen día al Poder Ejecutivo se le ocurrió reglamentar la ley; y lo hizo autorizando, expresamente, a las casas de préstamos para que pudieran cobrar hasta el 10 o/o de interés mensual y fijando la tasa baja sólo cuando lo empeñado fuera alhajas, piedras preciosas y objetos de arte...".

El doctor Matías Manzanilla robusteció esta afirmación agregando:

"Debemos recordar que ya alguna vez, hace treinta años se dictó un gran decreto sobre orden público y el Gobierno mantuvo aquí en el seno del Parlamento por el año de 1890, que los reglamentos eran dados conforme a la Constitución y que, en consecuencia, el Poder Legislativo carecía de facultad para anularlos. Y hubo debates y grandes cuestiones alrededor de este punto, consignándose al fin, que se declaraba que el Poder Legislativo tenía soberanía para acabar con los reglamentos que los gobiernos habían dado invocando el texto de la Constitución.

Después, ha habido otra clase de reglamentos como los de policía minera, de locación de servicios de minas, completamente atentatorios a la Constitución, a la ley de trabajo y hasta a la dignidad humana, sin embargo, durante mucho tiempo surtieron (sus efectos)... Ha habido

(12) "Diario de los Debates"; T. III; p. 2495.

otros reglamentos, por ejemplo, como el de ferrocarriles, en el que llegó a establecerse que la jornada de trabajo era de 16 horas, contra el espíritu de la Constitución y en contra de textos claros de nuestra ley. Ha habido reglamentos como los que conciernen a los accidentes de trabajo, en los que se establece de modo pseudo-científico la incapacidad absoluta, con lo que evidentemente, se ha abolido el espíritu de la ley reparadora de los infortunios del trabajador. Ha habido, por fin, casos más graves, en los que las leyes han venido aquí, al Parlamento, con artículos propuestos por el Gobierno...”.

en los que pese a que las Camaras después de largos debates no aceptaron las propuestas del Ejecutivo, en los reglamentos de las leyes respectivas, volvieron a resurgir las propuestas del Gobierno (13).

3.- Estas mismas violaciones que se narran permitieron no sólo mejorar la redacción del artículo 154, inc. 8o., sino que sirvieron de fundamento para la creación del artículo 133 de la misma Carta.

4.- Estas razones, que hasta el momento no nos dan plena seguridad de los reales alcances que se pensaba otorgar al instituto que se creaba, vienen a robustecerse plenamente con la intervención del representante por Piura, Castro Pozo. El pensamiento que iluminó al Constituyente está plasmado en la intervención que hizo aquél al debatirse el proyecto art. 154, inc. 8o., puesto que su opinión no fue en momento alguno opuesta a la de los demás Tribunales; antes bien, estuvieron concordes con su intervención. Decía este representante:

“EL señor Bustamante de la Fuente manifiesta que en el artículo a que hace referencia —que todavía no está aprobado— se establece que los decretos, resoluciones y reglamentos que no estén conformes al espíritu de la Constitución y de las leyes son nulos y que esta nulidad puede obtenerse por denuncia, a solicitud de cualquier ciudadano. Pues bien, este art. está en íntima relación con el inciso que se discute... de manera que todos aquellos decretos, resoluciones y reglamentos que estén fuera de esta disposición, podrán ser denunciados para que queden nulos”. (14).

El artículo a que se refería Castro Pozo era el numeral décimo del Proyecto (que corresponde al

actual 133) y presentado el día 12 de abril de 1932 con un texto casi idéntico al aprobado, ya que sólo se dejó a un posterior estudio la posibilidad de incluir dentro del mismo a las resoluciones de carácter general, en base a la propuesta del representante Juan José Hidalgo.

Entonces, pues, tenemos claro que en los debates de dicho Congreso se pensaba que el alcance de la Acción Popular que se creaba era el de anular la norma inferior colisoría.

5.- Pero no solamente en los debates encontramos ese criterio, sino también en los fundamentos escritos que se presentaban. Así pues, al presentar la Comisión de Constitución al seno del Congreso el artículo 10o. (hoy 133) indicaba:

“Con ocasión del ejercicio por el Poder Ejecutivo de la facultad que constitucionalmente tiene de reglamentar las leyes, se ha expedido multitud de disposiciones reglamentarias que infringen la Constitución o las leyes. La experiencia aconseja poner límites a la actividad gubernativa cuando rebalsa sus límites propios, en agravio de quienes por alguna razón son afectados por dichas resoluciones. La Constitución que es la ley matriz de la República debe ser celosamente defendida. Ningún reglamento que infrinja la Constitución o la ley tiene fuerza coercitiva y cualquiera del pueblo, puede y debe denunciarlo ante el Poder Judicial, sin que esta acción popular impide o limite la acción del Parlamento para responsabilizar políticamente a los Ministros.

Disposición de tanta importancia, que figura por primera vez en nuestra Carta Política, reclama una ley que establezca el procedimiento judicial correspondiente” (15).

6.-Aún admitiendo que ni las razones históricas ni las discusiones en el Congreso Constituyente son suficientes para corroborar la tesis que se propugna, no podemos dejar de lado las enseñanzas de los juristas. Al respecto, aún cuando hay discrepancia entre ellos sobre el particular, un gran número se inclina por la tesis de la nulidad. El ex Presidente de la Corte Suprema Ulises Quiroga, fue el primero en

(13) Op. cit.; p.p. 2491-2492

(14) Op. cit.; p. 2493.

(15) Op. cit.; Sesión del 12 de abril de 1932; p. 2621.

referirse a este instituto y señalaba que el artículo 133 de la Carta importa revisar los actos del Poder Ejecutivo y que, como consecuencia, se extiende hasta revocar total o parcialmente las resoluciones que expida en el ejercicio de sus propias atribuciones; que ese dispositivo no era la manera correcta de solucionar el problema de la inconstitucionalidad, sino que más bien debió haberse aceptado el artículo 142 del Proyecto Villarán, que establecía el recurso de inconstitucionalidad.

Otro ex Presidente del Supremo Tribunal, Domingo García Rada, se suma a esta posición desde el momento que señala que el artículo 133 de la Ley Fundamental "... concede el ejercicio de la acción popular para denunciar la existencia de esa incompatibilidad y pedir que la ley, reglamento o decreto sea derogado". Aún cuando en nuestro medio dicho instituto no funciona contra las leyes y el efecto sea el anulatorio y no el derogatorio, el planteamiento es el mismo que sostuvo Ulises Quiroga.

Félix Navarro Irvine también propuso en forma particular que la Acción Popular debía tramitarse por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, a fin de solicitar la declaratoria de nulidad (16).

Carlos Sayán Álvarez opinaba que una institución de este tipo no era recomendable contra las leyes, tanto por ser extraña, cuanto por originar la anulación de la disposición legal tachada. (17).

Bustamante y Rivero sustenta su punto de vista en el sentido de que la Acción Popular, como medio de control jurisdiccional de las leyes, necesaria en nuestro ordenamiento jurídico, origina una sentencia de alcances generales; esto es, anulatoria de la norma legal inconstitucional y que, por lo mismo, beneficia a la colectividad entera.

Dale Furnish en "La jerarquía del ordenamiento jurídico peruano", publicado en la Revista Derecho, No. 30, 1972, sostiene que la Acción Popular parece estar dada, más que para rechazar la aplicación de las normas secundarias ilegales o inconstitucionales, en casos concretos, para anular esos actos ejecutivos.

Ferrero Rebagliati, señala:

"Precisamente quienes redactamos la actual Ley Orgánica del poder Judicial... hemos pensado que la sustanciación ordinaria pero no dilatada que corresponde al proceso de puro derecho garantiza decisiones judiciales cuyo alcance ha

de ser general, como el interés que promueve la acción de parte de cualquiera "de los del pueblo"... (18).

Vale decir, pues, que un gran número de estudios del derecho, estando o no de acuerdo con la Acción Popular, no dudan que los efectos de ella sean los de invalidar de modo general la disposición acusada.

7.- Precisa, también, considerar las opiniones de las comisiones de legislación, Y así, pues, la nombrada por Resolución no. 30 y 19 de abril de 1952, encargada de preparar un ante-proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial, propuso en su artículo noveno que podía acudirse a la jurisdicción común a fin de solicitar "... la nulidad de las disposiciones gubernativas de carácter general contrarias a la Constitución o a las leyes".

Otro proyecto de la propia ley preparado por la comisión creada por el artículo 14 de la Ley número 13036, estatuyó en su art. 7o. que la Acción Popular cabía contra las personas jurídicas de derecho público, para solicitar la declaratoria (genérica) de inaplicabilidad de las disposiciones que se considerasen contrarias a la Carta Fundamental o a las leyes.

Por último, alguno de los miembros de la comisión reestructuradora de ese anteproyecto, propusieron otorgar a la Sala Plena de la Corte Suprema la facultad de conocer de la Acción Popular que se reglamentaba, con intervención del actor y del Procurador General de la República y que la resolución que se expidiese, tendría por virtud dejar sin vigor ni efecto las leyes inconstitucionales —lo que importaba modificar la Constitución— y los reglamentos, decretos y resoluciones de igual carácter.

Criterio opuesto a toda esta corriente, sostienen los miembros de la comisión revisora del ante-proyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, al parecer, el doctor Bustamante y Cisneros. Los miembros de esa comisión en su informe de fecha 6 de junio de 1963 argüían que:

(16) Navarro Irvine, Félix... "Discursos, Memorias y Proyectos para el Colegio de Abogados"; Lima; 1954, p. 212.

(17) Memoria publicada en los Anales Judiciales de 1957; p. 299.

(18) "Garantías Constitucionales" en Derecho; No. 27; p. 39.

“... no parece saludable ni realista colocar a la Corte Suprema en una eventual oposición frente al mandato popular, con los riesgos de una jurisprudencia desconcertante, o lo que es pero, de una reacción de los Poderes políticos en agravio de la majestad e independencia del Poder Judicial... Desde luego la declaración judicial debe limitarse al caso “*sub-judice*” y no opere directamente con amplitud “*erga omnes*” porque ello sería atribuir al Poder Judicial la categoría de un super-poder, en desmedro de los otros poderes cuyo mandato emana directamente del voto popular” (19).

Esta opinión no se compadece con el espíritu y letra de la Constitución y olvida las disposiciones pertinentes de la Ley de Ministros del siglo pasado.

8.- El criterio de que el Poder Judicial no puede anular una norma reglamentaria al sentenciar una Acción Popular fue recogido por la Ejecutoria Suprema recaída en el procedimiento seguido por Arias Fiscalini con el Supremo Gobierno (20), en la que explícitamente se dijo, sin aceptar la opinión del Fiscal que se pronunciaba por la nulidad de la norma colisoría:

“... que la acción popular que establece el artículo ciento treintitrés de la Carta Fundamental tiene como finalidad declarar judicialmente que determinada disposición reglamentaria infrinja la Constitución o las leyes; que la resolución que se expida al respecto no puede invalidar de modo general la norma reglamentaria impugnada, sino sólo establecer que no es de aplicación en cuanto afecta derechos en determinados casos...”.

Sin embargo, meses después, la propia Corte Suprema cambió de parecer (21), puesto que con fecha 28 de agosto de 1968, declaró nulos e inaplicables los Decretos-Supremos acusados por el ciudadano Carlos Orbegoso Barúa, aceptando el parecer del Fiscal Ponce Sobrevilla, que también dictaminó en el caso anterior. Esta última resolución nos viene a suministrar el más moderno criterio que al respecto existe en la Corte Suprema y concorde con el que se sustenta en el presente trabajo. Al respecto, debe considerarse que no se cambió de criterio sin conocer los antecedentes, sino que, antes bien, se oyó a las partes sobre el particular, resolviéndose después de una ardua discusión. El Procurador General de la

República, Daniel Amézaga Carranza, en su escrito presentado ante el Supremo Tribunal, fundamentando la alzada, expresaba:

“... la demanda sería también improcedente puesto que se trata de la impugnación de normas de carácter general que no afectan o lesionan derechos del demandante.

El demandante en ningún momento manifiesta que tales disposiciones le hayan afectado algún derecho... Luego, si no ha sufrido daño alguno, es obvio que no le asiste derecho para reclamar... el sustento de toda acción es el interés que debe tener, necesariamente, el sujeto actor... en base a tal principio y norma legal, la Corte Suprema de la República tiene establecido por la Ejecutoria de 10 de noviembre de 1967, que la resolución judicial que recaiga en una acción ejercida al amparo de lo dispuesto en el artículo 133 de la Carta Fundamental, no puede invalidar de modo general la norma reglamentaria impugnada, sino únicamente establecer que ésta no es de aplicación, pero sólo en cuanto lesiona o afecta derechos en determinados casos” (22).

Concluyendo que conforme al artículo IV del Tit. Prelim. del Código Civil, no tiene el demandante legítimo interés y, por tanto, no está capacitado para demandar la invalidez de la norma acusada.

Ejecutoria que encuentra antecedentes en las resoluciones del propio Tribunal expedidas con anterioridad, tales como:

- a) Exp. No. 133-60. Ante El Habeas Corpus presentado por la firma Sistemas Mecanizados Sociedad Anónima, contra el Decreto Supremo de 9 de enero de 1959, que aumentó en un 200 o/o el recargo en los derechos de importación correspondientes a la

(19) “Ley Orgánica del Poder Judicial” publicada por la Facultad de Derecho de la U.N.M.S.M.; 1965; p. 83.

(20) Exp. No. 207-67; La ejecutoria ha sido publicada entre otros lugares en la Revista de Jurisprudencia Peruana; No. 286; p.p. 1349-1351.

(21) Lo que merece resaltar que ambas sentencias han sido firmadas por Vivanco Mujica, Peral y Carranza.

(22) Véase el cuadernillo No. 194-68, procedente de Lima; Primera Sala Civil; Archivo de la Corte Suprema de Justicia.

partida número 1297 de la Tarifa de Importación que comprende el llamado "papel carbón", alegando su inconstitucionalidad por fomentar el monopolio y atentar contra la libertad de comercio e industria, la Corte Suprema de Justicia con fecha 28 de octubre de 1960 declaró sin lugar dicha acción, puesto que "la única forma permisible para este propósito es mediante la acción popular, cuyo ejercicio aún no está expedito por la carencia de su reglamentación". Vale decir, que la única vía permisible para solicitar la invalidez genérica de un Decreto Supremo es la Acción Popular que faculta el artículo 133 de la Ley Fundamental (23).

- b) Un caso análogo es el Habeas Corpus interpuesto por la firma Picasso Hermanos Sociedad Anónima "contra los empleados de la Caja de Depósitos y Consignaciones, División de Alcoholes, como ejecutores del reglamento de la Ley 15387 sobre Timbres de la Bebida (ya que) desnaturaliza y sobrepasa los alcances de ella con infracción del inciso 8o. del artículo 154 de la Constitución, ya comprendiendo en la Ley a piscos y aguardientes que la ley les escluye, imponiendo severas sanciones, ya limitando el contenido de los envases y restringiendo la movilización de sus productos para ser embotellados en otras plazas". En este proceso, el propio Tribunal Supremo, con fecha 14 de julio de 1966, declaró improcedente el habeas corpus incoado, porque se trataba de la declaración de inconstitucionalidad de un Reglamento de carácter general y no de un caso determinado, acción que debió hacerse valer al amparo de los artículos 133 de la Carta y su reglamentario 7o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial (24).

9.- La legislación, jurisprudencia y doctrina extranjeras (25), ya tienen establecido desde antaño que cuando se ejercita la Acción Popular, los efectos de ésta son los de anular las normas acusadas. Así pues, Venezuela desde el siglo pasado viene declarando la invalidez de disposiciones inconstitucionales a solicitud de cualquier persona del pueblo y aún de oficio. Colombia por ley de 1904, luego por Acto Legislativo No. 3 de 1910 y en el actual art. 214 de su Carta Fundamental, tiene establecida la Acción Popular a favor de cualquier persona, para

declarar la inexecutable de las normas inconstitucionales o ilegales. Cuba en su Carta de 1940 estableció la acción pública, ejercida por no menos de 25 ciudadanos, con igual propósito; disposiciones todas éstas que no han quedado en el olvido, como en nuestro país, sino que los Tribunales de Justicia las aplican constantemente. Así tenemos que en diciembre de 1971; Colombia declaró la inexecutable del Estatuto de Capitales de dicho país.

10.- Si se concede Acción Popular a cualquiera del pueblo, sin que se le haya conculcado algún derecho, obvio resulta que éste no buscará que se le declare inaplicable la disposición infractoria a su persona, puesto que nunca se le pretendió aplicar y, probablemente, no se le aplique jamás. Lo que solicitará más bien del Poder Judicial (en beneficio de la comunidad y buscando la intangibilidad de la Constitución y protección de las leyes) es la nulidad de aquellas normas secundarias, puesto que lo contrario carecería en lo absoluto de sentido.

11.- Así como mediante la Acción Popular se ataca directamente, en vía de acción, una disposición legal secundaria, el recurso a que se contrae el artículo XXII del Tít. Prelim. del Código Civil, aclarado por el numeral 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aún vigente, tiene por finalidad declarar que una determinada disposición legal es inaplicable a un caso concreto por contravenir la Constitución o las leyes. En realidad, no es sólo un recurso, sino antes que nada una facultad del juzgador para declarar, aún de oficio, la inaplicabilidad de una determinada norma legal, y, al hacerlo, puede y debe buscar la norma correcta aplicable al caso que se resuelve (26).

Comparar la Acción Popular con el recurso de inconstitucionalidad en sus efectos, resulta totalmente ilógico, ya que si con el segundo se puede pedir la inaplicabilidad de un Decreto Supremo, Reglamento o Resolución, no es dable que exista una acción para lograr lo mismo y ejercitada por cual-

(23) García Belaúnde, Domingo... "El Habeas Corpus Interpretado"; Lima; 1971; p.p. 195-196.

(24) Op. cit.; p. 211-212.

(25) Bielsa, Rafael... Op. cit.; Cap. I; p.64 - A. Capote "Lecciones de Derecho Constitucional", p. 226, entre otros autores.

(26) Al respecto véase: a) Manuel Benigno Valdivia, "Memoria publicada en los Anales Judiciales de la Corte Suprema de 1945; p. 489; b) el informe publicado en la edición de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial; p. 82.

quiera del pueblo. Mientras que las disposiciones del artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil y 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial se construyen a la preferente aplicación de la norma constitucional sobre la legal conflictiva en la resolución del caso particular en juzgamiento, la acción confiada a la iniciativa popular, al no estar dada sólo al titular del derecho conculcado, origina que el demandante, pida la nulidad de la norma legal secundaria que colida con las de rango superior, porque el criterio de tal instituto es el de liberar a los del pueblo (mediante una sola declaración del órgano competente) del cumplimiento de algún decreto gubernativo o resolución de carácter general.

Otra diferencia sustancial que existe entre ambos institutos es que mientras que el recurso de inconstitucionalidad está dado básicamente contra las leyes, el segundo sólo cabe incoarse contra decretos o actos de inferior jerarquía, mas no contra las disposiciones del Poder Legislativo. El uno procede aún de oficio, el otro a petición de cualquiera del pueblo.

Siendo esto así y estando legislado uno y otro instituto en forma procesal en los artículos 7o. y 8o. de la Ley Organica del Poder Judicial, no puede cabe duda sobre las diferencias que entre ambos existen.

12.- El propio trámite de puro derecho que se ha establecido indica que no será otra la cuestión a debatirse que la incompatibilidad de la legislación y la declaración de invalidez de la norma de rango inferior. No hay hecho alguno ni agravio concreto que ventilar y recepcionar a prueba.

13.- Si se pensase que mediante la Acción Popular sólo puede pedirse la inaplicabilidad de la norma que se acuse, llegaríamos a la conclusión de que sólo podría solicitarse aquéllo respecto de los decretos gubernativos, reglamentos y resoluciones de carácter general, pero no contra las leyes, por no permitirlo la Constitución. Profundizando aún más, el artículo XXII del Tit. Prelim. del Código Civil y el numeral 8o. de la Ley Orgánica del Poder Judicial, resultarían atentatorios de la Carta, puesto que conforme al artículo 133 de ésta, los jueces deberían aplicar todas las leyes sin cuestionarse su constitucionalidad y tan sólo estarían facultados para no aplicar las normas inferiores que emanasen del Poder Ejecutivo. Esto no es lo real, puesto que como ya reiterada jurisprudencia lo tiene establecido, aún las leyes pueden dejar de aplicarse en razón de su inconstitucionalidad, ejercitándose este petitorio ya sea

en la demanda o en cualquier estado del juicio, basándose en los precitados dispositivos del Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial (y no en lo establecido en el artículo 133 de la Carta).

14.- Son tan diferentes los trámites y efectos de las acciones de inaplicabilidad y nulidad, que la ley últimamente citada los regula en artículos separados.

Si ambos tuvieran un mismo objetivo bastaría con uno solo de ellos en que se estableciese el recurso de inconstitucionalidad, aclarándose expresamente que procedería ejercitarse en vía de acción o de excepción en juicio. Más aún, resulta un contrasentido el que, teniendo ambos un mismo fin, tengan el uno (art. 8o.) la posibilidad de elevarse en consulta las sentencias definitivas y el otro (art. 7o.) carezca de este modo de revisión.

15.- Se argumenta que las sentencia tienen efecto sólo entre las partes en litigio y, por lo mismo, no pueden declarar la nulidad *erga-omnes* de un decreto, reglamento o resolución, pero se olvida que este principio rige tan sólo para las acciones de naturaleza privada y no cuando se está frente a acciones públicas y de carácter constitucional.

Se olvida, también, que el actor no demanda a nombre y derecho propios sino en favor del pueblo y la pretensión no depende sólo de su exclusiva voluntad (como veremos), sino que lo que está en juego son tanto el interés de la comunidad que la Constitución se cumpla, como derechos y obligaciones públicos. Igualmente, no se tiene en cuenta que, siendo el Estado parte en estos procesos, mediante la sentencia se le va a obligar a que en lo sucesivo no aplique la norma inconstitucional en ninguna de sus dependencias, vale decir una anulación *ex-nunc*.

16.- Téngase además en cuenta que la nulidad extrínseca o formal está expresamente señalada en los artículos 26 y 27 de la Ley de 26 de setiembre de 1862 y en el numeral 166 de la actual Ley Fundamental, por lo que los actos del Gobierno que no cumplan con los requisitos preceptuados adolecen de nulidad.

17.- Para precisar los efectos de la Acción Popular no debe olvidarse tampoco lo prescrito en el art. 1o. de la Constitución cuando dice "**El Poder del Estado . . . se ejerce por los funcionarios con las limitaciones que la Constitución y las leyes establecen**" y el artículo 19 de la misma indica que "**Son nulos los actos de los que usurpan funciones públicas y los empleos sin los requisitos que prescriben la Constitución y las leyes**", con lo que están vicia-

dos de nulidad los reglamentos, decretos y resoluciones de carácter general de la República que amplíen, modifiquen, deroguen o desconozcan las leyes existentes, incurriendo en exceso de poder y falta de competencia. Si esto es así, no hay razón alguna para que cualquier miembro de la comunidad no pueda acudir al Poder Judicial solicitando la declaratoria respectiva.

18.- No se interfiere con la Acción Popular las facultades del Poder Ejecutivo, ya que mediante la sentencia correspondiente no se deroga ni modifica el sentido del decreto para ajustarlo a las normas superiores, sino que, simplemente, se anula los efectos del mismo hacia el futuro.

19.- No se restringe tampoco la facultad del ciudadano —si fuera parte agraviada— para solicitar acumulativamente en su acción el petitorio de inaplicabilidad y que se le reconozca y restituya el derecho conculcado.

20.- Quienes sostienen la tesis de la no aplicación a un caso concreto, se basan en que las normas impugnables son sólo aquéllas que lesionan derechos de particulares y que éstos son los que, dado el caso, pueden solicitar en vía de acción que no se les aplique dichas prescripciones legales; pero resulta que existen decretos y resoluciones que, sin vulnerar derechos de particulares, afectan los intereses del Estado y de la Comunidad en general, como fue el decreto dictado el 6 de agosto de 1948 convocando a una Asamblea Nacional con el carácter de Constituyente o como pueden ser los que, a pesar de prohibición legal expresa, creen u organicen una institución u organismo público, etc. Decretos éstos que no podrían ser impugnados por Acción Popular, ya que interés particular y directo sólo lo tendrá el Estado. Considero que como la Carta no distingue qué clase de reglamentos, decretos o resoluciones son factibles de invalidarse, nosotros no debemos distinguir allí donde ella no lo hace y como, además, esta acción está dada básicamente para proteger la constitucionalidad y la legalidad y evitar el exceso de poder, resulta clara la finalidad de la acción que nos ocupa.

11.- Desde cuándo rige la nulidad

He aquí la segunda cuestión importante. Nada al respecto ha dicho la ley, por lo que, lógicamente, debemos admitir que el artículo 133 ha sido deficientemente legislado y reglamentado.

No es óbice esta carencia de norma para que el Juez decida desde cuándo son nulos los decretos

tachados de inconstitucionales o ilegales. Este problema debe resolverse teniendo en cuenta el artículo XXIII del Tit. Prelim. del Código Civil, aplicando los principios generales del derecho.

En la jurisprudencia extranjera se ha solucionado el problema en el sentido de que la nulidad no puede tener fuerza retroactiva, o **ex-tunc**; la sentencia no puede anular desde sus orígenes el decreto o resolución, sino que la declaratoria rige hacia el futuro. La Corte Suprema Colombiana (Acuerdo No. 3 de 17 de junio de 1915) manifiesta que las sentencias **“Si tuvieran efectos retroactivos y alcanzarán a anular las leyes desde sus orígenes, ningún derecho habría firme y la inseguridad social y la zozobra serían permanentes y mayores cada día”** (27). Igual criterio se ha sostenido en Italia y en muchos otros países donde la declaratoria de inconstitucionalidad tiene fuerza **ex-nunc**; esto es, hacia el futuro, y si el actor (a quien se violaron derechos en base a la disposición inconstitucional) solicita la inaplicabilidad de la norma impugnada, se declara que ésta es nula en cuanto se pretendió aplicar a su persona y que, en consecuencia, no lo obliga. Nuestra jurisprudencia, o más bien, las sentencias expedidas por los Tribunales peruanos anulando decretos o reglamentos, no han tocado el problema, limitándose a declarar la invalidez.

Partimos del hecho que la declaratoria de nulidad —que técnicamente viene a ser anulabilidad— rige a futuro, pero pueden adoptarse básicamente 4 posiciones:

- a) La norma es inválida desde que se interpone la demanda;
- b) La norma es inválida desde que se sentencia;
- c) La norma es inválida desde que queda ejecutoriada la sentencia, sin perjuicio de su publicación en “El Peruano”.
- d) La norma es inválida desde su publicación en el Diario Oficial.

Parece poco sustentable establecer la fecha de interposición de la demanda como un hito para determinar desde cuándo rige la anulabilidad. Su único sustento sería que desde aquella fecha se opuso una

(27) Grant, James A.C. . . “Estudio Comparativo de los Sistemas de Control de Constitucionalidad de las Leyes”, en la Revista de la Universidad Nacional de Jurisprudencia; México D.F.; Tomo VIII; No. 32; p. 129.

persona a la disposición anulada; pero no es suficiente, ya que con igual criterio podría argumentarse cualquier fecha. Ningún país ha aceptado este parecer, dado que hay otros más valederos.

La Constitución Cubana de 5 de julio de 1940 ha adoptado el segundo, cuando dice: **"En todo caso la disposición legislativa o reglamentaria o medida gubernativa declarada inconstitucional se considerará nula y sin valor ni efecto desde el día de la publicación de la sentencia en los estrados del Tribunal"** (Art. 194, in fine) pero obliga, además, al Organismo, autoridad o funcionario que la dictó a derogarla de inmediato. Parece ser que no veían suficiente la declaratoria de nulidad y pensaron complementarla o reforzarla con la derogatoria de la norma anulada, incurriéndose así, técnicamente, en una aberración jurídica, ya que lo nulo no se puede derogar.

El criterio de que la nulidad opere desde que se dicte la sentencia aun cuando doctrinariamente puede ser sustentable, en la práctica no es aconsejable ya que la norma anulada, por su propio carácter general va a continuar aplicándose si no en la Capital, será en provincias, donde puede pasar mucho tiempo sin que se sepa de tal anulación.

Para las partes —en litigios comunes— puede ser válido este parecer, pero no en un caso como el presente en el que la sentencia va a tener una amplitud *erga-omnes*.

El tercer criterio es el más certero y me inclino a su favor. No conozco sistema legal que lo haya aplicado, pero parece ser que en el nuestro sería el más apropiado. Desde que se dicta la sentencia definitiva hasta que la resolución baja a primera instancia y el Juez ordena el cumplimiento de lo ejecutoriado y se notifique al actor y al Procurador General de la República, pasa el tiempo suficiente para que se conozca con amplitud la sentencia que dicte el máximo tribunal. El Procurador del ramo respectivo se habrá enterado mucho antes de la sentencia, dado que por Ley las resoluciones se publican resumidas al día siguiente en el Diario Oficial "El Peruano" y tendrá tiempo suficiente para comunicar a quien corresponda, formal o informalmente, de tal anulación. Además, dada la notoriedad de la sentencia, los órganos de prensa darán también a conocer esa resolución. A mayor abundamiento, en el ínterin —desde que se dicta la sentencia hasta que se notifica el "cúmplase lo ejecutoriado"— hay tiempo suficiente para que se publique en el Diario Oficial "El Peruano" la Ejecutoria y para que el Ejecutivo se abstenga de aplicar en lo sucesivo la norma invalida-

da.

En síntesis, la anulación opera desde que se notifica el "cúmplase lo ejecutoriado", sin perjuicio de la pronta publicación de la ejecutoria respectiva.

Opino que, además, se debe enviar al Diario Oficial copia de la resolución pronunciada, para que, en un breve plazo y bajo responsabilidad, se cumpla con publicarla. Igualmente, debe enviarse circulares a las Cortes Superiores y Juzgados para que no apliquen en el futuro la norma invalidada, oficiándose al mismo tiempo al Ministro del ramo, comunicándole lo resuelto por el Tribunal, tal como se hizo al resolver una consulta en el acuerdo de Sala Plena de 24 de abril de 1947.

Los Tribunales de Segunda Instancia deben hacer las gestiones pertinentes a fin de que, a la brevedad posible, se publique la Ejecutoria Suprema en los diarios de la provincia donde se hagan los avisos judiciales.

La cuarta posición no es aconsejable, a pesar de que teóricamente es perfecta, puesto que dependiendo del Diario Oficial "El Peruano" del Ejecutivo, éste puede demorar dolosamente la publicación de la materia y, por consiguiente, mantener vigente por un mayor lapso su decreto, reglamento o resolución anulada. En nuestro país es sostenida por Raúl Ferrero Rebagliati (28) cuando propone un artículo ampliatorio de la Constitución del siguiente tenor: **"... Cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener eficacia desde el día siguiente de la publicación de la decisión"**. Italia ha recogido también esta posición en el art. 136 de la Constitución de 1948. (29) Si bien la tercera opción cabría basándose en disposiciones del Código de Procedimientos Penales, la última, de aceptarse, requeriría de una disposición legal expresa, por lo que no puede admitirsele.

Con relación al Poder Judicial, en causa alguna debe aplicar las normas invalidadas, ni el Ejecutivo puede propender a su aplicación, ya que contra las órdenes o disposiciones administrativas que pretendan continuarlas aplicando, procedería, si se violan derechos individuales o sociales, la interposición del *habeas corpus* (30).

(28) Ferrero Rebagliati, Raúl... "El Control de la Constitucionalidad de las Leyes", en Revista Jurídica del Perú; 1960; p. 91.

(29) Biscaretti de Ruffia, Paolo... "Derecho Constitucional"; p. 568-572.

(30) De este parecer es Bustamante Cisneros y así lo manifiesta en su Discurso pronunciado como Presidente de la Corte Suprema que obra inserto en los Anales Judiciales de 1958; p. 318.

ASPECTOS LEGALES DE LOS TRASPLANTES DE ÓRGANOS

La reciente presentación en la Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional de Trujillo de dos tesis que se relacionan con el trasplante de órganos, justifican el presente artículo que trata del aspecto jurídico de dicho tema, que es de gran importancia sobre todo por su actualidad y por sus posibles repercusiones en la colectividad.

La primera, es obra del ex alumno de la Facultad de Derecho de la U.C., señor Juan A. Danós Ordóñez, titulada "Aspectos Jurídicos de los Trasplantes de Organos y nuevas figuras penales sancionadas por el Código Sanitario del Perú (D.L. No. 27505)" que nos ha servido mucho en la confección de estas líneas, por lo cual le agradecemos a dicho alumno y discípulo nuestro; y la segunda sustentada por el abogado, Dr. Manuel Cisneros Durandel, ha sido presentada bajo el epígrafe "Ensayos sobre algunas cuestiones jurídicas suscitadas por los Trasplantes" y de la que desgraciadamente no hemos podido obtener un ejemplar.

Es conveniente advertir que el trasplante de órganos, sobre todo, el corazón y la definición de la muerte están estrechamente vinculados y fueron ampliamente tratados a sugerencia de las Academias, Nacional de Medicina y Peruana de Cirugía, en un Simposium reunido en Lima, diciembre de 1970, bajo el título de "Muerte y Trasplante de Organos", en el que intervinieron además de los médicos integrantes de dichas instituciones académicas, distinguidos jurisconsultos como los doctores José León Barandiarán, Luis del Valle Randich y Luis Angulo Bezada; estos dos últimos sensiblemente desaparecidos. Posteriormente, en el XVIII Congreso Peruano de Cirugía y en el XIX Congreso Mundial de Cirugía, realizado en esta Capital en marzo del presente año, tuvimos oportunidad de tratar de semejantes temas. No es posible dejar de mencionar, que es fundamental en relación con el aspecto jurídico de

los trasplantes de órganos, conocer el Código Sanitario del Perú, obra del destacado jurista que fuera Asesor Jurídico del Ministerio de Salud, Dr. Luis Angulo Bezada, a cuyos meritorios esfuerzos e incansable labor se debe la confección de dicho cuerpo de doctrina, su aprobación por el supremo Gobierno y la dación de la ley respectiva. Un deber elemental de justicia, hace que exaltemos los singulares méritos de tan distinguido profesional a quien en vida no se le reconocieron los valiosos quilates jurídicos de su obra de positivo beneficio para la nacionalidad.

La práctica de la incorporación de tejidos u órganos en el organismo humano no es muy reciente, pues, hace años se utiliza la piel, la sangre y posteriormente la córnea en ciertas circunstancias. Es desde hace pocos años que se ha generalizado dicha intervención quirúrgica, siendo utilizados órganos de intensa fisiología, como el corazón y los riñones. A partir de 1967 se ha dado gran impulso a la práctica de los trasplantes en la especie humana y pese a los múltiples tropiezos, el auge continúa, abriéndose nuevas posibilidades conforme avanza la ciencia de la Inmunología, elemento crucial en la práctica de dichos trasplantes.

Elocuente demostración de que el desarrollo científico permitirá hacer más factibles los procedimientos de trasplantes de órganos se advierte en relación con la transfusión sanguínea, que, iniciada hace muchos años con desastrosas consecuencias en sus comienzos, sólo pudo constituir una práctica de terapia diaria, cuando a principios del presente siglo el desarrollo de la Inmunología, permitió descubrir con los grupos sanguíneos los procedimientos de compatibilidad de la sangre.

Es frecuente dividir el capítulo de los trasplantes en dos grandes sectores: el primero a realizarse, con órganos o tejidos entre seres vivos y el segundo con los provenientes de cadáveres para su utilización

por individuos dotados de vida. Mantendremos dicha división con ciertas salvedades, pues si bien en el trasplante cardiaco, la condición **sine-quantum** es que el corazón por trasplantar provenga de un cadáver, ya que de otro modo la extracción en el vivo constituiría un homicidio, que podría llegar a calificado; en el trasplante renal, el órgano por extraerse puede provenir indistintamente de un ser vivo o un finado, si bien esta última posibilidad, exige tantos requisitos que alguna vez son imposibles de satisfacer.

En cuanto a la primera contingencia: trasplante de órganos entre seres vivos, el Código Sanitario en su sección IV, art. 43 dice: "La donación de órganos, tejidos o partes del organismo entre vivos es posible siempre que quede acreditado por la opinión de dos médicos, por lo menos, en consulta, que la falta del órgano, tejido o parte del organismo no altere la salud o el tiempo de vida del donante y no tenga por efecto, causar una pérdida grave y definitiva en la integridad del cuerpo humano. La donación se efectuará sin ninguna condición".

Los requisitos están claramente consignados en el sentido de que no se trate de un órgano vital e indispensable para la vida humana, que medie consentimiento entre dador y receptor y que la extracción del órgano, no afecte ni la salud, ni la vida del dador.

El consentimiento, es una de las condiciones del trasplante de acuerdo con lo estipulado en el art. 13 del Reglamento, y es entre el disponente y el receptor. Se trata de una verdadera donación entre vivos que además del consentimiento y la verificación de su capacidad legal, exige la confirmación del estado de salud, realizada por los médicos designados por el propio disponente, de acuerdo con el art. 9o. del mismo Reglamento, en la que los profesionales examinadores aseguren la inocuidad de la extracción con la advertencia de que "no es posible garantizar con absoluta certeza, que en alguna contingencia ulterior, en el curso de la vida, la falta de órgano o tejido pueda llegar a significar un factor de déficit funcional".

El consentimiento, es uno de los requisitos para el trasplante entre seres vivos y debe ser en forma escrita, como documento que hace indudable voluntad de ambos: dador y receptor, y que para mayor garantía debe ser refrendado por el Director del nosocomio en que se va a realizar el trasplante.

El consentimiento es la expresión deliberada, consciente y libre de la voluntad respecto a un acto externo, deseado y espontáneo. Para el dador es la

expresión de su deseo de ceder un órgano de su cuerpo, aún con los riesgos inherentes y para el receptor es la aceptación del mismo y de su acuerdo para que se verifique el trasplante. Es en síntesis, un hecho jurídico basado en la voluntad humana o sea el consentimiento que tipifica una verdadera donación, en la que según el Código Civil, puede existir dos situaciones:

a) Cuando la donación del órgano o tejido es cedida sin remuneración, y, b) cuando es mediante la misma, como condición indispensable.

En el primer caso, es una donación pura y simple, según el art. 1146 del Código Civil, que se refiere a la transferencia de cosa o cosas, con la salvedad de que los órganos y demás partes del cuerpo humano son considerados **Rex Extra Commercium**, es decir sin representación patrimonial y fuera del comercio de los hombres. Trátase de una verdadera donación, con criterio jurídico o legal de acuerdo con nuestra Legislación.

En el segundo, o sea cuando media remuneración, en el Código Sanitario existe una verdadera antinomia, pues en tanto que el art. 43 dice que la donación de órganos o tejidos para el trasplante "debe hacerse sin ninguna condición", en el siguiente art. 44 se señala que la disposición "de tejidos restituibles puede ser remunerada". La remuneración es el pago de servicios prestados, verdadero reembolso por la donación de un órgano.

En Derecho, es unánime el concepto de que el cuerpo humano no es una mercancía, susceptible de comercialización, sobre todo porque no existe un derecho de propiedad sobre el mismo o alguna de sus partes, ya que niega al hombre la facultad de disponer de ellos, y con mayor razón, de celebrar negocios jurídicos sobre los mismos.

Hoy existe en la normativa de los trasplantes la posibilidad de una contraprestación en la cesión de órganos restituibles para su extracción e implantación en otra persona, es decir se ha abierto la posibilidad de establecer una verdadera compra-venta de un órgano o un tejido, como una incipiente acción contraria a la tradición. Aunque acuse ello una tendencia avanzada puede aceptarse como la aceptación de una retribución pecuniaria, por quien está facultado para permitir el empleo de un órgano o un tejido de gran utilidad y aún de urgente necesidad vital, en una sociedad organizada, sobre la base del interés y del lucro y en la cual no se han desarrollado, sino en forma incipiente los sentimientos de solidaridad humana. De acuerdo con la realidad dicho tipo de

transacciones, que comprende al cuerpo humano en su integridad y sus órganos en particular, han cobrado un valor económico tangible.

Pese a la campaña contraria a la retribución económica, el Código Sanitario ha sido realista y encontramos acertada la posibilidad de la remuneración.

A pesar de los muchos riesgos de la comercialización desenfadada, mayor en nuestro medio —por el bajo índice cultural— donde aún persisten muchos prejuicios e inhibiciones de orden moral, la tendencia mundial es de tolerancia, como lo demuestra la ley francesa del 21 de julio de 1952, que acepta la venta de sangre humana.

Respecto a la persona que por ceder sus tejidos u órganos hace una donación, sin remuneración alguna, cede a sus sentimientos altruistas como evidente demostración de solidaridad ante el dolor. En cuanto a sus derechos, el principal es la facultad para revocar su decisión tal como se consigna en el art. 45 del Código Sanitario. El otro consiste en que los médicos deben garantizar la falta del órgano, tejido o parte del organismo, al ser cedido no alterará la salud o tiempo de vida del donante y tampoco causará una pérdida grave y definitiva en la integridad del cuerpo humano. Así lo consignan los artículos 43 del Código y 9o. del Reglamento.

Sería conveniente la incorporación a nuestra Legislación de la obligatoriedad de adquirir una póliza de vida en beneficio del dador, como compensación de la actitud de desinteresado desprendimiento en favor del receptor.

Según el art. 4o. del Reglamento, los menores e incapaces están prohibidos de actuar como donantes, pudiendo sí ser receptores con el consentimiento previo de sus padres o tutores.

En el aspecto médico, dos condiciones son indispensables para el dador: el examen médico, ya referido anteriormente y las pruebas biológicas de determinación de grupos sanguíneos y factores RH y sobre todo, la histocompatibilidad celular, también denominada linfocitaria.

En cuanto a los receptores, es conveniente informarles y a sus familiares más próximos, de la necesidad de que otorguen su consentimiento, de los detalles y resultados de los exámenes clínicos, de las pruebas serológicas, de histocompatibilidad, etc. y de los posibles riesgos posteriores al trasplante. De acuerdo con el art. 8o. del Reglamento ello es potestativo del Director del establecimiento de salud

en que ha de realizarse el trasplante.

Cuando se trata de trasplantes de tejidos, órganos o partes del organismo provenientes de cadáveres, las disposiciones legales son las que a continuación se expresan. Los considerandos de la Reglamentación señalan lo siguiente: Después de la muerte, puede disponerse de todo o parte de un cuerpo siempre que su poseedor natural en vida no disponga lo contrario; que toda persona que padezca de una lesión irreductible tiene derecho al uso para trasplante, del órgano o tejido aprovechable del muerto; que los principios de Deontología Humana, tienen importancia fundamental en todos los momentos que conforman el proceso de un injerto o trasplante, cualquiera que sea la forma que adopte su ejecución. El art. 2 del mismo, inciso E, precisa que el trasplante de órganos vitales requiere la muerte del sujeto que los poseía en vida. El art. 5 inciso a, dice: Dicha muerte será certificada por médicos distintos de los que formen el equipo que realice el trasplante, científicamente comprobado; b) que el receptor padezca de lesión irreductible en el órgano por reemplazarse. El art. 6o., afirma que producida la muerte clínica, se podrá usar procedimientos para la conservación de la vida independiente de los órganos para ser trasplantados. El art. 7o. dice, que el receptor deberá ser informado por el director del establecimiento de salud en que se encuentre, de la procedencia del tejido u órgano por trasplantarse, así como de las medidas de seguridad adoptadas para el buen éxito de la operación. El art. 8o., obliga al mismo funcionario, así como al patólogo e inmunólogo, que forman el equipo técnico del trasplante, bajo responsabilidad de informar al receptor y a sus familiares, o a quienes los representan, si los hay, sobre la calidad concluyente o no, de las pruebas para determinar la compatibilidad tisular entre los órganos y tejidos del dador y receptor y sobre las posibles reacciones inmunológicas y riesgos.

El art. 24 exige que la certificación de la muerte clínica, debe ser suscrita por un grupo de médicos, no menos de tres en equipo, de los que uno será cardiólogo y otro neurólogo, cuyos acuerdos serán unánimes, no pudiendo ninguno de ellos formar parte del grupo que realice el trasplante. El art. 26, señala que para la utilización de un órgano aprovechable de un finado, se requiere: a) consentimiento del sujeto antes de morir; b) del familiar más próximo, a falta del requisito anterior, y c) autorización del director del establecimiento de salud, en ausen-

cia de los familiares, dentro de las 24 horas del fallecimiento.

El art. 27 exige que el consentimiento, a que se refieren los incisos a) y b) del artículo anterior debe constar por documento que pruebe, en forma indudable, la voluntad manifestada, siendo prohibido el procedimiento verbal. Finalmente, el art. 28 se refiere a que el trasplante de un órgano vital o indispensable para la vida humana, debe ser igualmente autorizado por el sujeto receptor o quien lo represente por documento.

El código Sanitario, en su sección VI, específicamente denominado la Muerte, se ocupa de ésta, en once artículos, de los que extractamos el contenido de los principales, para no dilatar aún más esta exposición. Art. 36, la Muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales, considerando que el fin de la vida, productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. Art. 37, la declaración del fallecimiento, es de absoluta responsabilidad del médico que la certifica. Art. 41, para los efectos del trasplante o injerto de un órgano vital o indispensable para la vida humana, se considera muerte el paro irreversible, de la función cerebral, confirmada por el electroencefalograma u **otro método científico** más moderno, empleado en el momento de la declaración. Art. 42. El tiempo para la utilización del órgano aprovechable de un muerto, será determinado por el médico después de la declaración del fallecimiento y no antes, dado que el paro de la actividad cardíaca o respiratoria, caracteriza la llegada de la muerte, pero no son la muerte misma.

Finalmente en el libro tercero del Código, titulado de los Delitos y de las Sanciones, sección primera, Delitos contra la salud. art. 85, se lee: Constituye delito contra la salud: inciso Ñ: "La utilización de un órgano vital, para injerto o trasplante, antes del fallecimiento del dador".

Del estudio de los aspectos legales de los trasplantes contenidos en el Código Sanitario y en el Reglamento general de injertos, trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo; se advierte que han sido contemplados en toda su amplitud, confiriéndoseles la importancia que en sí llevan. Han sido estudiados los aspectos médicos y jurídicos, revelando el claro criterio del autor, al que no se le ha rendido el justiciero homenaje por su labor, reveladora de su profundo conocimiento jurídico no exenta de implicancias médicas.

Una demostración del amplio conocimiento del

mismo, enemigo de rigorismos de cualquier índole y a tono con los adelantos de la Ciencia, es el capítulo de mayor interés para los médicos, el relacionado con la muerte. En el art. 41 se considera como tal el paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma u **otro medio científico más moderno**, lo que permite la posibilidad de aceptar las innovaciones que nuevos descubrimientos puedan determinar en relación con el diagnóstico del deceso.

Efectivamente, ante los clásicos signos de la muerte real: los positivos y negativos, anacrónicos en el momento actual, han surgido nuevos métodos y conceptos de diagnóstico precoz, que es lo que interesa para la utilización de los órganos en los trasplantes, antes que el proceso natural haga inútiles los mismos, por la iniciación de la descomposición cadavérica. Hace más de veinte años, en Italia la ley declaró que la realidad de la muerte debe hacerse según el criterio de la semiótica médico legal, usando el método electro-cardio-tanato diagnóstico. En la actualidad se acepta que la muerte surge con la interrupción —sin ninguna posibilidad de recobrase— de la actividad cerebral.—Ella se diagnostica —además de los signos clínicos sobre todo en relación con los aparatos circulatorio y respiratorio —por medio del electroencefalograma, que aunque sus trazados no siempre son convincentes, el conflicto surge en relación con el tiempo que debe durar el silencio eléctrico o sea la persistencia del electroencefalograma plano.

Desde 1966, surge un criterio más efectivo ante la rivalidad de los datos electroencefalográficos y es la detención de la circulación cerebral que atestigua la muerte cierta. Por la angiografía carotídea bilateral y vértebrobasilar se puede determinar la ausencia de sangre en el cerebro, la que observada durante quince minutos, es definitiva en el sentido del daño, cierto e irreversible, identificado con la muerte.

El problema del diagnóstico precoz de la muerte, como factor fundamental para la extracción del corazón y riñón, antes que ellos se deterioren, es de tal complejidad que todas las instituciones docentes y académicas mundiales y la O.M.S. se han ocupado detenidamente, del asunto sin resultados uniformes.

En síntesis:

Definir la muerte es un problema de índole biológico; comprobarla lo es esencialmente médico legal y de hecho, la solución de este último lleva consigo consecuencias jurídicas.

Lima, febrero de 1974.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LOS GOBIERNOS DE FACTO Y LAS VIGENCIAS CONSTITUCIONALES

1. Presentación. 2. El tema del derecho a la insurrección. 3. El Constitucionalismo y su crisis. 3.1. El Estado de Derecho y el Constitucionalismo. 3.2. Vigencias y mutaciones constitucionales. 4. El problema de los gobiernos de facto. 4.1. Revolución, Golpe de Estado y Funcionarios de Facto. 4.2. Efectos legales de los gobiernos de facto. 4.2.1. El ejercicio del poder constituyente. 4.2.2. Constitución y Estatuto de los gobiernos de facto. 4.2.3. Los Decretos Leyes. 4.2.4. La Jurisprudencia.

1. Presentación.

La vigencia de la Constitución durante gobiernos de facto, así como otros temas referidos en forma general a los efectos legales de este tipo de regímenes, han aparecido en forma polémica en el debate público en torno al Estatuto de Prensa y a la expropiación de las empresas periodísticas (Decretos Leyes No. 20680 y 20681). (1).

Si bien el tema señalado no ha merecido especial interés para los juristas peruanos, últimamente ha venido aflorando en el debate público en circunstancias distintas. Como en este caso, ello ha ocurrido generalmente en función del debate de algún dispositivo legal que, en alguna forma, implicaba derechos o garantías declarados en nuestra Constitución de 1933.

En 1968, cuando el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada accedió al poder, el artículo 5o. del Estatuto Revolucionario (Decreto Ley No. 17063) señaló que: "El Gobierno Revolucionario actuará conforme a las disposiciones del presente Estatuto y a la Constitución del Estado, Leyes y demás disposiciones en cuanto sean compatibles con los objetivos del Gobierno Revolucionario". Era la primera vez que en el Perú, un gobierno de facto re-

ducía expresamente y en un texto legal, a la Constitución a un rol supletorio. Desde entonces, la aplicación explícita o implícita de este artículo y la invocación del carácter revolucionario del gobierno, han fundado muchas acciones, señalándose para ello, la vigencia del Estatuto Revolucionario por encima de la Constitución, así como la existencia de un verdadero periodo constituyente destinado a crear un nuevo orden jurídico y constitucional.

La doctrina constitucional, se ha ocupado desde hace mucho del fenómeno de las revoluciones y los golpes de Estado, no sólo en cuanto la transgresión de normas vigentes que implica su arribo al poder, sino estudiando principalmente los problemas derivados de los efectos que producen en el ordenamiento jurídico, considerando que los gobiernos de facto generalmente son creadores de derecho por virtud de sí mismos y no por cualificación del ordenamiento vigente (2).

(1) Entre los diversos artículos periodísticos cabe resaltar los siguientes: BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis: *El Estatuto de Prensa y otros temas*, en CARETAS, No. 502, Lima, 28 de agosto de 1974, p. 10. CORNEJO CHAVEZ, Héctor: *Revolución y Derecho*, en EL COMERCIO, Lima, 8 de setiembre de 1974, PEÑALOZA RAMELLA, Walter: *El pronunciamiento del Dr. Bustamante y Rivero* (serie de seis artículos), en LA PRENSA, Lima, del 8 al 14 de setiembre de 1974, BONET, José Luis: *¿Constitución a estas horas?* en LA CRONICA, Lima, 14 de setiembre de 1974. BUSTAMANTE Y RIVERO, José Luis: *Bustamante replica a Cornejo*, en CARETAS, No. 504, Lima, 8 de octubre de 1974, p. 25.

(2) Un análisis de esta problemática y la presentación de diferentes puntos de vista acerca del tema, puede encontrarse en: CATTANEO, Mario: *El Concepto de Revolución en la Ciencia del Derecho*. Buenos Aires, Ediciones Depalma. 1968.

Tales gobiernos pueden significar únicamente una sustitución de funcionarios, pero pueden implicar también un verdadero cambio de principios ordenadores del Estado, de las bases mismas del derecho que rige a la comunidad, de modo que la legalidad futura se asiente sobre bases muy distintas a la legalidad precedente.

Sin embargo, no encontramos en el Perú una preocupación por esta problemática que conduzca a su estudio jurídico. Una revisión de la bibliografía y de las principales publicaciones especializadas, nos demuestra que a pesar de la frecuencia histórica con la que han llegado al poder gobiernos en una forma no prevista por el ordenamiento jurídico vigente, el tema de los gobiernos de facto se ha mantenido fuera del ámbito de estudio del derecho. Los trabajos sobre la materia que ofrecen mayor interés, son aquellos que se han ocupado de este problema desde otras perspectivas (3).

Para explicar lo señalado, es pertinente precisar cuál ha sido la actitud predominante en los profesionales del derecho, ante la presencia de gobiernos de facto. Asimismo, resulta fundamental analizar el verdadero carácter de ellos —simple golpe o revolución— para entender el análisis jurídico que ha merecido. En esta presentación, detengámonos en el primer asunto.

Revisando las principales publicaciones jurídicas de los últimos veinticinco años, encontramos que conjuntamente con una actitud sacralizadora de la Constitución, vinculada con las características de la ideología jurídica predominante, ha existido, contradictoriamente, una adecuación casi indiferente a los gobiernos de facto (4).

Generalmente se ha considerado a estos gobiernos como etapas de paréntesis constitucional, que pronto serían superadas por el retorno del "imperio de la constitucionalidad", sin que aparentemente preocupara la reiteración del fenómeno y su vinculación con otros problemas de vigencia constitucional.

Haciendo una revisión de los pronunciamientos de los Colegios de Abogados, con el propósito de detectar su actitud, tenemos que el Colegio de Abogados de Lima se pronunció en 1962 como en 1968 condenando los golpes de Estado. En 1948 no hubo pronunciamiento alguno, siendo de destacar que en la primera sesión de Mesa Directiva realizada después del golpe del General Odría, el tema ni siquiera fue tratado (5).

En 1962, el Colegio de abogados fijando su posición ante "la quiebra del orden constitucional en el país y la instauración de un gobierno de facto", declaró:

"2) Tal realidad hace imperativo retornar al régimen de legalidad por la única vía democrática: la consulta a la voluntad popular, fuente de soberanía, mediante el voto libre y auténtico.

"3) En presencia de la situación producida corresponde al foro propugnar el más pronto restablecimiento de las garantías constitucionales y la realización de elecciones generales, en plazo improrrogable bajo normas intachables" (6).

Consideramos que el contenido de este Comunicado, sintetiza la actitud tradicional frente al fenómeno de los gobiernos de facto, reiterada en octubre de 1968:

"El Colegio reclama a quienes han asumido la responsabilidad del poder, el pronto retorno a la constitucionalidad, por medio de un proceso electoral, libre y democrático, sin ninguna discriminación, pues ésta es la única forma jurídicamente aceptada para solucionar los trascendentes problemas de la República" (7).

(3) En ese sentido, deben destacarse los trabajos de Víctor VILLANUEVA: *La tragedia de un pueblo y un partido*. Lima, Gráficos Victory, 1956. *El Militarismo en el Perú*. Lima, Emp. Gráfica Scheuch, 1962. *Un año bajo el sable*. Lima, Emp. Gráfica Scheuch, 1963. *¿Nueva Mentalidad Militar en el Perú?* Ed. Mejía Baca, 1969, *100 Años del Ejército Peruano: Frustraciones y Cambios*, Lima, Ed. Juan Mejía Baca, 1972. *EL CAEM y la Revolución de la Fuerza Armada*: Lima, Inst. de Estudios Peruanos, 1972. *Ejército peruano: del caudillaje anárquico al militarismo reformista*. Lima, Ed. Mejía Baca, 1973.

(4) Sobre esta actitud a propósito del golpe de Estado de 1962, llama la atención el sociólogo francés Francois Bourricaud: *Poder y Sociedad en el Perú Contemporáneo*. Buenos Aires, SUR Ed., 1967; p. 310 y sig.

(5) *Sesiones de Mesa Directiva*. En: Revista del Foro, No. 7-12, año 1948; p. 216.

(6) *Declaración de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima con motivo de la instauración del Gobierno de Facto*. En: Revista del Foro, año XLIX, 1962, No. 2 y 3.

(7) *Comunicado del Colegio de Abogados de Lima con motivo del cambio de facto en el régimen de gobierno*. En: Revista del Foro, 1968, No. 2-3; p. 172.

Similar actitud hemos encontrado tradicionalmente en el Poder Judicial. No existen declaraciones generales —al estilo de las “Acordadas” de la corte Suprema Argentina— ni una verdadera doctrina jurisprudencial, como existe en otros países (8). Generalmente, se ha considerado que este problema no era materia que incumbiera al Poder Judicial.

“El día jueves 3 de octubre del año pasado, el gobierno constitucional fue reemplazado por una Junta Revolucionaria de Gobierno. Como hombres de derecho lamentamos profundamente este quebrantamiento grave del orden constitucional, que de nuevo nos coloca a la espera de elecciones libres para devolver al pueblo el derecho inalienable de elegir sus gobernantes.

Este hecho ha servido para el Supremo Tribunal reafirme una vez más su independencia con relación al quehacer político... La Constitución no confiere a la Corte Suprema la facultad de reconocer a los gobiernos de facto por lo que en respuesta al oficio del Señor Ministro de Justicia en que comunicaba la constitución de un nuevo gobierno, la Corte expresó su deseo de seguir actuando dentro del marco de sus actividades jurisdiccionales, contribuyendo así al imperio del derecho en el Perú” (9).

No obstante, es preciso que en los últimos seis años, la actitud de los profesionales de derecho frente a los gobiernos de facto (10), ha sufrido algunos cambios importantes. Sin duda ello se debe a las características particulares del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada instaurado en 1968, que ha hecho que la problemática de los gobiernos de facto se plantee a un nivel distinto, que va más allá de la simple expectativa de un “retorno a la constitucionalidad”. En ese sentido, resulta significativa la última Memoria del Presidente de la Corte Suprema, tanto por sus consideraciones acerca del actual gobierno de facto, como por el pronunciamiento que implica acerca del rol del Derecho y la vigencia de la Constitución:

“Entonces, si el derecho viene a ser la realidad en acción y el ideal es siempre obtener la justicia, ésta debe primar en todo caso sobre aquél y establecerse por las vías de la interpretación jurisprudencial a fin de lograr el sano equilibrio que debe normar la relación socio-jurídica ac-

tual, por ser fuente indiscutible del derecho, porque en el momento histórico que vivimos, según el Estatuto que nos rige ninguna ley puede ser incompatible con los altos fines de la Revolución, ni la misma Constitución, que sólo queda vigente en cuanto sus disposiciones se compatibilicen y sirvan de anexo o entroncamiento a la concreción de sus fines. El fin inobjetable es la obtención de la justicia, y la justicia social y económica, aún sobre el derecho, pues ésta como acabo de decirlo, no puede servir para amparar la injusticia ni la alteración del orden en ningún caso.

El problema actual entonces, se torna en uno de adaptación e interpretación de la norma vigente frente a la realidad nacional, y esa labor corresponde al Poder Judicial renovado, con el nuevo espíritu que está animando la América y a nuestro Perú en forma particular.

... Acabamos de constatar que por las vías de la verdadera interpretación jurisprudencial se están poniendo en plena vigencia jurídica principios estructurales y filosofía que contiene el Estatuto Revolucionario que nos rige” (11).

Se trata del reconocimiento expreso de la revolución como fuente de derecho y del actual Estatuto Revolucionario como norma fundamental.

Considero de interés resaltar en esta presentación, algo que resulta particularmente significativo, no sólo para deslindar las características del actual gobierno de facto, sino para interpretar actitudes asumidas frente a él; se trata de las oportunidades

(8) BELAUNDE, Javier de... *El Problema de los Gobiernos de Facto en Argentina y Perú*. Lima, Tesis de Bachiller en Derecho, PUC, 1971.

(9) GARCIA RADA, Domingo... Memoria leída en la ceremonia de apertura del Año Judicial de 1969. *En: Memorias y discursos en las ceremonias de apertura del año judicial de 1969*; p. 5.

(10) Este término lo venimos usando por ahora en general, para designar a los gobiernos que han llegado al poder por una imposición de hecho, al margen de la forma prevista por el ordenamiento vigente.

(11) GARCIA SALAZAR, José... *Memoria del Presidente de la Corte Suprema*. *En: EL PERUANO*, Lima, 19 de marzo de 1974.

en que se ha objetado por inconstitucional ya sea el gobierno mismo o las medidas legislativas adoptadas por él. Si bien es exacto que en 1968 se produce la misma adecuación casi indiferente a la anteriormente anotada por Bourricaud, no lo es menos que a partir de entonces hasta la fecha, se han sucedido, en diversas oportunidades, objeciones de índole constitucional al actual gobierno de facto. Conviene precisar el carácter de tales objeciones y las circunstancias que las motivan.

Resulta de interés la actitud asumida por el Colegio de Abogados de Lima a partir de enero de 1973, así como las coyunturas políticas en las cuales se ha planteado en los últimos años el tema de la vigencia de la Constitución en un gobierno de facto y el tema de la revolución en el derecho.

Una revisión cronológica desde 1968 (12) nos demuestra que dichos temas han sido pocas veces analizados desde un ángulo jurídico (13) y que cuando ésto se ha hecho, la mayoría de las veces —como ya señalamos—, el debate se ha orientado en torno a la constitucionalidad o inconstitucionalidad de algún dispositivo legal que se trataba de cuestionar.

En 1968, después de que asumió el poder el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, el tema de la violación del ordenamiento jurídico constitucional se planteó en la forma ya descrita, y es desde esa perspectiva que, inclusive el mismo Gobierno trató de fundamentar su acceso al poder como un cumplimiento de un deber constitucional.

“Tanto el gobierno como el parlamento incumplieron la Constitución. Por eso, ante la conciencia más exigente, el advenimiento del Gobierno Revolucionario fue un imperativo que nuestros mayores habían grabado como mandamiento supremo en el artículo 213 que ordena a la Fuerza Armada “asegurar el cumplimiento de la Constitución y las leyes” (14).

En enero de 1970 aparece por primera vez en debate el tema de la vigencia de la Constitución. La circunstancia que lo motivó fue la promulgación del Decreto Ley No. 18075, Estatuto de la Libertad de Prensa, el cual fue cuestionado por su inadecuación a la Constitución. En esa línea, el Decano del Colegio de Abogados de Lima presentó un Recurso de

Habeas Corpus pidiendo la derogatoria del referido Estatuto. Lo propio hicieron la Asociación Nacional y la Federación de Periodistas. El debate público y político se organizó en torno al Estatuto y a la vigencia de las garantías democráticas consagradas en la Constitución de 1933. La respuesta que dio el Gobierno entonces a los ataques contra la ley de Prensa, se dirigió a defender su constitucionalidad y su adecuación al ordenamiento legal vigente, en tanto implicaba una reglamentación del art. 63 de la Constitución (15).

El tema de la vigencia de la Carta de 1933, reapareció posteriormente en diversas oportunidades. En algunos casos para pedir la redacción de una nueva Constitución (16), usando del anuncio del Presidente Velasco en su Mensaje a la Nación de julio de 1969 (17), y en otros casos, para pedir la vuelta a la vigencia de la Constitución (18).

La promulgación de dos Decretos Leyes nuevamente motivó el debate en torno al tema que nos ocupa. El Decreto Ley No. 18896 que creó el Sistema Nacional de Apoyo a la Movilización Social (19) de junio de 1971 y el Decreto Ley No. 19020 de noviembre de 1971 que dispuso que las acciones de las empresas de radio y televisión eran susceptibles de expropiación (20).

(12) Se toma como referencia: PEASE GARCIA, Henry y VERME INSUA, Olga. . . *PERU 1968-1973, Cronología política*. Lima, DESCO, 1974.

(13) En este sentido ofrece especial interés la Memoria que como Presidente del Consejo Nacional de Justicia presentó el Dr. Héctor Cornejo Chávez; *Derecho y Revolución*, Lima, Oficina Nacional de Información, 1971.

(14) VELASCO, Juan. . . Discurso pronunciado en la División Blindada el 7 de noviembre de 1968. *En: VELASCO, la voz de la Revolución*, Lima, Ediciones Peisa, 1970; p. 9.

(15) Comunicado Oficial. *En: PEASE GARCIA, Henry y VERME INSUA, Olga. . . op. cit.* Tomo I, p. 135, hecho No. 617.

(16) *Ibidem*, Tomo I, p. 226, hecho 965.

(17) VELASCO, Juan. . . Mensaje a la Nación, 28 de Julio de 1969. *En: VELASCO, la voz de la Revolución*, p. 55.

(18) PEASE GARCIA, Henry y VERME INSUA, Olga. . . *op. cit.*; Tomo I, p. 242, hecho 1023; p. 243, hecho 1030; p. 244; hecho 1032.

(19) *Ibidem*, Tomo I, p. 299, hecho 1298.

(20) *Ibidem*, Tomo I, p. 335, hecho 1451.

Sin embargo, fue en 1973 durante el quinto año del Gobierno Revolucionario, cuando se promovió con una mayor intensidad el debate en torno al tema constitucional. Las circunstancias fueron variadas, pero resulta interesante resaltar que en la mayoría de ellas encontramos a la Mesa Directiva del Colegio de Abogados de Lima, ya sea cuestionando por inconstitucional alguna medida del Gobierno, o reclamando en general la vuelta a la constitucionalidad. En ese sentido destaca el Discurso del Decano, Dr. Vicente Ugarte del Pino en el homenaje que se ofreciera al Presidente de la Sociedad Nacional de Industrias y el discurso del Dr. Luis Felipe Villarán Freire en el acto organizado para conmemorar los 40 años de la Constitución de 1933 (21).

Ese año se publicó el Ante-Proyecto de Ley sobre Empresas de Propiedad Social para su debate público, el cual, concitó el interés y análisis de diversas organizaciones. En esa oportunidad encontramos también, respecto de tal proyecto, el cuestionamiento en razón de su incongruencia con la Constitución. No sólo se debatió el contenido mismo del proyecto y el nuevo sistema de empresas que se proponía crear, sino su concordancia o no con el derecho de propiedad consagrado en la Carta de 1933. Así, la crítica que realizó el Colegio de Abogados de Lima desde esta perspectiva, no sólo comprendía la denuncia de la presunta inconstitucionalidad de este proyecto, sino, yendo más allá, señaló que "el proyectado Decreto Ley constituye un dispositivo incompatible con los postulados constitucionales y legales y así como con los principios éticos, filosóficos y religiosos que conforman la cultura peruana de histórica vocación occidental y cristiana...", acordando, "Dejar constancia de su protesta por pretender cambiar el sistema jurídico peruano al margen de las instituciones y procedimientos señalados por la Constitución del Estado" (22). Otros pronunciamientos llegan a sostener que dado que dicho proyecto implica un sustancial cambio del sistema de propiedad que rige a la República, hace falta para la sanción de la nueva ley, una Asamblea Constituyente (23).

Como indicamos en las primeras líneas, el debate en torno al reciente Estatuto de Prensa, promulgado en julio de 1974 ha puesto nuevamente sobre el tapete el tema de la vigencia de la Constitución de 1933. En esta oportunidad la respuesta que recibe una argumentación basada en la inconstitucionalidad

del dispositivo, es distinta a las anteriores. No se trata de demostrar con igual racionalidad su constitucionalidad. Se postula simple y llanamente el carácter supletorio de la Constitución frente al Estatuto Revolucionario y se esgrime como razón fundamental, que el Perú vive una revolución, que por tanto no puede estar condicionada por la norma fundamental que respondía a los valores y a un estado de cosas anterior.

"En suma, el Estatuto traduce un esfuerzo por respetar al máximo posible las normas de la Constitución de 1933. Se puede estar o no de acuerdo con ésto. Personalmente, creo que no se puede hacer una revolución dentro de los marcos de la Constitucionalidad. Por la sencilla razón de que ésta consagra lo fundamental del orden social, económico y político que precisamente la revolución tiene que cambiar... porque, si no lo cambia, no es revolución.

Pero incluso para quienes, como el Gobierno actual, piensan que la revolución puede marchar hasta cierto punto del camino sin derogar toda la Constitución, el acatamiento de ella tiene, necesariamente, un límite: el que marcan los objetivos esenciales de la propia revolución, aquellos que justifican su propia existencia. Porque pedirle a una revolución —cualquiera que ella sea, siempre que sea verdadera— que se sujete a la vieja Constitución es, no sólo pedirle que renuncie a ser revolución, es decir, que se suicide, sino esperar de ella el milagro, que jamás podrá hacer hombre alguno, de demoler un orden robusteciéndolo, de lograr la justicia manteniendo la injusticia, de cambiar el futuro sin modificar el presente.

Y es a ésto que responde el artículo 5o. del Estatuto del Gobierno Revolucionario, según el

(21) *Ibidem*, T. II, p. 469, hecho 1947; p. 475, hecho 1967; p. 508, hecho 2157 y p. 557, hecho 2168.

(22) *Ibidem*, T. II, p. 608. Comunicado emitido por la Mesa Directiva del Colegio de Abogados de Lima. Complementa este pronunciamiento, en la misma línea argumentativa, el elaborado por el Dr. Julio Vargas Prada, y emitido por el mismo Colegio de Abogados, del que da cuenta el hecho No. 2283, p. 610 de la Cronología Política que citamos.

(23) *Ibidem*, T. II, p. 639, hecho 2339.

cual no está en vigencia la Constitución promulgada hace 41 años en cuanto se oponga a los objetivos de la revolución” (24).

Como se ve en las líneas que anteceden, de una cierta indiferencia por el problema de los gobiernos de facto, se ha pasado en los últimos años, a un planteamiento reiterado de aspectos fundamentales de este fenómeno. Ello no es casual.

Hemos visto también, cómo las coyunturas en que estos problemas se han agitado, han sido siempre coyunturas de significado político. Ha sido frecuente la contraposición entre la vigencia de la Constitución y la promulgación de tal o cual Decreto Ley. Ello nos estaría demostrando que la preocupación constitucionalista, no se ha dado por el problema en sí mismo, sino implicada en medidas de significación económica y política, que fueron en verdad los centros de la preocupación.

Como veremos en las líneas siguientes, ello se debe a las características peculiares del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada que, sin duda, constituye un gobierno de facto distinto a los anteriormente habidos en el Perú. El art. 5o. del Estatuto Revolucionario ya lo anunciaba y su reiterada invocación ante medidas concretas lo han corroborado.

Esta problemática, la de los gobiernos de facto y sus efectos en el sistema jurídico, debe ser analizada en un cuadro más amplio, el de las vigencias constitucionales en la consideración global de la crisis del constitucionalismo.

Por ello, en los párrafos siguientes, nos interesa analizar sucintamente dos aspectos fundamentales: la consideración jurídica que se ha dado a los gobiernos de facto y el problema de las vigencias y mutaciones constitucionales. Nos interesa en este aspecto constatar, no sólo durante los gobiernos de facto, sino en épocas de vigencia formal de la Constitución, la existencia de prácticas constitucionales diversas que pueden llegar a crear lo que se podría denominar una Constitución real paralela, distinta y hasta contrapuesta a la formalmente vigente que, como Ley Fundamental del Estado, se supone que otorga a todo el sistema legal, coherencia de significado.

2. El tema del derecho a la insurrección.

Hemos señalado que el tema de la revolución y el derecho es antiguo en la doctrina jurídica. Sin embargo, los enfoques han variado de acuerdo a las circunstancias históricas y a las corrientes del pensamiento jurídico. Durante mucho tiempo su estudio fue el estudio del derecho a la insurrección dentro de una perspectiva eminentemente moral, planteando la existencia de un derecho a la insurrección, o de un derecho del pueblo de resistencia contra el poder político, es decir, contra quien detentando la autoridad, incumpliera las obligaciones impuestas por el pacto social deviniendo en déspota o tirano.

Señala Sánchez Viamonte que, “el derecho de resistencia a la opresión es el derecho que tiene toda sociedad de hombres dignos y libres para defenderse contra el despotismo, e incluso destruirlo... El derecho de resistencia a la opresión se puede identificar con la defensa del derecho en abstracto, en su condición de principio ético-político... No tiene por sujeto al individuo sino a la colectividad o comunidad que, con el nombre del pueblo (demos), constituye una entidad moral...” (25).

Linares Quintana sintetizando la concepción sobre este derecho moral y político, sostiene que, “teóricamente la revolución se presenta como la antítesis del gobierno constitucional; pero no puede negarse a ningún pueblo el esencial derecho de rebelarse contra el despotismo y la tiranía, ya que en tal caso precisamente, la revolución aparece como el medio capaz de operar la constitucionalización del Estado desconstitucionalizado” (26).

Este tema no ha estado del todo ausente en el Perú, ya que lo encontramos planteado por nuestros constitucionalistas. Raúl Ferrero lo hace en relación a la ley injusta y contra el gobierno tiránico, como un derecho comúnmente aceptado para ser ejercido por la colectividad: “El derecho de resistencia es invocado por las comunidades tiranizadas, al modo como el estado de necesidad es invocado por el Po-

(24) CORNEJO CHAVEZ, Héctor... *Revolución y Derecho*, En: EL COMERCIO, Lima, 8 de setiembre de 1974.

(25) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos... *Revolución y Doctrina de Facto*. Buenos Aires, Impresora La Plata, 1946; p. 38.

(26) LINARES QUINTANA, Segundo... *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Alfa, 1956, T. VI; p. 248.

der. Son recursos empleados en casos de verdadera excepcionalidad y fuera de la estabilidad calculable que el orden jurídico supone", puntualizando que "comporta una cuestión de doctrina moral o psicológica, antes que un problema de índole jurídico", ya que "toda revolución encuentra su justificación o condena más en la Historia que en el Derecho" (27).

La formulación del derecho a la insurrección tiene un origen muy antiguo, como lo señala Cattaneo (28). Formulada ya por los griegos en la forma del tiranicidio fue sometido a desarrollo y elaboración en una teoría completa por obra de la doctrina jusnaturalista católica medieval. Posteriormente, en los siglos XVII y XVIII, fue adoptada por los jusnaturalistas liberales como un derecho del pueblo ante el incumplimiento del soberano, teniendo su consagración en la Revolución Francesa, donde fue enunciado como derecho del hombre en las Declaraciones de 1789 y 1973. Este postulado lo encontramos también formulado en 1776 en la Declaración de Derechos del Estado de Virginia.

De esta manera, se torna una institución de derecho público, ante la necesidad de dar una formulación jurídica a un postulado político oponible al absolutismo. Pero el posterior desarrollo de las doctrinas políticas liberales, obligó prácticamente a la anulación de este principio, dando paso a la jurisdicción constitucional, ya que el enunciado del derecho a la insurrección se tornaba peligroso ante el desarrollo del llamado Estado de Derecho. La jurisdicción constitucional aparece como "una tutela creada en favor de los ciudadanos contra los actos realizados en violación de la Constitución... extremo del proceso de absorción y sustitución del derecho de resistencia en las estructuras del Estado de Derecho" (29).

El estudio del derecho a la insurrección, como el estudio de la revolución corresponde, según precisa Cattaneo, a las corrientes jusnaturalistas, habiéndose desplazado el interés de los juristas hacia el estudio de la revolución en su acontecer efectivo, con el paso del jusnaturalismo al positivismo jurídico en la historia de la filosofía del derecho.

En Latinoamérica la invocación y formulación de este principio se da desde la etapa previa a la Emancipación. No sólo aparece en muchos casos co-

mo sustento de insurrecciones producidas, sino que su perspectiva orienta el estudio del fenómeno de las revoluciones, hasta épocas muy recientes.

Así, en la última década, el constitucionalista argentino Bidart Campos invoca este principio en la realidad presente de los países Latinoamericanos. Refiriéndose concretamente al caso argentino en 1966, cuando se acababa de producir el acceso al poder de las Fuerzas Armadas, reflexiona contra un estado de caos político y social; contra un gobierno que frustrando las esperanzas de las mayorías había frustrado el logro del bien común. Tratando de justificar la intervención militar, Bidart nos lleva más allá, al terreno de la justificación jurídica de la insurrección, ya no sólo contra la tiranía política, sino contra la opresión económica y social.

"Pero a poco que se ahonde en el tema, tal vez los mismos principios suarecianos nos permitirán extender un igual derecho de resistencia a otros supuestos. Tirano es quien gobierna contra la ley natural, o contra el bien común, perjudicando a la comunidad. Si la tiranía como reverso de la justicia nos hace pensar en un gobernante y en un régimen opresores de la libertad y los derechos del hombre, ¿qué calificativos reservamos para el gobierno y el régimen que, sin incurrir en esa opresión frustran el bien común?" (30).

"El mensaje de las fuerzas armadas, en un análisis desapasionado, ha hecho alusión a un vacío de autoridad y un espectáculo de anarquía en el escenario de un orden social elemental inexistente. Casi no parece discutible la realidad de ese panorama. El desquiciamiento de nuestro régimen político implicaba la ruptura del equilibrio imprescindible entre la autoridad y la libertad; la libertad no había sido destruida, pero la autoridad sí. El bien común no es accesible en tales circunstancias. Eso sólo proporciona causa de justificación a la resistencia activa, cuando

(27) FERRERO REBAGLIATI, Raúl... *Teoría del Estado*. Lima, Ediciones Studium, 1966; pp. 262-263.

(28) CATTANEO, Mario... *op. cit.*; p. 9 y sigs.

(29) *Ibidem*, p. 13.

(30) BIDART CAMPOS, Germán... *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Talleres Gráficos Julio Kaufman, S.R.L., Ediar, 1966, T. II; pp. 645-646.

los recursos normales han quedado obstruidos. Y nadie puede pensar que en el clima vigente hasta el 28 de junio, fuera viable un cambio total de la situación a través de los resortes comunes. La salida electoral, por de pronto, obscurecía toda perspectiva próxima de clarificarla. La espera, lejos de proporcionar remedio, estaba llamada a agravar el mal, tornándolo tal vez en incurable. Por paradoja, pues, un movimiento de fuerza ha hallado título válido en una situación que, lejos de tipificar una tiranía, era casi lo contrario, un régimen donde la debilidad irremediable del poder mostraba la ausencia de autoridad suficiente" (31).

La sustentación en América Latina de este principio, ha llegado lejos, incluso al intento de formularlo legislativamente. Sin embargo, las dificultades son manifiestas, ya que aparece contradictorio que un ordenamiento jurídico —que exige coercitivamente su obediencia— pueda preveer su destrucción o violación. Estos problemas se hicieron evidentes en 1948, cuando Cuba propuso en la Conferencia Interamericana de Bogotá la adopción de una fórmula legislativa que reconociera el derecho de resistencia contra la opresión. Propuesta que en razón de tales dificultades, no fue acogida (32).

A través de una brevísima revisión histórica, vemos que en el Perú en el siglo XX se ha esgrimido en más de una oportunidad en forma peculiar, el ejercicio del derecho a la insurrección, con el propósito de intentar una justificación a la instauración de gobiernos de facto. Si bien no pretendemos un análisis histórico de las causas de ellos, considero oportuna esta breve referencia, la que no sólo nos sirve para establecer, en cuanto a los efectos sobre el ordenamiento, el carácter del gobierno de facto, sino que nos muestra una característica de la ideología jurídica que ha predominado: la sacralización del texto constitucional. Vemos, como en casi todos los casos quienes han insurgido y llegado al poder tratan de justificar su insurrección en el propósito de salvaguardar valores fundamentales, muchas veces se trata de probar la defensa de la vigencia de la Constitución misma, manteniendo así la actitud que anotábamos.

Si bien en 1930, cuando el Teniente Coronel Sánchez Cerro se levantó contra Leguía, es la única vez que se esgrime explícitamente el derecho de resistencia contra la tiranía (33) existen otras circuns-

tancias en las que la defensa de valores superiores o —como diría Linares Quintana— “la constitucionalización el estado desconstitucionalizado”, son presentadas como justificación de la insurrección.

En 1914, 1919, y 1962 hay valores constitucionales cuya salvaguarda se invoca. Tal es el caso de la rebelión encabezada por el Coronel Oscar R. Benavides que triunfó en 1914 derrocando al Presidente Billinghurst, quien había anulado “un gobierno del pueblo para el pueblo” e intentaba poner en marcha un avanzado programa de reformas sociales. Billinghurst se proponía disolver el Parlamento opositor y convocar al pueblo para que se pronunciara sobre un nuevo Congreso y una nueva Constitución, todo ésto al margen del ordenamiento vigente. El triunfo de la insurrección militar fue saludado por el Congreso y por la Corte Suprema.

“El Tribunal se congratula, con la efusión del más sincero patriotismo, de que en breves instantes haya desaparecido la alarma de la República que veía en peligro sus instituciones y la paz interior; y esperan de la ilustración y civismo de los Ministros que componen la Exa. Junta, que cooperarán eficazmente a que se consoliden el respecto a la Constitución y el imperio de las leyes” (34).

Los golpes de 1919 y 1962 intentan —según lo postulan— salvar el derecho al sufragio. El primero para hacer respetar el veredicto popular —después del triunfo en las urnas de Leguía— y el segundo para posibilitarlo, en las postrimerías del segundo gobierno de Prado.

En la autotitulada “revolución Restauradora” de 1948, también hubo la invocación de la defensa de valores de ese orden, ya que —según lo señaló su Manifiesto y su Estatuto— “frente a la situación de

(31) *Ibidem*, p. 696.

(32) Anuario Jurídico Interamericano, Pan American Union, Washington, 1953; pp. 380-1. En: LINARES QUINTANA, Segundo. . . *op. cit.* T. VI; pp. 314-315.

(33) Ver “Manifiesto de Arequipa”. En: GARCIA BELLAUNDE, Domingo. . . El Constitucionalismo peruano y sus problemas. Lima, materiales de enseñanza PUC, 1970; p. 4.1.6.a.

(34) BASADRE, Jorge. . . *Historia de la República del Perú*, Lima, Talleres Gráficos Villanueva, 1962, quinta edición, T. VIII; p. 3750.

desquiciamiento nacional y zozobra pública" (35), pretendía "restablecer el régimen democrático y mantener el orden y tranquilidad tan hondamente quebrantados por el régimen derrocado" (36).

En 1968, este tipo de argumentación también se presenta, pero dentro de un contexto de razones justificatorias muy diverso (Supra, cita 14).

El gobierno institucional de la Fuerza Armada, formulada desde el inicio su vocación de permanencia, a través del anuncio de su acceso al poder para iniciar un **proceso** de transformaciones estructurales. No intenta justificar su presencia, como en otros casos, en términos de una situación transitoria, de "paréntesis constitucional" para un "pronto retorno a la Constitucionalidad", sino en términos de asumir con las funciones de gobierno una responsabilidad histórica: romper con un orden social y económico denunciado como injusto y crear uno nuevo. Ello implica un programa de gobierno y una continuidad en el poder. En esa línea el Estatuto Revolucionario es erigido como ley fundamental.

3. El Constitucionalismo y su crisis.

3.1. Estado de Derecho y Constitucionalismo.

En estas líneas no pretendemos ni un análisis riguroso ni una descripción detallada, solamente intentamos presentar una visión general de conceptos tales como Estado de Derecho y Constitucionalismo. Ello lo hacemos sólo dentro de la perspectiva del trabajo, ya que queremos poner de relieve algunos aspectos que nos permitirán luego plantear el problema de las vigencias y mutaciones constitucionales, y el problema de los gobiernos de facto y sus efectos normativos.

Se ha definido al Estado de Derecho "como aquel conformado sobre la idea de libertad, o sea, que ha organizado los poderes en forma que se contrapesen recíprocamente, mirando como objetivo último del Estado la seguridad de la persona y la vigencia de un orden jurídico que permita a cada hombre realizar su destino" (37).

La formulación del Estado de Derecho se encuentra vinculada en su origen y desarrollo al Estado liberal. Aunque sus bases doctrinarias sean anteriores, su origen está en la Revolución Francesa. La

naciente burguesía liberal que esgrimió contra el Antiguo Régimen el derecho de resistencia, al triunfar históricamente trata de formular un ordenamiento jurídico, un cauce, por donde transcurra reglamentada la vida del Estado, diseñando un sistema perfeccionado de garantías.

Surge coronando esta concepción, el constitucionalismo, como un sistema destinado a institucionalizar la vida jurídica de un país mediante un conjunto coherente de normas impuestas a gobernantes y a gobernados. El propósito de garantía y de seguridad perseguido por la ideología liberal encuentra así una estructuración legal, en cuya cúspide está una norma fundamental que le da coherencia: la Constitución escrita, que juridiza el ejercicio del poder del Estado que, al mismo tiempo, se autolimita en función de la seguridad.

Muchos autores han denominado a esta concepción, el "constitucionalismo clásico", el cual "con posterioridad a la revolución francesa... cobra carta de ciudadanía, permitiendo decir a Adolfo Posada que la expansión del mismo, como movimiento jurídico y político sólo tiene similitud con la difusión del derecho romano" (38).

La influencia de estos planteamientos se presenta muy claramente en América Latina en el nacimiento de las nuevas Repúblicas en el siglo XIX. Las ideas de libertad e independencia, encuentran una formulación orgánica en los planteamientos liberales y las primeras Constituciones —verdaderas actas de nacimiento y programas de existencia— van a ser el fiel reflejo de ellas.

Así, el derecho constitucional hispanoamericano —desde sus orígenes— se impregna de liberalismo, asignando a la Constitución como contenido indispensable la tutela de la libertad y de la seguridad individuales. Asimismo, se diseña un tipo ideal de Estado Constitucional, haciendo absoluta abstracción de la realidad.

Esta concepción del constitucionalismo y del

(35) *Manifiesto*, en: VILLANUEVA, Víctor... *El Militarismo en el Perú*; p. 123.

(36) *Estatuto de la Junta Militar de 1948*. D.L. 10889.

(37) FERRERO, Raúl, *op. cit.*, p.199.

(38) BIDART CAMPOS, Germán... *op. cit.*, T.I.; p. 46.

Estado de Derecho es la que perdura por muchos años, siendo modernizada y adecuada a las circunstancias particulares en sucesivas Constituyentes. Podemos afirmar, sin temor a una generalización excesiva, que en todas las Constituciones que ha tenido el Perú los postulados y supuestos del Constitucionalismo clásico han inspirado a ellas, no sólo en la estructuración básica del aparato estatal, sino en la formulación del sistema de garantías.

Conviene puntualizar brevemente las características principales de esta concepción. Diversos autores las han señalado. Nosotros utilizando tales tipificaciones queremos resaltar las siguientes:

A) El objetivo del Estado de Derecho se centra en la obtención de una suficiente garantía y seguridad jurídica para los derechos individuales.

A.1). Así, la Constitución aparece como una ley de garantía para el individuo frente al Estado. Por ello, resulta fundamental que ésta contenga una declaración, casi un listado, de derechos individuales. "La declaración de derechos se hace parte necesaria de la constitución, porque su sola exposición importa su realización efectiva. . . Vaciado de todo contenido histórico, el molde de estas declaraciones se caracteriza por su abstracción, a-historicidad, su elaboración racionalista y a-priorística. Los derechos son rígidos, inmutables y eternos" (39). (Ver cita 22).

A.2). La Constitución responde a una de tipo escrito y rígido acorde con las exigencias de seguridad. Así todas las Constituciones, con matices de rigidez, establecen un procedimiento auto-defensivo, para sustraer de la vía ordinaria la modificación de la misma. Sin embargo, aparece como fundamental la construcción de un canal para que el derecho pueda ser transformado por el derecho mismo (40).

B) La existencia de un sistema de separación de poderes, que tiende fundamentalmente a asegurar la distinción entre las esferas de la creación de la ley (función legislativa), con la de aplicación de la misma (funciones ejecutivas y judiciales).

Dentro de este planteamiento, "se reputa el poder legislativo como el poder supremo del estado, vinculándose con el ejercicio de la soberanía" (41).

C) No hay Estado de Derecho sin imperio de la ley como expresión de la voluntad general. No se obedece la voluntad de los hombres, sino de la ley objetiva, formalmente creada por el órgano representativo de la voluntad del pueblo.

C.1). Existe una prelación de leyes. La Constitución conlleva y subordina a las demás leyes y les otorga una coherencia de significado. Por ello resulta de fundamental importancia dotar al Estado de un mecanismo de control de la constitucionalidad de las leyes.

C.2). Subordinación de la Administración. Esta deberá actuar siempre con sujeción a una ley preexistente. Se limita así al máximo los poderes discrecionales y políticos de la administración, dotándola generalmente de un sistema de control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales.

D) "La constitución sublima la vida cívica y política, erigiendo al ciudadano en una categoría fundamental de la dinámica estatal. De allí que los derechos políticos, el sufragio, los partidos políticos, absorban la atención del constitucionalismo clásico, y sean concebidos como imprescindibles para la libertad. La libertad política alcanza el nivel de la libertad civil" (42).

En apretada síntesis, son éstas las características del constitucionalismo clásico. Estos principios han estado presentes entre nosotros y, además de ser el contenido principal de los textos de derecho constitucional, han sido los temas centrales de preocupación en todas las constituyentes.

Cuando líneas atrás afirmábamos que en nuestro país había existido una actitud sacralizadora de la constitución, queríamos resaltar, precisamente, que eran los valores fundamentales del constitucionalismo clásico los que se habían elevado a la categoría

(39) *Loc. cit.*

(40) El artículo 236 de nuestra Constitución establece el procedimiento de reforma. Sobre los alcances de este procedimiento y sobre la posibilidad de modificar las bases mismas del régimen político ver: PAREJA PAZ SOLDAN, José. . . *Derecho Constitucional Peruano*. Lima, Ediciones Librería Stidium, 1966; p. 559.

(41) BIDART CAMPOS, Germán. . . *op. cit.* p. 39.

(42) *Ibidem*, p. 41.

de valores fundamentales de todo ordenamiento jurídico-constitucional. Así, una percepción valorativa abstracta e intemporal, se había impuesto sobre la consideración y análisis de nuestra realidad socio-política.

Resta anota que el Constitucionalismo prevé la defensa del mismo. En realidad, cualquier sistema legal, dota al aparato del Estado de los mecanismos suficientes para asegurar su vigencia y continuidad. De esta naturaleza son las disposiciones legales que, en muchos casos, se encuentran incorporadas a la Constitución y en otras —como en el Perú— a las leyes penales, que establecen como conducta punible la insurrección contra el ordenamiento legal vigente o los funcionarios. Muchas veces, este afán defensivo del sistema se ve plasmado en leyes particulares, promulgadas ante situaciones concretas que se conceptúan peligrosas para el orden constitucional (43).

3.2. Vigencias y mutaciones constitucionales.

El constitucionalismo trata de encerrar dentro cauces estrictos la vida del Estado. Este intento tropieza con dificultades de índole diversa que traban su vigencia real, entre ellas podemos anotar el persistente problema de la insurrección; sin embargo, no es el único.

Diversos autores se han ocupado del tema de la crisis del constitucionalismo, sobre todo en relación al constitucionalismo clásico, coincidiendo en que el problema constitucional más agudo, no está en la redacción de constituciones técnicamente perfectas y axiológicamente valiosas, sino en lograr la realización de determinadas pautas de valor en un orden realmente vigente.

Y aquí encontramos un problema particularmente agudo en países como los nuestros, donde se han traspasado instituciones y promulgado textos constitucionales totalmente al margen de su contexto social y económico, en virtud de una aceptación casi siempre a-priorística de postulados que en sí mismos aparecían valiosos. Ello ocurrió con los principios del constitucionalismo clásico que han sido los inspiradores de nuestras constituciones republicanas.

Ello hace, por otro lado, que la crisis del constitucionalismo a la cual la doctrina ha dedicado tan-

tas páginas, sea mucha más aguda en países donde las fórmulas constitucionales nunca fueron respuesta a una exigencia de la realidad. El desajuste es pues mayor donde, como alguien ha dicho, se ha dado sólo un constitucionalismo postizo.

Bidart Campos sintetiza con precisión los perfiles de esta crisis. “Decir que el constitucionalismo clásico ha entrado en crisis, quiere decir que las creencias básicas en que se sustentaba su funcionamiento están en curso de perder vigencia, o la han perdido ya. Significa que el mundo contemporáneo (...) está cambiando su repertorio de creencias, de vigencias constitucionales; que la perspectiva es otra (...) Algunos problemas de los que el constitucionalismo clásico se hacía cargo ya no son problemas, o son desplazados por otros de importancia mayor (...) el sustrato ideológico del constitucionalismo clásico ha perdido su fuerza. En segundo término, ha entrado en crisis la idea positiva de legalidad (...) y con el positivismo ha sido cuestionado el racionalismo, hoy no impera la idea común en esa razón general, abstracta, invariable, que deducía a priori los derechos y las libertades, ni se rinde culto a la ley como formulación racionalista objetiva de un deber como formulación racionalista objetiva de un deber ser inmutable; ni se acepta la identificación del derecho con la ley, de los jurídicos con lo legal, o lo que es peor, la justicia con la ley (...) Todo giraba en torno a la legalidad, de la regulación normativa; la ley objetiva, impersonal, inviolable, agotaba la normatividad; y esa provisión normativa se suponía definitiva, suficiente y estable para demarcar la vida constitucional, convirtiéndose en algo así como una organización rígida: la constitución quedaba formalmente “dada”, formalmente construida. Pues bien, todo este normativismo legal ha sufrido un impacto tremendo con las doctrinas vitales: la vuelta al mundo, la realidad, a la vida, a lo social, nos han hecho mirar un poco a las conductas, a los comportamientos y no solamente a las normas, no sólo al deber ser, sino al ser. Las fuerzas de la realidad, los vínculos de lo social, el acercamiento a la vida nos han descubierto que la ley carece de esa fuerza normativa que se le atribuía;

(43) Ver: Sección Décima del Código Penal que se ocupa de los “Delitos contra los Poderes del Estado y la Autoridad de la Constitución”, tipificando el delito de rebelión armada y rebelión calificada. Así como la ley 15590, con el objeto de reprimir las guerrillas, promulgada en agosto de 1965.

que la costumbre, los usos, el derecho espontáneo, constituyen una fuerza contra la cual a veces se torna impotente la previsión normativa de la ley". (44).

Muchos de los problemas que pone de manifiesto la crisis del constitucionalismo clásico, tratan de superarse con la incorporación en los textos constitucionales de los postulados del llamado constitucionalismo social. Casi todas las constituciones de América Latina sufrieron el impacto de esta corriente a partir de la primera post-guerra. La Constitución mexicana había sido una versión anticipada de ello.

Esta corriente pone sobre el tapete una problemática diversa. No se trataba de seguir declarando derechos individuales intangibles que en definitiva nadie negaba, sino de incorporar al campo del derecho la búsqueda del bien común con precisas metas de índole económica, social y política.

En el Perú, las Constituciones de 1919 y 1933 acusan la influencia de estas corrientes. Sin embargo, subsiste el problema de la distancia entre la realidad que se pretende normar, y el texto constitucional formalmente vigente, elaborado dentro de las concepciones clásicas "puestas al día" con las nuevas corrientes que se hacen eco del surgimiento de la llamada "cuestión social".

Y es que la exaltación de las constituciones escritas ha llevado a identificar Constitución con Derecho Constitucional, habiéndose descuidado el estudio de lo que constituye la realidad constitucional. Se entendió que sólo había Constitución, en los pueblos que tenían una plasmada en un texto de acuerdo a los moldes clásicos, dejando de lado la realidad de que todo pueblo tiene una estructuración constitucional.

Todo régimen político respira una atmósfera valorativa. Los valores tienen un ingreso histórico en cada época a cada comunidad, y la Constitución, plasma en normas tales valores para reglar la realidad, para tratar de organizar jurídicamente la convivencia social.

En este orden de cosas es que se produce el problema de las vigencias constitucionales sobre el cual queremos llamar la atención en este trabajo. Una Constitución y las leyes de un país pueden ser formalmente válidas y axiológicamente valiosas pero

pueden tener, en el orden de la vigencia, una total incongruencia con la realidad.

Por ello, resulta fundamental determinar el ámbito del derecho constitucional.

"El derecho constitucional abarca, pues, lo que dicen los textos constitucionales y lo que se hace en la realidad existencial. Dice bien García Pelayo que el derecho constitucional vigente no es la pura norma, sino la síntesis de la tensión entre la norma y la realidad con la que se enfrenta. La forma de estado no es siempre la que describe la constitución; puede haberse transformado en los hechos. Piénsese no más en la constitución que pierde vigencia con el advenimiento de una revolución... Similarmente, las relaciones de poder y sus contactos con los hombres no siempre acaecen como lo prevé la constitución escrita. Los grupos de presión, para citar una realidad contemporánea, no tienen cabida en el esquema de esa constitución, no obstante lo cual están allí, frente a ella, dentro de la constitución real, dando presencia a núcleos que van resquebrajando la estructura que se titula representativa". (45).

En esta línea, resulta de interés el punto de vista de Bidart quien expone la teoría de las mutaciones constitucionales y la desconstitucionalización, pero todo ello enmarcado dentro de la tesis de la existencia de un derecho constitucional consuetudinario, lo cual hace que en el mundo de la realidad, de las vigencias constitucionales, pueda existir una constitución real, viviente, distinta a la escrita y hasta contrapuesta.

Sostiene Bidart que pocas leyes como la constitucional se prestan más al impacto de la realidad. De modo que es posible la existencia de conductas consuetudinarias contrarias a la constitución escrita, a las cuales "podremos fulminar de invalidez... pero no podremos despojarlas de realidad, de vigencia y de facticidad..." (46).

Como se aprecia no estamos ante un problema de validez o de valor, sino de facticidad, hay que

(44) BIDART CAMPOS, Germán. . . *op. cit.*, p. 47 y sigs.

(45) *Ibidem*, p. 16

(46) *Ibidem*, pp. 75-76

definir si la costumbre entra en el campo constitucional o no. Bidart y Poviña (47) sostienen la constitucionalidad de la costumbre.

“Dentro del orden de la realidad, las conductas llegan en muchos casos a instaurar vigencias opuestas a la constitución escrita, llegan a normativizar extralegalmente otra constitución. Este fenómeno al que llamamos desconstitucionalización, nos obliga un poco a meditar en la fuerza de la costumbre...” (48).

Así, las mutaciones constitucionales aparecen como un fenómeno que se produce en los Estados que tienen una constitución escrita, las cuales sin someterse el procedimiento de reforma formal, adquieren un sentido, un contenido nuevo y distinto en el orden de la realidad.

La primera mutación constitucional se da cuando se instaura una práctica que no se opone a la constitución pero que tampoco estaba prevista por ella. El ejemplo del partido político lo señala Bidart como tipo de esta mutación, la cual fue recogida posteriormente por muchas de las legislaciones escritas. También puede ser el caso de alguna atribución de urgencia. Es el caso de mutaciones por adición, pero también las hay por disminución. Estamos ante el segundo tipo, cuando ciertos ámbitos o partes de la Constitución escrita pierden vigencia.

El tercer caso de mutación se da por el uso de normas constitucionales con un sentido diverso al de la finalidad perseguida por la Constitución.

Finalmente, encontramos lo que Bidart denomina desconstitucionalización, incluido este fenómeno por la doctrina alemana en las mutaciones, implica ya una incongruencia total entre la constitución escrita y la práctica constitucional, la cual de hecho pone en vigencia un sistema constitucional distinto. Es el caso del paralelismo de dos constituciones —una escrita y otra real— del cual nos habla Poviña. Esta práctica distinta puede llevar hasta la vigencia de un sistema político distinto.

La forma como se da este proceso de desconstitucionalización la describe Bidart:

“En el proceso de desconstitucionalización tal cual hemos conocido a través de Alemania na-

cional-socialista, de Italia fascista, de la Cuba de Castro y de la propia Argentina en el régimen de Perón, se ha transitado por las siguientes etapas: 1. La práctica política del Estado, puesta en acción por las personas que son titulares del poder, introduce una costumbre contraria a la constitución escrita vigente en ese momento. 2. Cambia la decisión política suprema y la constitución escrita pierde vigencia. 3. La normatividad extralegal da origen a otra constitución, que es la vigente a partir de ese instante. 4. Es común que, para remediar el fenómeno de desconstitucionalización, y restablecer la identidad entre la constitución escrita y la vigente en la realidad, se proceda a reformar la constitución: la vigencia se incorpora como norma escrita a una nueva constitución normada legalmente...

...son los órganos del Estado —en definitiva, los individuos investidos de esa calidad por la titularidad del poder— los que crean vigencias constitucionales contrarias a la constitución escrita” (49).

Aparece así la constitución real como el conjunto de vigencias constitucionales, es decir como el funcionamiento efectivo de las instituciones políticas. “Esta constitución real es el conjunto de vigencias que, en oposición a la constitución escrita, se ha impuesto en un proceso de desconstitucionalización a impulso de quienes detentan el gobierno. Tal el fenómeno conocido con el nombre de poder normativo de la fáctico” (50).

Creemos que el estudio de las mutaciones constitucionales resulta de gran interés en países que sufren los desajustes consecuentes de un constitucionalismo importado. En ese sentido en el Perú cabe señalar la antigua preocupación por la falta de vigencia de nuestras constituciones, frente a lo que venimos caracterizando como mutaciones constitucionales. Preocupación que la siguiente cita expresa.

(47) POVIÑA, Jorge Raúl... *Costumbres y usos constitucionales*. Tucumán, Inst. de Derecho Público de la Univ. de Tucumán. 1950.

(48) BIDART CAMPOS, Germán... *op. cit.* p. 72.

(49) *Ibidem*, p. 144.

(50) BIDART CAMPOS, Germán... *La estructura tridimensional del Estado*. En: *Revista de Estudios Políticos* (Madrid), 1966, No. 149; p. 16.

“El Estado en el Perú no es un Estado normado por la Constitución, sino un Estado arrastrado por los hechos, empíricamente, hacia una organización caprichosa que no es Democracia, de la que sólo tiene los vicios burocráticos y presuetales del parlamentarismo, sin las virtudes esenciales de la libertad ciudadana y del control eficiente de los Poderes... Es una pseudo-democracia, es un pseudo-totalitarismo, es un Estado al que se le puede aplicar la definición de dolo de Servio Sulpicio... se simula una cosa y se hace otra” (51).

Como hemos anotado ya, estos fenómenos de mutación constitucional pueden ocurrir en cualquier Estado con constitución escrita, pero ocurren con más frecuencia en aquellos donde la Constitución se encuentra más distante de la realidad social, sea porque sus principios fueron adoptados con abstracción de ella, o porque la Constitución se ha mantenido inmutable al margen de las transformaciones de la sociedad que pretende estructurar.

Excede a los alcances de este trabajo, pero sin duda constituye tema trascendente de investigación, lo que podríamos señalar como una constatación y explicación de las mutaciones constitucionales habidas en el Perú a partir de 1933. Una somera revisión de la Constitución vigente, nos muestra como una gran parte de ella tiene vigencias constitucionales totalmente distintas, en lo que se puede denominar la constitución real.

Así, si tomamos los diversos Títulos del texto constitucional observamos que el fenómeno de las mutaciones se ha presentado en casi todos. La ideología jurídica predominante admite con tolerancia que las vigencias constitucionales puedan ser totalmente distintas en algunos Títulos (Título IV: Ciudadanía y Sufragio; Título V: Poder Legislativo; Título VII: Poder Ejecutivo; etc.), o que incluso éstos sean verdaderamente puestos en suspenso, por ejemplo en épocas de gobierno de facto. Admite igualmente, sin mayor preocupación, que partes enteras de la Constitución no hayan llegado a tener vigencia nunca (Senado Funcional, Consejos Departamentales). Sin embargo, la preocupación constitucionalista aflora con energía ante otras mutaciones, por ejemplo en el Título II, sobre Garantías Constitucionales, cuya inclusión en el texto constitucional responde al principal propósito del Constitucionalismo

(supra 3.1.). En este Título se encuentran plasmados los valores fundamentales del Estado de Derecho.

Es por ello, que generalmente cuando encontramos la implantación de vigencias constitucionales distintas en el ámbito de disposiciones constitucionales que tienen que ver con los principios ordenadores del Estado, podemos estar ante un proceso de desconstitucionalización en el que se puede dar la vigencia real de principios y de pautas de valor ajenos al orden constitucional formalmente vigente, casi una nueva Constitución.

En cambio, las mutaciones constitucionales en otros ámbitos, suelen no afectar las raíces mismas, y pronto no son otra cosa que variantes factuales del mismo sistema. Los golpes de Estado son un ejemplo de ello.

Por ello un estudio como el propuesto, creemos que debe llevar a detectar y a explicar las mutaciones constitucionales, su ámbito y significado. Creemos que este estudio debe ser abordado teniendo en cuenta dos etapas, una anterior a 1968 y otra posterior a ese año, diferenciadas porque a partir de entonces se asigna específicamente un rol suplementario a la Constitución. En ambas etapas se dan mutaciones constitucionales, el significado de ellas depende en gran medida del ámbito de las disposiciones en que se presenten. Como hipótesis podríamos establecer que es a partir de 1968 que las mutaciones constitucionales se trasladan del ámbito de las disposiciones organizativas del Estado, al ámbito de los principios mismos de la Constitución.

Algún aspecto de esta problemática tratamos de estudiar con mayor detenimiento en este artículo: lo relativo a los gobiernos de facto, que precisamente hemos querido plantear en este contexto, pero otros aspectos muy significativos, requieren de un trabajo distinto.

La alteración de las bases de una Constitución por vía de mutación constitucional, es decir mediante el mantenimiento de la vigencia formal del texto, pero con la introducción de vigencias distintas, nos

(51) TOLA, Fernando. . . Conferencia dictada el 8 de setiembre de 1943 en la Universidad de San Marcos. En: *Hay Democracia en el Perú?* ; p. 6.

enfrenta con el rol mismo de la Constitución en el ordenamiento jurídico. Pareciera que la Constitución no siempre otorga a todo el sistema, esa íntima coherencia de significado, y que por la práctica, por leyes de menor jerarquía, o por la recreación del derecho que implica su interpretación, es posible introducir valores, o plasmar un ordenamiento jurídico realmente distinto al que prevé la Constitución.

En este sentido el reclamo del Colegio de Abogados de Lima (cita 22) ante el Proyecto de Ley de Propiedad Social, es significativo. Y es que no cabe duda que, en materia de propiedad por ejemplo, las recientes disposiciones legales en ese ámbito, así como la práctica y la interpretación de los funcionarios encargados de la aplicación de algunas leyes, ha conducido a configurar en el ordenamiento, sistemas de propiedad que en puridad no concuerdan con el que el constituyente de 1933 plasmó en la Constitución.

Por todo ello resulta de interés un trabajo que no sólo constate las mutaciones constitucionales habidas hasta hoy (casi podría escribirse una Constitución paralela a la formalmente vigente), sino que analizándolas pueda ser un aporte al conocimiento de una ley fundamental construída sobre nuestra realidad.

4. El Problema de los Gobiernos de Facto.

4.1. Revolución, Golpe de Estado y Funcionarios de Facto.

El distinto título originario diferencia al gobierno de jure del gobierno de facto. Aquel ha llegado al poder por derecho, de acuerdo al procedimiento establecido por la Constitución. El gobierno de facto accedió al poder al margen del cauce legalmente señalado, en una forma no prevista por el ordenamiento jurídico vigente.

Aunque las perspectivas para analizar el problema de los gobiernos de facto han sido diversas, nos interesa precisar conceptos y resaltar el interés del fenómeno, atendiendo fundamentalmente al impacto que producen estos gobiernos en el ordenamiento

jurídico.

Una precisión necesaria desde esta perspectiva, es la tendiente a diferenciar la revolución del golpe de Estado, términos que muchas veces son usados indistintamente para describir el mismo fenómeno. (52).

Creemos que la diferencia fundamental estriba en el impacto en el ordenamiento jurídico. La revolución es "el quebranto de un ordenamiento jurídico y la instauración de otro nuevo, ejecutados en forma ilegal, es decir, con un procedimiento no previsto por el ordenamiento precedente" (53), de modo que la legalidad futura se asienta sobre bases distintas a la que existía con anterioridad a la revolución. El golpe de Estado, a nuestro entender, tiene un alcance más restringido. Significa casi siempre una simple sustitución de funcionarios —generalmente violenta— en una forma no prevista por el ordenamiento jurídico.

Si entendemos ordenamiento jurídico como "un sistema cerrado de normas, determinado por una íntima coherencia de significado" (54), vemos que esta sustitución puede darse, en primera instancia, a nivel de la Constitución escrita, concebida precisamente como la Ley Fundamental que da esa coherencia de significado. Se habrá dado una revolución, cuando la norma base de un ordenamiento ha sido cambiada por otra.

Pero, ¿es posible que el ordenamiento jurídico sea cambiado sin la sustitución de la ley fundamental? ¿Esta coherencia está dada siempre y en todos los casos por la Constitución?

(52) Ver: CHIRINOS SOTO, Enrique. . . *Teoría y Concepto del Golpe de Estado a la Luz del Derecho Constitucional*, en: *2 Análisis*, Lima, Ed. Minerva, 1974.

Por otro lado, CATTANEO, en el trabajo que hemos citado (p. 91 y sig.) los identifica, pero en base a que "ningún ordenamiento jurídico admite una violación, aunque sea parcial, de su propia legalidad. . . una modificación, aunque sea solamente de las normas constitucionales, produce, como se dijo, el cambio de todo el ordenamiento jurídico. . .".

(53) CATTANEO, Mario. . . *op. cit.*, p. 61.

(54) ROSS. . . *On Law and Justice*, London, 1958. Citado por Cattaneo, Mario. . . *op. cit.*, p. 76.

Linares Quintana sostiene que "la revolución comporta el cambio fundamental en las ideas e instituciones del Estado" (55), coincidiendo así con Burdeau, para quien lo que define una revolución es la sustitución de una idea de derecho por otra. La revolución aparece así como un hecho jurídico, que importa el cambio de las ideas o instituciones del Estado; un cambio en la ideología política, cristalizado en fórmulas jurídicas.

Tanto en la revolución como en el golpe de Estado se da la ruptura de la continuidad prevista y garantizada por la Constitución. Ahora, de acuerdo a lo que hemos venido precisando, la revolución puede darse a partir de un suceso súbito que sustituya la norma fundamental, o también por mutación constitucional, mediante la instauración de vigencias distintas. Como bien puntualiza Bidart, "la revolución involucrará un cambio institucional que puede llegar a cambiar la Constitución, si no siempre en el texto por reforma formal, muchas veces en la práctica por mutación material; el golpe de estado sólo reemplaza a las personas de los gobernantes" (56).

Por tanto, la suplantación del ordenamiento que caracteriza a la revolución, se puede dar tanto como un hecho violento o a través de la instauración de un conjunto de costumbres o usos que cambian totalmente la decisión política del Estado expresadas en mutaciones constitucionales, creando un dualismo de constitución escrita y practicada.

En ese sentido, podemos afirmar que en el Perú a partir de 1968, no sólo se ha dado la suplantación de la norma base, en virtud del art. 5o. del Estatuto Revolucionario, sino se ha iniciado un proceso de desconstitucionalización, que aún no se ha estudiado, y que va implantando a nivel de las vigencias constitucionales, principios y prácticas distintas a las de la Constitución.

En relación con ésta, es interesante resaltar el caso cubano a partir de la revolución. Formalmente la Constitución de 1940 se mantiene en vigor, recién en estos días se trabaja en Cuba en una nueva Constitución, sin embargo a través de dos vías se ha dado una suplantación del orden constitucional. Por un lado mediante la promulgación de leyes con rango constitucional (una Ley Fundamental y las leyes de Reforma Agraria, Educación y Reforma Urbana, por ejemplo), por otro, mediante la instauración

práctica de vigencias en base a una decisión política, distintas totalmente a las previsiones constitucionales.

4.2. Efectos legales de los Gobiernos de Facto.

En definitiva son los efectos legales en el ordenamiento jurídico, producidos por el hecho no previsto, lo que configura una revolución o un golpe de Estado.

Previo al análisis de los diversos niveles en los cuales se pueden dar estos efectos, hace falta una breve referencia histórica. De acuerdo a lo que hemos precisado en el acápite anterior, en el presente siglo, constituyeron golpes de Estado en el Perú el derrocamiento de Billinghurst por Benavides en 1914, el derrocamiento de Pardo en 1919, el derrocamiento de Bustamante por Odría en 1948 y el derrocamiento de Prado en 1962. Asimismo, constituye un golpe de Estado el de 1936, cuando el Congreso anula las elecciones y porroga el mandato al General Oscar R. Benavides. Aunque con mayores efectos en el ordenamiento —que concluyen en la convocatoria a una Constituyente y la dación de la Constitución de 1933— el derrocamiento de Leguía por Sánchez Cerro, puede inscribirse también en esta caracterización.

En 1968 la situación es distinta. La insurrección armada no se dirige sólo al cambio de funcionarios sino también a la modificación de un sistema. Ello es claro en el Manifiesto revolucionario, en el Estatuto y en las posteriores manifestaciones del gobierno. La Constitución está supeditada jerárquicamente a los objetivos del gobierno revolucionario y a su Estatuto (57).

Por otro lado, no sólo se objetan a los funcio-

(55) LINARES QUINTANA, Segundo... *op. cit.*, T. VI, p. 350.

(56) BIDART CAMPOS, Germán... *Derecho Político*, Buenos Aires, Ed. Aguilar, 1962; p. 563.

(57) Situación similar a la producida en Argentina en 1966. Ver: Estatuto de la Revolución Argentina y Proclama de las FF.AA., en: BIDART Campos, Germán... *Derecho Constitucional*, Tomo II.

narios en el poder, sino a un sistema económico, político y social, cuya sustitución se persigue a través de una revolución, que por tanto, alcanza también el aspecto jurídico. Esta intención la encontramos claramente manifestada en diversas ocasiones.

“La Revolución iniciada no significa únicamente la toma del poder por sus gestores, sino que traduce esencialmente las aspiraciones de millones de peruanos que han sufrido la frustración de sus más caras esperanzas... Por eso como intérpretes de ese anhelo, iniciamos la Revolución con un hecho y una base doctrinaria concretada en el Estatuto del Gobierno Revolucionario que, junto con la Constitución, hoy orienta y guía su desenvolvimiento, evitando interpretaciones equivocadas con el fin de que la doctrina de la Revolución no sea jamás distorsionada” (58).

“Una caduca estructura política, que de muy poco o nada sirvió a millones de peruanos, fue utilizada para dar visos de legalidad a la injusticia social; se traficó con los más nobles ideales de libertad y democracia, constitucionalismo y patriotismo. Contra todo esto hemos insurgido resueltamente decididos a iniciar el proceso de desarrollo a fin de lograr la emancipación económica del Perú (59).

“Finalmente, una nueva Constitución es indispensable como instrumento jurídico fundamental del Estado... que fielmente refleje los cambios sustanciales que están ocurriendo y que van a ocurrir en nuestra sociedad... Sin ella, la Revolución Nacional quedaría trunca, y nuestro pueblo carecería del más importante instrumento jurídico para garantizar la permanencia y la continuidad de la obra transformadora que hemos iniciado”. (60)

“Algunos esperaron cosas muy distintas y confiaron en que, a la vieja usanza, ascenderíamos al poder sólo para convocar elecciones y devolverles todos sus privilegios. Quienes así pensaron, estuvieron y están equivocados. A esta revolución no se le puede pedir que respete las normas institucionales del sistema contra el cual insurgió. Esta revolución tiene que crear, está creando ya, su nuevo ordenamiento institucio-

nal.

... La realidad de una revolución así, sólo podía concretarse rompiendo ese ordenamiento tradicional. La legitimidad de este Gobierno Revolucionario no puede, pues, estribar en el respeto por las reglas de un juego político decadente que sólo benefició a los grupos privilegiados del país...

Por eso nuestra legitimidad no viene de los votos de un sistema político viciado de raíz porque nunca sirvió para defender los intereses del pueblo peruano. Nuestra legitimidad tiene origen en el hecho incontrovertible de que estamos haciendo la transformación de este país... Esta es la única legitimidad de una revolución auténtica como la nuestra”. (61)

“... Por tanto no somos los actores de un golpe militar. Somos los gestores de una Revolución”. (62)

Las citas que anteceden corroboran lo dicho. El sustento del Gobierno de la Fuerza Armada no está en la legalidad del orden jurídico contra el cual insurgieron. El nuevo orden está basado en el Estatuto (en el cual se han formulado los objetivos generales de la Revolución) promulgado precisamente para hacerla posible. La consolidación del nuevo orden de cosas —según se ha anunciado reiteradamente— se dará con la promulgación de una nueva Constitución.

Es interesante destacar como el Estatuto abre un período de creación jurídica, de verdadero trastocamiento del ordenamiento que existía hasta entonces. No se sustituye íntegramente la Constitución (ello vendrá después), se le asigna un rol supletorio. Entretanto, por la vía legislativa (Decretos-Leyes y disposiciones de menor rango), se inicia un período

(58) VELASCO, Juan... *Discurso en el Centro de Instrucción Militar*, 31/1/1969. En: *VELASCO, la voz de la Revolución*; pp. 19-20.

(59) VELASCO, Juan... *Discurso en la inauguración del XII período de sesiones de la CEPAL*, 14/4/1969. En: *Ibidem*; p. 36.

(60)

(60) *Ibidem*, pp. 87-88.

(61) VELASCO, Juan... *Mensaje a la Nación en el Primer Aniversario de la Revolución*. 3/10/1969. En: *Ibidem*, p. 94.

(62) VELASCO, Juan... *Discurso en la ciudad de Piura*. 8/10/69. En: *Ibidem*; p. 116-117.

de importantes cambios en el ordenamiento jurídico del país. La práctica administrativa contribuye también a ello. Tenemos, pues, que el Estado encuentra en las disposiciones de rango inferior un instrumento más adecuado para plasmar sus decisiones. No sólo la Constitución tiene un rol supletorio, el Derecho Constitucional en el Perú, se modifica por vigencias constitucionales distintas y por disposiciones de rango inferior.

Resta señalar que la distinción entre golpe de Estado y Revolución tiene que ver con el fenómeno de las mutaciones constitucionales. En el Perú, los golpes de Estado han pertenecido a la constitución real, y han sido verdaderamente mecanismos utilizados a ese nivel para acceder al gobierno. No son simple factualidad, son vigencias constitucionales.

En las épocas de vacío de poder o de crisis política, en la práctica constitucional, por mutación, se ha asignado a la Fuerza Armada un rol distinto al señalado por la Constitución, de modo que se puede afirmar que los golpes de Estado han formado parte de la constitución real, en la cual son perfectamente previsibles las circunstancias en las cuales la sustitución de gobiernos podía darse, ciertamente en una forma no prevista por el ordenamiento. El fenómeno revolucionario, en cambio, tal como lo hemos conceptualizado, excede a este marco.

La mutación constitucional a la que nos referimos, no sólo alude a los golpes de estado, lo hace al rol de la Fuerza Armada, que si bien está reglado por la Constitución escrita, ciertamente su intervención en la vida del Estado en la realidad constitucional, se ha ajustado más a la propia determinación de sus límites, que a los que le ha fijado la Ley Fundamental. Ello no solamente en cuanto a la decisión de cambiar gobiernos por la imposición de la fuerza, sino, durante los gobiernos de jure, en la definición de un rol que podemos señalar como político y que ciertamente está alejado del texto y del espíritu de la Constitución.

El carácter de mutación constitucional, lo vemos claramente en el tratamiento que se hace en algunos casos del problema, que denota, efectivamente, la aceptación del rol asumido por la Fuerza Armada.

“Sin que figure en el texto escrito de nuestras Constituciones, las Fuerzas Armadas tienen una

situación de control y de predominio, siendo el único contrapeso a los extremismos y radicalismos, No exageramos esa intervención, a veces necesaria, sumiéndolas en la participación activa y apasionada de nuestras contiendas políticas por la concesión del sufragio a los militares, policía y marinos en servicio”.

“Hay que deplorar la iniciativa y la intervención excesivas que la Fuerza Armada se ha atribuido, en la vida política. Pero a su vez, las clases dirigentes y los propios partidos políticos se han empeñado en provocar esas intervenciones, cuando se hallan en la oposición y surge algunas crisis política devorados por el rencor o la impaciencia. En algunos sectores castrenses se piensa equivocadamente que ellos tienen el monopolio del patriotismo y que son un poder fiscalizador encargado de supervigilar el gobierno y el Parlamento”. (63).

La mutación constitucional que confiere a la Fuerza Armada funciones diversas a las reconocidas en el texto constitucional, ha sido bastante estudiada en el Perú y en América Latina por historiadores y científicos sociales bajo el fenómeno del militarismo.

Pero, ligada con esta mutación constitucional, existe la otra, que hace del golpe de Estado un mecanismo para la sustitución de gobiernos, paralelo al mecanismo legal previsto constitucionalmente, El golpe de Estado, a pesar de su manifiesta ilegalidad, constituye una forma de sustitución de gobiernos por acción de elementos militares en situaciones de vacío de poder o de crisis política, que es aceptada y funciona en la constitución real sin poner en peligro el sistema jurídico todo, ya que sólo se dirige al cambio de los funcionarios de gobierno.

4.2.1 El Ejercicio del Poder constituyente.

Analizando los efectos legales de los gobiernos de facto aspecto fundamental a ser considerado, es el del ejercicio del poder constituyente.

Resulta evidente la distinción de dos situaciones en la vida del Estado, una originaria, fundacional,

(63) PAREJA PAZ SOLDAN, José... *op. cit.* pp. 408 y 412.

primigenia, en la cual se crea el Estado y se adopta una organización política y jurídica. Otra permanente, cuando el Estado se encuentra constituido; es la etapa de continuidad en la que el Estado organiza y desarrolla sus funciones sobre las bases establecidas en la anterior.

Este poder, que en el marco de las constituciones escritas y rígidas provee al Estado en ese acto primigenio, de una organización y de su identidad política, es el llamado poder constituyente originario. Cattaneo lo ubica en un hecho de carácter político que da origen al ordenamiento jurídico. Señala que se denomina como "poder constituyente" a "la fuente suprema de producción de normas constitucionales y, por lo tanto, de todo el ordenamiento jurídico" y que "ese poder político, de hecho, que está en el origen del derecho, es pre-jurídico, no disciplinable por el derecho". (64).

En la etapa de continuidad, en la del poder constituido en base a ese acto fundacional, se acepta la existencia de un poder constituyente derivado o continuo, y es el ejercido de acuerdo al procedimiento que el mismo ordenamiento constitucional vigente ha previsto para modificar una Constitución.

El poder constituyente originario ha sido estudiado generalmente en vinculación con las concepciones predominantes del constitucionalismo clásico. Así Bielsa lo define como "La potestad que el pueblo tiene de darse un gobierno y establecer las normas de convivencia social y jurídica que aseguren la libertad, mediante disposiciones protectoras de los derechos y deberes. Esas normas tienen su concreción positiva en la Constitución..." (65).

En este sentido es interesante resaltar la opinión de Bidart Campos, quien subraya la existencia de poder constituyente en toda organización estatal, tenga o no constitución escrita y rígida y los principios que esta recoja se ajusten o no a los principios del constitucionalismo clásico.

Aparece así el poder constituyente como "una facultad de acción que deriva del derecho originario de la colectividad, a proveer a su organización política y jurídica, imponiendo una Constitución" (66). El efecto, va a ser asentar al Estado como individualidad jurídica y política. Este poder es referido por algunos autores al derecho natural, otros lo fundan

en el hecho político, en ambos casos es prejurídico, y conviene distinguirlo del poder constituido que sí es jurídico.

La distinción que hemos efectuado entre poder constituyente originario y derivado, nos es útil para distinguir dos formas de producción del derecho. Los mecanismos de producción de derecho y los canales establecidos para reformar la Constitución, se sitúan dentro del poder constituido y en ejercicio del poder constituyente derivado. Al haber aceptado que la revolución implica la sustitución de un ordenamiento jurídico por otro, el tema del poder constituyente aparece en relación a la instauración del nuevo ordenamiento.

Para el constitucionalista Carlos Sánchez Viamonte, la consecuencia fundamental de toda revolución sería la de retrotraer el poder constituyente a una etapa de primigeneidad. El "cerco constitucional" sería roto por la voluntad política de configurar un nuevo ordenamiento.

"Puede ocurrir que una revolución —no un simple golpe de estado— retrotraiga el poder constituyente al punto inicial, es decir, a la etapa de primigeneidad. Para eso es indispensable que la revolución asuma el significado de un acto de voluntad política inequívocamente dirigido a destruir el sistema de gobierno o estructura estatal o el orden jurídico, y se propongan declaradamente reemplazarlos por otros nuevos.

De lo contrario si se trata únicamente de un golpe de estado, para reemplazar los gobernantes y con ella la orientación política positiva, se permanece en la etapa de la continuidad, y con mayor motivo cuando el golpe de estado acata el orden jurídico establecido" (67).

Cuando se produce una insurrección y es derivado el ordenamiento jurídico, en una forma ilegal para ser sustituido por otro, estamos no sólo ante

(64) CATTANEO, Mario... *op. cit.*; p. 95.

(65) BIELSA, Rafael... *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1959; p. 89.

(66) BIDART CAMPOS, Germán... *Derecho Constitucional*, p. 158.

(67) SANCHEZ VIAMONTE, Carlos... *El Constitucionalismo, sus problemas*. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1957; p. 533.

una revolución, sino ante el ejercicio fáctico del poder constituyente. Como señala Raúl Ferrero, "cuando se funda una comunidad estatal, o cuando se altera sustancialmente el régimen anterior, se da la situación constituyente, la cual se caracteriza por desconocer el derecho vigente y fundar un nuevo sistema jurídico" (68).

Estamos pues ante la fuerza normativa de los hechos. En este procedimiento ilegal de modificación el nuevo derecho encontrará su fundamento. Desde ese momento es eficaz. Rige un nuevo ordenamiento, el cual es obligatorio y es más, designará como ilícitas las infracciones a él.

"A primera vista —dice Recasens Siches— resulta paradójico que un acto violento anti-jurídico pueda ser origen del Derecho; y sin embargo no hay duda de que así lo es. Si la condición para la existencia de un Derecho fuera la legitimidad de su aparición, nos veríamos obligados a reconocer que hoy, en toda la capa terrestre, no existe orden jurídico alguno, pues no hay pueblo cuya historia no cuente con una revolución consolidada" (69).

Sin embargo; cabe precisar que al asumir el poder constituyente, es decir la facultad de dar un nuevo orden, el período en que éste se da puede tener una duración muy distinta. La sustitución del ordenamiento puede darse —según las coyunturas históricas— a través de un solo hecho, o se puede ingresar a partir del hecho violento en una etapa o período constituyente, en la cual a la negación del ordenamiento anterior sucede la paulatina instauración de un nuevo ordenamiento constitucional, que suele concluir en la instauración de una nueva Constitución.

Es interesante resaltar como en 1966, cuando las Fuerzas Armadas argentinas asumen el poder de ese país, en la que se autodenomina Revolución Argentina, se promulgó un Estatuto "a efectos de cumplir con los objetivos de la revolución y en el ejercicio del poder constituyente" (70). Se invocó expresamente la facultad constituyente en cuya virtud, se estableció un nuevo ordenamiento que llevó a tomar medidas tales como la remoción de los magistrados judiciales, en vista de que los que hasta ese momento desempeñaban su cargo, respondían y

habían jurado el ordenamiento anterior (71).

Si bien en el Perú, cuando accede al poder el Gobierno de la Fuerza Armada en 1968, no se da una expresa invocación de la asunción del poder constituyente, como en el caso que indicamos, es evidente que la situación señalada por Sánchez Viámonte se presenta desde entonces. No sólo por la preeminencia del Estatuto sobre la Constitución, establecida por el mismo Estatuto, sino, porque desde entonces resulta evidente que a través de la voluntad política del gobierno, expresada legislativamente, se ha iniciado la destrucción del orden constitucional precedente, para la instauración de uno nuevo. Ello se ha venido dando a través de la promulgación de diversas leyes; algunas por su naturaleza son de índole constitucional, también por la promulgación de dispositivos que han venido afectando no sólo derechos, sino instituciones cuya defensa y configuración se daban en la Constitución de 1933 y, finalmente en la instauración de prácticas administrativas, que sin duda están produciendo verdaderas mutaciones constitucionales.

En definitiva, podemos señalar que en cuanto efectos legales, una de las características de la revolución en materia jurídica, es el ejercicio factual del poder constituyente, dirigido a llevar a cabo la voluntad inequívoca de sustituir al ordenamiento jurídico vigente por otro nuevo.

4.2.2 Constitución y Estatutos de los Gobiernos de Facto.

Generalmente después de la ruptura de la continuidad constitucional no se dicta una nueva Consti-

(68) FERRERO, Raúl. . *op. cit.* pp. 151-152.

(69) RECASENS SICHES, Luis. *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico*, citado por DIAZ DOIN, Guillermo. . . *Gobierno Revolucionario y Gobierno de Facto*. En: *Rev. de Jurisprudencia Argentina*, 1963 - II, p. 8.

(70) *Estatuto de la Revolución Argentina*.

(71) El art. 3o. del Estatuto dice: "el Gobierno ajustará su cometido a las disposiciones del Estatuto, a las de la Constitución Nacional y leyes y decretos dictados en su consecuencia en cuanto no se opongan a los fines anunciados en el acta de la Revolución Argentina".

tución. Bidart señala que lo más frecuente "es que en primer momento la revolución se sostenga con una constitución normativizada espontáneamente, o sea que normativice, una normalidad surgida rápidamente por el impulso del propio hecho revolucionario triunfante". (72).

Pero lo que ha sucedido generalmente en el Perú es que, después del triunfo de la insurrección, inmediatamente los nuevos gobernantes adoptan una posición ante la Constitución vigente, la que se manifiesta a través de un Estatuto.

Tales Estatutos pueden significar simplemente el establecimiento de un "puente" entre los funcionarios de facto y las funciones previstas por la Constitución. Lo único que persiguen es atribuir a los funcionarios de facto las funciones de gobierno que dentro de la normalidad constitucional corresponden a los funcionarios legales. Su función es pues de adecuación. Así, por ejemplo, es frecuente la atribución de las facultades legislativas al Ejecutivo. Por otro lado, dichos Estatutos pueden implicar en cambio, una nueva norma fundamental. Es decir, la sustitución del ordenamiento jurídico vigente hasta entonces. Esto sucede, cuando por virtud del hecho revolucionario, los gobernantes de facto erigen al Estatuto en nueva norma base, trastocando la pirámide jurídica de un país.

El carácter del Estatuto va a corresponder a dos tipos distintos de gobiernos de facto, según se trate de un golpe de Estado o de una revolución.

En el Perú, los gobiernos que accedieron al poder en 1930, 1948 y 1962 promulgaron sus respectivos Estatutos, los cuales, en todos los casos, cumplieron el objetivo de acondicionar a los funcionarios de facto a las funciones establecidas por la Constitución. Son Estatutos que no pretendieron la instauración de un nuevo ordenamiento; correspondieron a golpes de Estado y pretendieron únicamente dar una cierta adecuación legal al ejercicio fáctico del poder. Si bien acataron la preeminencia de la Constitución, la pusieron en suspenso en partes significativas (73).

El Estatuto de 1930 se limitó a establecer una relación entre los cargos impuestos de facto por la Junta y los vigentes en la Constitución de 1920. Igualmente los Estatutos de 1948 y 1962, (entre los

que no hay diferencias) entre sus considerandos señalan:

"Que es indispensable dictar un Estatuto que determine las atribuciones y regule el funcionamiento de la Junta Militar de Gobierno, dentro de las facultades que la Constitución acuerda a los Poderes Legislativo y Ejecutivo" (Estatuto de 1948, reproducido casi textualmente en 1962) (74).

El Estatuto de 1968 es sustancialmente distinto. No es una norma que pretenda exclusivamente ajustar el ejercicio del poder y de algunas funciones públicas al esquema de la Constitución; fue promulgado para servir de base a un nuevo sistema legal, en ese sentido constituye un Estatuto revolucionario. Asimismo, dicho Estatuto sienta la base inicial de un nuevo sistema de gobierno, distinto al previsto por la Constitución y que aparece con una manifiesta voluntad de continuidad, un sistema de gobierno asentado en la institucionalidad de la Fuerza Armada, cuya base es el Estatuto, complementado en la práctica de los años de gobierno.

La vocación de continuidad que señalábamos líneas atrás y la voluntad de iniciar un proceso, hace que la intervención de la Fuerza Armada abandone su matiz circunstancial, planteándose la tarea de gobierno como un verdadero deber institucional, al cual el Estatuto le brinda un esquema y una organización.

(72) BIDART CAMPOS, Germán... *Derecho Constitucional*, T.I., p. 633.

(73) Baste tener en cuenta la Ley de Seguridad Interior promulgada en 1949 por la Junta de Gobierno, de la cual hizo uso no sólo la Junta instaurada en 1948, sino el gobierno de 1950. Ella fue claramente anti-constitucional.

**Decreto Ley No. 110:19, o Ley de Seguridad Interior de la República.*

Art. 31o.- Por los fines que persigue este Decreto Ley y por la conveniencia de prevenir la consumación de los delitos de que trata, queda facultado el Ministro de Gobierno y Policía para adoptar las disposiciones preventivas que crea necesarias a fin de garantizar la tranquilidad política y social y la organización y la paz interna de la República; no pudiendo intervenir la autoridad judicial correspondiente sino cuando los delincuentes hayan sido puestos en su disposición.

(74) En: GARCIA BELAUNDE, Domingo... *op. cit.*, pp. 4.1.3.a. y sig.

“Porque al Perú siempre le faltó una gran institución nacional que solidariamente cumpliera la impostergable necesidad de transformar sus viejas estructuras y solidariamente también, emprendiese con determinación la difícil tarea de llevarla a cabo. Este gran vacío que acusó nuestra historia, ha sido llenado a partir del 3 de octubre de 1968, por la presencia institucional de la Fuerza Armada del Perú frente al Gobierno . . . ” (74-A).

Los artículos 2o. (objetivos del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada) y 5o. (la compatibilidad de la Constitución y las leyes con los objetivos del Gobierno, condicionan su vigencia) del Estatuto establecen las bases del nuevo ordenamiento. En virtud de esta norma, impuesta por un hecho de fuerza, al margen de la previsibilidad del ordenamiento vigente, la Constitución tiene un rol secundario, y rige en tanto no se oponga al Estatuto y a los objetivos del Gobierno Revolucionario. La prelación de leyes se ha alterado. El Estatuto no pretende “ajustar” funciones, fue promulgado como norma fundamental y se convierte de hecho, en la ley básica.

Dicha norma da fuerza de ley a los principios que han de guiar la acción del Gobierno, pero además diseña un sistema de gobierno diferente, basado en el aparato institucional de la Fuerza Armada que va a vertebrar la nueva organización gubernamental.

Fueron los Comandantes Generales del Ejército, Marina y Fuerza Aérea quienes ejercieron de hecho el poder constituyente y dieron la norma básica del nuevo ordenamiento, dentro del cual se constituyen en la Junta Revolucionario (75); que de esta manera aparece como el organismo de mayor rango del nuevo sistema. Es el organismo que vertebra la naturaleza militar del régimen, vinculando las funciones de gobierno y su estructura con el aparato institucional de la Fuerza Armada. Ella no sólo genera la norma básica sino que va a mantener una función de control del cumplimiento del Estatuto y de los objetivos de gobierno. Asimismo, el título de los funcionarios de mayor rango emanará de la Junta. El Estatuto va a precisar la relación entre la Junta Revolucionaria y la estructura de gobierno.

Va a corresponder a la Junta Revolucionaria de-

signar al Presidente de la República e intervenir en la designación de los Ministros. Estos deben ser nombrados por el Presidente, pero con el acuerdo de la Junta, excepción hecha de los Ministros de Guerra, Marina y Aeronáutica (Art. 4to.), que necesariamente deberán ser los Comandantes Generales de las armas correspondientes (Art. 3ro.). Asimismo, uno de los miembros de la Junta presidirá el Consejo de Ministros: el Comandante General del Ejército y por tanto Ministro de Guerra. La Junta Revolucionaria, por otro lado, participa también en la función legislativa con el Presidente y el Consejo de Ministros (Art. 6o.).

De esta manera se establecen las atribuciones de la Junta Revolucionaria. Cabe destacar que en la función vertebradora que señalábamos, el Estatuto define funciones que sólo podrán ser desempeñadas por funcionarios en virtud de su situación militar, definida de acuerdo a las normas institucionales de la FF.AA. (76) (77).

(74-A) VELASCO, Juan. . . *Discurso en la Asoc. de Oficiales en retiro*, 3/4/70. En: VELASCO. . . p, 19

(75) *Estatuto del Gobierno Revolucionario*.

Art. 3o.- “La Fuerza Armada del Perú, identificada con las aspiraciones del pueblo peruano, y representada por los Comandantes Generales del Ejército, Marina y Fuerza Aérea, constituidos en Junta Revolucionaria, asume el compromiso de cumplir y hacer cumplir decididamente el Estatuto y el Plan del Gobierno Revolucionario.

Para este efecto los Comandantes Generales de los tres Institutos de la Fuerza Armada serán al mismo tiempo Ministros de Estado en los Despachos de Guerra, Marina y Aeronáutica respectivamente”.

Art. 11o.- “El presente Estatuto no sufrirá modificaciones y será refrendado por los Comandantes Generales del Ejército, Marina y Fuerza Aérea al constituirse en Junta Revolucionaria”.

(76) *Estatuto Revolucionario*.

Art. 9o.- “Los Comandantes Generales de los institutos armados continuarán rigiéndose, en lo que respecta a su situación militar, por las disposiciones legales vigentes. Al pasar a la situación de retiro, la designación del sucesor recaerá en el Oficial General de mayor antigüedad en el respectivo instituto”.

(77) Cabe anotar un hecho de interés para el estudio del rol de la Junta Revolucionaria en la realidad. En marzo de 1973, sucedió un hecho imprevisto por el Estatuto Revolucionario: el Presidente quedó temporalmente inhabilitado para ejercer las funciones debido a una grave enfermedad. La Junta Revolucionaria, investida de poder constituyente, anunció mediante Comunicado que, por unanimidad, había

El esquema de gobierno que delinea el Estatuto se precisará posteriormente, ya sea a través de la vía legislativa, o por la vía de la práctica administrativa. Así, por ejemplo, mediante los Decretos Leyes No. 17271 y 17532 se concretan las funciones del Primer Ministro, mientras que, en otros casos, sin que medie instrumento legal alguno, se han desarrollado sistemas que completan el esquema del Estatuto. Tal es el caso del mecanismo de consulta y generación de los dispositivos legales. El COAP (Comité de Asesoramiento de la Presidencia de la República), dentro del mecanismo anotado, si bien está previsto en el Decreto Ley No. 17532, es el caso de una definición en la práctica de importantes funciones de gobierno.

“El COAP... es un organismo que ha creado este Gobierno y que es el asesor directo del Presidente de la República en todos los asuntos que competen al Gobierno. El COAP cumple además una función de gran coordinador entre todos los sectores de la administración pública. El COAP es la antesala también de todos los instrumentos legales a nivel de Decretos Leyes, Decretos y Resoluciones Supremas con la aprobación del Consejo de Ministros. Esa es la función específica del COAP”.

“... está dirigido por un Oficial General de la Fuerza Armada... quien tiene a sus órdenes doce colaboradores, uno de ellos en situación de General de Brigada del Ejército... y once coroneles de las tres Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Policía, o sea que en el Comité de Asesoramiento de la Presidencia... están representados todas las instituciones militares que tienen responsabilidad en diferentes grados en el Gobierno...” (78)

4.2.3. Los Decretos Leyes

El ordenamiento jurídico en el Perú comprende varias clases de normas de acuerdo a una jerarquía. A la Constitución suceden las leyes y a éstas las disposiciones administrativas (Decretos y Resoluciones). (79)

De acuerdo al procedimiento de formulación y promulgación de las leyes previsto en el Título VI de la Constitución, las facultades legislativas corresponden al Congreso. El Poder Ejecutivo, sólo las re-

glamenta “sin trasgredirlas ni desnaturalizarlas” (Art. 154), y puede dictar disposiciones administrativas.

Esta distribución de facultades se rompe generalmente durante los gobiernos de facto, ya que las facultades correspondientes al Poder Legislativo son asumidas por el Ejecutivo. (80)

Se han planteado diversos problemas en torno a las facultades legislativas de los gobiernos de facto y a la validez de los actos realizados por ellos, fundamentalmente en referencia a los gobiernos cuyo ac-

dispuesto que sea el Primer Ministro quien asuma algunas funciones del Presidente. Sin embargo, en la realidad la autonomía y la decisión de la Junta Revolucionaria no fue suficiente. Días después, el Decreto Ley No. 19443, refrendado por el Presidente de la República, disponía, con algunas variantes, medidas similares sujetas a un término.

Otro punto de interés en este sentido, es la duración de las funciones definidas en el Estatuto. Si bien los miembros de la Junta Revolucionaria la integran en tanto sean miembros activos de la Fuerza Armada, el Estatuto no prevé esta misma limitación para el Presidente y los Ministros.

De acuerdo con el art. 4o., los Ministros pueden ser militares o civiles, de manera que parece claro que la limitación anotada no rige en este caso. El Presidente de la República, en cambio, debe ser miembro de la Fuerza Armada al momento de su designación, no quedando claro qué debía suceder al pasar a retiro.

La práctica ha establecido que los Ministros al pasar al retiro, renuncien a su cartera (todos los Ministros de Estado hasta la fecha han sido miembros de la FF.AA.). Práctica inversa se ha dado en el caso de la Presidencia de la República. Cuando el Gral. Velasco en enero de 1969 pasó al retiro, fue ratificado como Presidente por la Junta Revolucionaria.

(78) GRAHAM HURTADO, José... Conferencia sustentada en la Cámara de Comercio Norteamericana del Perú. El texto ha sido tomado de: GARCIA BELAUNDE, Domingo: *Aspectos recientes del constitucionalismo peruano (1966-1973)*, Lima, Editorial Rocarme, 1973; p. 9.

(79) Ver el interesante estudio al respecto de Dale B. Furnish: *La Jerarquía del Ordenamiento Jurídico Peruano*. En: DERECHO, Lima, No. 30, 1972; pp. 61 a 80.

(80) Aunque constituye asunto distinto, debe tomarse en cuenta en un estudio de confrontación de la Constitución escrita con la real, el uso de la legislación delegada, figura que si bien está al margen de la Constitución, se ha usado en algunas oportunidades para que el Ejecutivo promulgue Decretos con fuerza de Ley, en virtud de una autorización del Parlamento durante gobiernos de jure.

ceso al poder significan un simple golpe de Estado. Aunque consideramos que el debate en torno a esta cuestión ha quedado ya ampliamente superado, queremos de todas maneras presentarlo, sobre todo en vista de que últimamente es el país esta problemática ha reaparecido en el debate público en torno a los problemas constitucionales antes señalados (supra 1).

Hoy se acepta en doctrina, incluso por los más renuentes a ello, que por razones de necesidad no se puede privar a la función de gobierno —sea ejercida por gobiernos de jure o de facto— de la facultad de legislar.

“Con referencia a la cuestión acerca de en qué grado las normas obligatorias originadas en el poder revolucionario son designadas como normas jurídicas... vemos la resistencia del sentimiento jurídico a que, de un simple poder, o incluso de una violación de derecho, si ésta ha tenido éxito, pueda emanar derecho... la necesidad práctica del derecho exige tener un orden jurídico obligatorio tan pronto como sea posible... Quizá la simple consideración con vistas a la práctica jurídica diga que las exigencias, del orden y la seguridad jurídica, el Estado de necesidad político requieren que sea prestada obediencia a las disposiciones del nuevo poder; por esto dichas disposiciones son consideradas como normas jurídicas, aún cuando el sentimiento jurídico se resiste a ello” (81).

Sin embargo, a pesar de reconocerse la eficacia de los Decretos-Leyes de los gobiernos de facto, muchas veces se mantiene el cuestionamiento a su validez posterior, es decir cuando el gobierno defacto ha dejado el poder o cuando se restituye la validez del ordenamiento jurídico precedente.

En esta línea se da el cuestionamiento reciente del Dr. Bustamante y Rivero:

“2.- Pero frente a mis interpretaciones constitucionales sobre el derecho de propiedad, el Dr. Cornejo Chávez formula una observación de importancia. El afirma, y es exacto, que la Constitución no establece ella misma, en su propio articulado; el régimen total de la propiedad: sino sólo sus bases fundamentales: y que encarga a “la ley”, a las “leyes ordinarias”, la regula-

ción de varias de las modalidades y limitaciones de ese derecho. Esto es precisamente, según sostiene el objetante, lo que ha ocurrido al promulgarse el nuevo Estatuto de la Prensa: el Gobierno Revolucionario está cumpliendo en encargo de la Constitución al regular mediante leyes los detalles del principio jurídico de la propiedad. Pero es el caso —a mi entender— que ese Estatuto emana de dos Decretos Leyes; y los Decretos Leyes no son “leyes ordinarias”: no son “la ley” a que alude en ciertas ocasiones el articulado constitucional. Esta última “ley” es; sin que quepa duda; aquella cuyo proceso integral de formación; encargado a dos poderes del Estado, está previsto en el Título VI, arts. 124 y siguientes de la propia Carta. En cambio, cuando una revolución o una perturbación profunda en el régimen de gobierno (un receso parlamentario indefinido; por ejemplo) altera la normalidad constitucional, el “Decreto-Ley” viene a ser una forma legislativa extraconstitucional y de emergencia, un recurso transitorio de derecho consuetudinario que hace las veces de ley por razón de necesidad o fuerza mayor, para poder mantener en el exterior la personería internacional de la nación y en el interior para asegurar el funcionamiento ordinario de la vida del Estado, la provisión de sus finanzas y la subsistencia del orden. Por consiguiente, los Decretos Leyes representan instrumentos precarios de gobierno hasta tanto que la autoridad recupere su ejecutoria de legitimidad; medidas de salvamento dirigidas a preservar los elementos esenciales de la vida comunitaria mientras el pueblo decide libremente su destino final, Pero el Decreto-Ley no es estricto sensu, una ley plena y normal, pues le falta la emanación de la soberanía, la sanción de una voluntad popular legítima expresada a través de sus instituciones democráticas. Es este el elemento capital que presta a la norma legislativa su virtualidad de imperio. Prueba de ello es que, en múltiples ejemplos, una vez fenecida la etapa revolucionaria, los Decretos-Leyes son sometidos a revisión del nuevo Poder constituido y a su refrendación o su derogatoria si se descubre en algunos de ellos in-

(81) LINARES QUINTANA, Segundo... *op. cit.*, T. VI, pp. 309-310.

conveniencia sustantiva, extralimitación de materia o abuso de poder. Todo lo dicho revela hasta qué punto resulta problemático y discutible en el terreno del razonamiento jurídico afirmar que los Decretos-Leyes pueden o deben prevalecer sobre el texto y el sentido del articulado de nuestra actual Constitución . . .” (82).

La doctrina se ha ocupado del tema en dos líneas distintas. La opinión del Dr. Bustamante se inserta en términos generales en la primera de ellas. La tesis de la caducidad, postulada entre otros por Bielsa y Sánchez Viamonte, señala que, una vez restablecida la normalidad constitucional, caducan los Decretos-Leyes, los cuales sólo se han regido por la imposición de la fuerza, y alcanzaron aceptación en vista de la necesidad de que la vida del Estado no se viera interrumpida. Por tanto, con el retorno al imperio de la Constitución, si es que el Congreso no otorga validez a tales Decretos Leyes, mediante su ratificación ellos caducan, quedando a salvo los derechos adquiridos bajo su imperio.

La objeción que se formula a este punto de vista, ha sido comúnmente las de propiciar inseguridad jurídica, sin embargo, sus defensores la han sostenido precisamente desde la defensa de la seguridad jurídica, ya que —argumentan— la igualación del Decreto-Ley con la Ley, llevaría no sólo a propiciar indirectamente la violación del ordenamiento jurídico, sino a equiparar una disposición que generalmente responde a la voluntad de un grupo reducido de hombres que han usurpado el poder, con otra, fruto de un poder investido con representación democrática.

Una opinión extrema en esta línea es la postulada por Salvador Dana Montaña en la Argentina:

“ . . . 1o. esos decretos-leyes no pueden ser convalidados ni ratificados. Si el Congreso estima conveniente que alguna norma contenida en ellos continuara en vigor, podría convertirla en ley, mediante el procedimiento ordinario, en cuyo caso ella tendría efectos desde su sanción, como una ley nueva. No podría darle efectos retroactivos . . . 2o. que no es necesario tampoco que sean abrogados expresamente, porque caducan automáticamente, “ipso facto”, por la terminación del gobierno que le dio vida” (83).

La otra vertiente en esta materia, es la de la continuidad de los Decretos Leyes, basada en su naturaleza legislativa y en razones de seguridad jurídica. Esta tesis sostiene que los Decretos Leyes mantienen su vigor de ley, hasta que no sean derogados expresamente por el Congreso.

Para Enrique y Marcelo Aftalión no existe otra alternativa que la siguiente:

“O los Decretos Leyes tienen fuerza de leyes y valen como tales desde el momento en que han sido dictados hasta tanto no sean derogados y entonces la ratificación es superflua o, en cambio, siempre carecieron de validez, no siendo obligatorios ni siquiera bajo el gobierno de hecho que los dictó, hipótesis esta última inaceptable porque conduciría al caos . . .” (84).

En el caso de una revolución, este problema no parece trascendente. La sustitución de la base del ordenamiento jurídico, hará que los actos legislativos del gobierno revolucionario tengan una fuente de validez distinta a la del ordenamiento precedente. Una nueva norma base que da coherencia al sistema legislativo.

En cambio el problema sí parece tener algo más de interés en el caso de los golpes de Estado, en lo que no se da la sustitución del ordenamiento jurídico. Una somera revisión histórica puede ser de interés para ver las soluciones que se han dado en los diferentes casos.

En primer lugar, cabe anotar que solamente una vez se han puesto en funcionamiento los mecanismos constitucionales para sancionar como acto ilícito un golpe de Estado triunfante. En la realidad ha predominado una aceptación de la imposición fáctica de un gobierno al margen de los mecanismos

(82) Bustamante réplica a Cornejo. En: *Caretas*, No. 504 del 8 de octubre de 1975.

(83) DANA MONTAÑO, Salvador: *La duración de los Decretos-Leyes dictados por el gobierno provisional*. En: *La Ley*, Buenos Aires, T. 90, 1958; p. 672.

En el Perú, al amparo de ésta tesis podría invocarse el art. 19 de la Constitución: la nulidad de los actos de quienes usurpan funciones.

(84) AFTALION, Enrique y AFTALION, Marcelo. . . *Los Decretos Leyes ante la Constitución real*. En: *La Ley*, Buenos Aires, T. 114, 1964; p. 879.

constitucionales. Constituyen situación excepcional las sanciones al régimen del General Cáceres aprobadas por el Parlamento posterior mediante ley del 20 de diciembre de 1845, la cual anuló la ley que proclamó Presidente a Cáceres y también declaró nulos sus actos gubernativos así como las leyes promulgadas durante su gobierno (85).

Las actitudes posteriores han sido diversas pero en ningún caso han reproducido una medida de esa naturaleza. Todo lo contrario. Entre las situaciones más recientes y sólo en referencia a la validez posterior de los Decretos-Leyes, tenemos que la Constituyente de 1931 mediante Ley No. 7476 nombró una Comisión para revisar los Decretos Leyes del gobierno de facto, la mayoría de los cuales fueron ratificados mediante leyes posteriores (7477, 7497, 7501, 7506, 7510 y 7513). La ley No. 7476 declaró asimismo, la insubsistencia de algunos Decretos Leyes que fueron dictados con posterioridad a la fecha señalada para su instalación. Esta declaración, sin embargo, no afectó Decretos-Leyes anteriores.

Las leyes dadas para ratificar Decretos-Leyes, utilizaron fórmulas diversas. En algunos casos "sancionan", lo cual hace suponer que consideraron que nunca tuvieron verdadero vigor. En otras oportunidades declararan "subsistentes y en todo su valor legal", lo que implica reconocer que sí lo tuvieron. En todo caso, es evidente que la Constituyente entendió que era necesario su pronunciamiento sobre la situación de los Decretos Leyes promulgados por el gobierno de facto.

En 1950 el Congreso instalado después de las elecciones, promulgó la Ley No. 11490 para ratificar los Decretos Leyes de la Junta de Gobierno, utilizando la fórmula de declarar que son Leyes de la República los Decretos Leyes 10889 a 11488.

En 1963, el Congreso nombró una Comisión Bicameral para el estudio de los Decretos Leyes promulgados por la Junta Militar de Gobierno de 1962. Como resultado de este estudio, se fue dando "fuerza de ley" a diversos Decretos Leyes.

Vemos que en el Perú el Congreso uniformemente ha considerado la necesidad de ratificar los Decretos-Leyes, pero es cierto que, Decretos Leyes que no fueron ratificados siguieron igualmente en vigor.

A nuestro entender esta ratificación no es otra cosa que la reiteración de su vigencia. No quita ni añade nada. Tan es así que cuando un Decreto Ley ha debido ser derogado, el Congreso de 1963 utilizó la palabra "deróguese" o "modifíquese", no pudiéndose derogar o modificar algo que no tenía fuerza de ley; es claro el reconocimiento implícito.

Para finalizar este acápite, queremos señalar que los Decretos-Leyes de los gobiernos de facto que significan sólo una interrupción de la vigencia plena de la Constitución, son el caso de una mutación constitucional, ya que si bien la Constitución escrita, no reconoce sino una sola forma de generar la ley, podemos decir que en el Perú en la realidad, existen dos vías para dar leyes, una forma prevista en la Constitución escrita, que implica un procedimiento legal y otra excepcional, que opera en tiempos de gobiernos de facto, que pertenece a la constitución real y que es mediante Decretos-Leyes.

Los Decretos Leyes han funcionado y funcionan como leyes en la consideración de legisladores, magistrados, abogados y en la de la colectividad en general. Así pues la constitución real, integrada por fuentes consuetudinarias y jurisprudenciales equipara la Ley y el Decreto Ley, lo cual, conforme lo hemos señalado, constituye una mutación constitucional; los artículos pertinentes de la Constitución así como el art. I del T.P. del C.C., han cobrado en el mundo de las vigencias una realidad distinta a la normada, la cual es reconocida por la comunidad con poder normativo. Estamos pues ante una típica mutación constitucional que pone en práctica procedimientos distintos al texto de la Constitución escrita.

La constatación de esta situación, en función de lo afirmado en los acápites anteriores nos lleva —en el caso del golpe de Estado— a refrendar la opinión de Enrique y Marcelo Aftalión, que aunque formulada para el caso argentino, es aplicable también en nuestro país.

"... la Carta Magna nada establece sobre la extraña situación que se produce cuando el Poder

(85) BASADRE, Jorge. . *op. cit.* T. VI; pp. 3017, 3018.
CORNEJO, Mariano H. . . . *Discursos parlamentarios y políticos*, T. II, pp. 14 a 16.

Ejecutivo es derrocado por vía revolucionaria y los nuevos gobernantes disuelven el Congreso, dejando subsistente, por lo demás, el Poder Judicial y admiten la validez general de la Constitución nacional. Esta situación no obstante se ha producido en los años 1930-43-55-62. El país entero vivió normalmente acatando las normas generales (Decretos-Leyes) promulgados por esos Gobiernos de facto, cosa que también hicieron los tribunales en sus fallos. De esta suerte puede decirse, sin lugar a dudas, que cualquiera sea la doctrina más o menos autorizada que pueda referirse a dicha situación evidentemente contraria a la Constitución legal, el régimen de los gobiernos de facto se fundamenta en una costumbre general y constituye así toda una creación de nuestro Derecho constitucional consuetudinario". (86)

4.2.4. La Jurisprudencia

En el Perú, a diferencia de otros países, no existe lo que se conoce como una doctrina de facto (87), es decir un conjunto de principios elaborados jurisprudencialmente aplicables frente a la realidad de los gobiernos de facto a los cuales se les intenta dar un tratamiento jurídico. Solamente encontramos fallos judiciales dispersos en diferentes épocas, y una actitud bastante uniforme de los magistrados de no pronunciarse sobre el asunto de los gobiernos de facto (ver supra 1).

La jurisprudencia existente está fundamentalmente dirigida a resolver los efectos legales de los gobiernos de facto. La más antigua que hemos encontrado es respecto a la vigencia de los Decretos Leyes y abraza la teoría de la caducidad que, como vimos, pareció inspirar a los Constituyentes de 1931.

"No habiendo sido ratificado por el Congreso Constituyente el Decreto Ley No. 6983, la propiedad de tesoros hallados antes de la vigencia del nuevo Código Civil, está regida por las disposiciones del Código derogado". (88)

Luego nos encontramos con una Resolución de la Corte Suprema, resolviendo un Habeas Corpus planteado en 1949 contra la ley de Seguridad Interior. La jurisprudencia versa sobre facultades legisla-

tivas de los gobiernos de facto, que es el tema sobre el cual más se ha pronunciado.

"... que dicho Decreto Ley tiene el mismo valor o eficacia que los otros decretos-leyes emanados de la misma fuente, al estar investida la Junta Militar de Gobierno de funciones legislativas, única forma como un gobierno de facto puede dirigir la vida política, económica y jurídica del país...". (89)

Interesa en este mismo caso la opinión del Fiscal, Dr. Villegas, quien se pronunció en sentido diverso al de la Resolución.

"... pero no se justifica en manera alguna que la autoridad del Poder Ejecutivo, aún cuando no se tratara de un Gobierno de facto, sino de uno emanado del sufragio popular, se atribuya facultades que sólo al Congreso pertenecen máxime si se procede como en el Decreto-Ley No. 11049, desconociendo preceptos de la Carta Fundamental del Estado". (90)

En sentido contrapuesto fundamentó su voto el señor León y León, quien proclamó que la Constitución estaba en suspenso durante el gobierno de facto, mientras se normaliza el país. (91).

Con posterioridad, nos encontramos con una Resolución de la Corte Suprema del año 1965, también sobre vigencia de los Decretos Leyes.

"Los decretos leyes que expiden los gobiernos de hecho que asumen la función legislativa, rigen mientras no sean ratificados por el Congreso, o sean derogados, modificados o sustituidos por otra disposición legal semejante". (92).

(86) AFTALION, Enrique R. y Marcelo E. *op. cit.*, pp. 873-874.

(87) LINARES QUINTANA, Segundo. *op. cit.* pp. 452 y siguientes.

(88) En: GARCIA BELAUNDE, Domingo... *El Constitucionalismo peruano y sus problemas*, p. 4.1.8.2.h.

(89) HABEAS CORPUS - Ley de Seguridad Interior de la República. En: Rev. de Jurisp. Peruana, año 1950; p. 345.

(90) *Ibidem*, p. 343.

(91) *Ibidem*, p. 347.

(92) En: GARCIA BELAUNDE, Domingo... *El Constitucionalismo peruano y sus problemas*; p. 4.1.8.2.h.

Aquí pues hay un criterio diverso al de 1938 y postula la Corte la continuidad de los Decretos-Leyes que no hayan merecido la consideración del Congreso.

El reconocimiento de atribuciones legislativas a los gobiernos de facto, le encontramos también en la opinión vertida por el Dr. Domingo García Rada, como Presidente de la Suprema después del acceso al poder del Gobierno Revolucionario en 1968.

“En anteriores oportunidades el Tribunal Supremo ha aceptado como válidas las facultades legislativas de que se inviste una Junta de Gobierno. Conforme el artículo 6o. del Estatuto Revolucionario el Presidente de la República ejerce las atribuciones que la Constitución otorga al Poder Ejecutivo y con el voto favorable del Consejo de Ministros, las del Poder Legislativo mediante Decretos Leyes... Estima la Sala que a todo gobierno de facto le es necesario hacer uso de las facultades que la Constitución confiere al Poder Legislativo, pues de lo contrario estaría imposibilitado de realizar aquellos actos administrativos que conforme a la Constitución necesitan estar amparados por determinada ley. Por otro lado, la intensidad de la vida moderna exige a diario la dación de nuevas normas de derecho destinadas a resolver situaciones antes no presentadas”. (93)

A partir de 1968, nos vamos a detener en tres fallos en los cuales podemos encontrara la toma de una posición por parte del Poder Judicial sobre el problema que nos ha venido ocupando en este trabajo. Asimismo, cabe destacar que han sido durante este Gobierno tres los asuntos que predominantemente han motivado pronunciamientos en esta materia: Libertad de Prensa, Expropiaciones y Deportaciones; ello siempre ante Habeas Corpus presentados para la defensa de derechos constitucionales.

El primero es el recurso de Habeas Corpus presentado en 1968 por la Internacional Petroleum Company (IPC), contra los Decretos Leyes que expropiaron el complejo industrial de Talara y anulaban el Aqta de Talara.

En el recurso se plantea la nulidad de los mencionados Decretos-Leyes, no porque tengan este carácter, sino porque en su contenido se oponen a la

Constitución y, aplicando el Código Civil y la Ley Orgánica del Poder Judicial, se debe preferir el precepto constitucional cuando está en conflicto con otro de menor rango.

Según la I.P.C., se violó la Constitución porque los actos realizados implicaban la administración de justicia por un Poder distinto al que constitucionalmente está encargado; se trataría de una usurpación de funciones, y por tanto los actos realizados son nulos en aplicación del art. 19 de la Constitución.

Con esta violación se alegan otras más. Nos interesa la que señala que también se ha violado lo dispuesto por el mismo Estatuto Revolucionario, ya que éste no confiere facultades judiciales al Poder Ejecutivo. La I.P.C. no objetó a los Decretos Leyes como verdaderas leyes y reconoció el Estatuto Revolucionario como fuente de derecho.

El pronunciamiento del Tribunal Correccional ofrece diversos puntos de interés:

“... que la multiplicidad de alegaciones formuladas por la Internacional y los hechos invocados como actos violatorios de sus derechos, inciden y están subordinados fundamental y esencialmente, a la expedición y vigencia de los referidos decretos leyes;... que sin embargo es evidente que los yacimientos fueron reivindicados por la ley catorce mil seiscientos noventa y seis, y que por la ley dieciseis mil seiscientos cincuenticuatro, dictada por el último Congreso de la República, se señaló al Poder Ejecutivo el mejor camino a seguir, no sólo el más conveniente para el interés nacional, sino el más favorable, por lo que la Junta Militar a mérito de sus Decretos Leyes Números tres y cuatro, puso término al régimen de privilegio, anulando los contratos de agosto y setiembre último, expropiando y tomando posesión del Complejo Industrial de Talara y las instalaciones de Verdum Alto, con sus anexos y accesorios; que debe tenerse muy en cuenta que para esto la Fuerza Armada, no actuó de motu-propio, sino que previamente asumió el mando de la Nación avocándose en la práctica los Poderes Legislativo y Ejecutivo, bajo un rígido Estatuto inmodificable.”

(93) GARCIA RADA, Domingo... *op. cit.*; p. 7.

ble, en el que, promete actuar conforme a la Constitución del Estado e imprimir a sus actos un sentido eminentemente nacionalista (*). . . que la Junta Militar Revolucionario recogiendo el anhelo unánime de la ciudadanía, al dictar los Decretos Leyes que se pretenden impugnar y al ocupar el complejo industrial, se ha ceñido al mandato de la ley dieciséis mil seiscientos setenticuatro, hay que concluir que lo ha hecho en pleno ejercicio de la soberanía nacional, por lo que no sólo no cabía la investigación derivada del Recurso de Habeas Corpus . . . sino que este mismo recurso es inadmisibles; que dentro del actual ordenamiento legal vigente no hay disposición constitucional que permita al Tribunal Correccional declarar la inconstitucionalidad de los Decretos Leyes; que es verdad que el artículo veintidos del título preliminar del Código Civil dispone que cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera; y que el artículo octavo de la ley orgánica del Poder Judicial establece que cuando los jueces y tribunales encuentren que hay incompatibilidad entre las referidas disposiciones, se prefiere la constitucional; pero no faculta a declarar la anticonstitucionalidad de la Ley o Decreto Ley . . . ”. (94)

La Corte Suprema ratificó esta sentencia, señalando entre los considerandos que los Decretos-Leyes en cuestión han sido expedidos “en ejercicio de las funciones establecidas en el artículo sexto del Decreto-Ley número diecisiete mil sesentitres” (Estatuto Revolucionario). Y el Fiscal en su informe señaló que:

“El Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada, al tomar el mando asumió también las funciones de los Poderes Legislativos y Ejecutivo, por consiguiente, las disposiciones emanadas de aquél tienen carácter de leyes del Estado; es obvio que en este caso el Poder Judicial carece de facultades para declarar la nulidad de las mismas, debiendo actuar con estricta sujeción a lo que disponen los artículo XXII del Título Preliminar del C.C. y 8o. de la L.O. del P.J.” (95)

Algunos aspectos debemos destacar. Primero, tanto la Corte como el Tribunal y el demandante

equiparan el Decreto Ley a la Ley, no habiendo ningún cuestionamiento sobre el particular. En base a esa equiparidad es que la Corte resolverá que no tiene facultades para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, y por tanto tampoco de los Decretos-Leyes. De esta manera queda claro, una vez más, la aceptación en la constitución real de los decretos leyes como otra modalidad de ley.

En la sentencia del Tribunal hay un evidente reconocimiento del gobierno de facto, y de esa modalidad de acceso al poder, cuando se refiere a que “la Fuerza Armada no actuó de motu-propio, sino que previamente asumió el mando”. Se reconoce la actuación del Gobierno Revolucionario en base a un hecho: la asunción del mando por la fuerza.

Tanto el Tribunal como la Corte admiten el Estatuto Revolucionario como fuente legislativa. El Tribunal parece fundar este reconocimiento en una premisa que consideramos inexacta: al asumir el gobierno por la fuerza y al promulgar su Estatuto, el gobierno no prometió actuar conforme a la Constitución, como se afirma. Como hemos visto se trata precisamente de lo contrario, ya que el Estatuto sujeta a ésta a los fines que él enumera atribuyéndole un rol supletorio. Lo cual, es evidente, la Corte y el Tribunal de entonces se negaron a admitir.

Sin embargo en estas decisiones judiciales, hay algo más que la simple negativa a declarar la nulidad de decretos leyes, nos parece que existe un reconocimiento al gobierno de facto, y concretamente a su norma base, así como de los efectos legales que estos gobiernos producen, aunque ciertamente el golpe de Estado, lo que nos permite reiterar en la aceptación usual de este fenómeno, y en la implantación de vigencias opuestas a la Constitución.

Otro fallo reciente que nos interesa, es el emitido en 1969 en una acción de Habeas Corpus contra el Decreto Ley No. 18017 dejó en suspenso las elecciones municipales.

Dice el Juez de Primera Instancia:

“A) Que es una realidad innegable que el actual

94) Diario oficial “El Peruano”, 12 de noviembre de 1968. Exp. 969-68.

95) *Loc. cit.*

(*) El subrayado es nuestro.

gobierno, por efecto de su Estatuto Revolucionario, de fecha tres de octubre de mil novecientos sesentiocho, asumió las facultades legislativas; B) Que en tal virtud con acatamiento de los gobernados ejercita constantemente su función legiferante de acuerdo a sus fines y a las necesidades públicas; C) Que si bien es discutible en doctrina la validez de esa arrogación, es también reconocida la necesidad que el Gobierno provoca a su ejercicio en las circunstancias presentes;...”. (96)

En esta primera parte del fallo del Juez de Primera Instancia, tenemos que se limita a efectuar constataciones de hecho en los dos primeros acápi-tes, y en el tercero a señalar que ante ellos, es reconocida por razón de necesidad de que el Gobierno ejercite la función legiferante. La referencia al Estatuto es muy cautelosa; se hace simplemente para constatar que en virtud de tal, se ejerce la función legislativa, la cual se juzga necesaria.

En su segunda parte, el Juez de Primera Instancia relaciona la coyuntura que se vive con la realidad del gobierno de facto y el Poder Judicial.

“...D) Que en esta coyuntura así como es una exigencia que el Poder Judicial preserve la vigencia del orden constitucional dando amparo a todo caso de transgresión de los derechos individuales y sociales inherentes a la persona humana, corresponde en salvaguarda de su misma independencia rechazar toda pretensión encauzada a la definición judicial sobre prevalencias de derechos o instituciones de contenido o carácter político...”. (97)

Es decir de acuerdo al criterio señalado, el Poder Judicial puede amparar derechos individuales y sociales, pero por una razón de subsistencia no puede declarar derechos o instituciones de carácter político; no es que no sea función del Poder Judicial, sino que “en esta coyuntura” y en “salvaguarda de su independencia”, no puede declarar tales derechos.

Finalmente, el Juez decide que por versar la demanda precisamente sobre estos derechos, es imprecendente y además porque la Acción Popular se puede esgrimir sólo en contra de resoluciones y de-

cretos gubernativos del Ejecutivo, y ésta es una ley, equiparando así nuevamente la ley con el decreto ley, cosa que hoy como se ve no admite discusión.

“...siendo evidente que la norma impugnada es de otra naturaleza, pues al ratificar la suspensión de los efectos de una ley y regular la provisión y actuación de los Concejos Municipales, es obvio que concierne el uso de una facultad legislativa; G) Que esta última consideración se desprende también de la formalidad con que se dio y publicó el propio Decreto-Ley, conforme a lo preceptado por tal hipótesis por el art. 6o. del precitado Estatuto”. (98)

Por último queremos resaltar una sentencia que se ocupa de los problemas que venimos analizando en una forma harto distinta a las anteriores. Abandonando las preocupaciones que encontrábamos en las otras, determina en una forma muy directa que el art. 5o. del Estatuto Revolucionario da validez a las acciones del Gobierno encaminadas a lograr la transformación de las estructuras en el Perú. Lo que hace el Tribunal en este caso, además de pronunciarse claramente sobre la revolución como fuente de derecho, es prácticamente limitarse a analizar si la acción realizada tiene o no justificación desde la óptica del cumplimiento de los fines de la revolución.

Se trata de la sentencia que recayó en el Habeas Corpus interpuesto en setiembre de 1973, cuando se impidió el ingreso al país del señor Raimundo Duharte, Presidente de la Sociedad de Industrias.

“Lima, enero ocho de mil novecientos setenta y cuatro.- Autos y vistos; oído el informe oral y considerando: que a fojas treintiuna, doña Gladys Fernández Cornejo de Duharte, invocando lo estatuido en los artículos sesentisiete, sesentiocho, y sesentinueve de la Declaración de los Derechos Humanos y trescientos cuarentinueve y trescientos cincuentauno del Código de Procedimientos Penales, y el mérito de los recaudos insertos de fojas tres a fojas treinta interpone

(96) Archivo. Dr. Domingo García Belaúnde.
mingo García Belaunde.

(97) *Loc. cit.*

(98) *Loc. cit.*

recurso de habeas corpus, en favor de su esposo, Raymundo Duharte Castre, a quien el dieciséis de noviembre de mil novecientos setentitrés se le impidió proseguir el vuelo número setecientos setenticinco de la Línea KLM iniciado en la ciudad de Caracas con destino a Lima, hecho admitido por el Señor Ministro del Interior, General Ejército Peruano Pedro Richter Prada, justificando la medida adoptada en las actividades del citado Duharte, contrarias al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, cuya obra innegablemente concita el respeto y reconocimiento de valiosos sectores de la ciudadanía, porque a nadie escapa en estos momentos tan significativos de la Historia Nacional, los profundos cambios de que es objeto la sociedad peruana, en sus diversos aspectos; tarea que supone no sólo la creación de una estructura material y técnica adecuada a la promoción del país, sino también la formación de una mentalidad ciudadana que al estímulo de los valores encarnados en los símbolos patrios induzca a sumar esfuerzos en la concreción de los fines trazados por la sociedad; que ese importante cometido requiere igualmente de un ordenamiento jurídico concebido e interpretado sin desvincularlo de las exigencias impuestas por las necesidades sociales del presente, las mismas que se hallan resumidas en los fines explicados y enunciados en los artículos primero y segundo del decreto ley diecisiete mil sesentitrés de tres de octubre de mil novecientos sesentiocho y que en lo que atañe al Poder Judicial, constituyen los criterios rectores que debe inspirar su positiva contribución al proceso que "reclama el bienestar del pueblo peruano y el desarrollo del país", nuevo enfoque que revela con comprensible claridad que el artículo quinto del Estatuto del Gobierno Revolucionario no es incompatible con la Constitución del Estado, sino que es el punto de entroncamiento entre ambas normas legales, desprendiéndose, como consecuencia que las garantías individuales y sociales adquieran sentido y dinamismo en la medida en que los actos por ellas protegidos guardan armonía con los objetivos nacionales que en la hora actual, es obvio recalcarlo, genera a cada ciudadano específicos deberes y la oportunidad de elegir entre dos sistemas sustancialmente excluyentes en cuanto a sus motivaciones y finalidades: uno, que ineludiblemente condujo a la Nación a la

dependencia económica, cultural e internacional; y otra, tendiente a superar esa anómala situación propendiendo a formar una sociedad caracterizada por un superior nivel de vida, la integración de los peruanos y el fortalecimiento de la soberanía y dignidad nacionales; que de otro lado, el mencionado decreto ley, surgido de trascendentes acontecimientos históricos enaltecidos por sus proyecciones nacionalistas soberanas y humanistas, ha dado lugar a numerosos dispositivos legales dirigidos a reordenar las funciones públicas y las variadas expresiones del esfuerzo privado, normas que son acatadas y aplicadas cotidianamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales, de modo que tampoco es admisible se cuestione su legalidad y vigencia; que al calificarse la conducta de Duharte Castre de contraria al espíritu y letra del Estatuto del Gobierno Revolucionario, tenemos que inferir que se ha estimado su actuación como opuesta a los principios, postulados y fines de la nueva orientación que se está imprimiendo al país en sus realizaciones internas y exteriores: declararon infundado el recurso de habeas corpus interpuesto a fojas treintiuna por Gladys Fernández Cornejo de Duharte, a favor de Raymundo Duharte Castre contra el señor Ministro del Interior, General Pedro Richter Prada; ordenaron su archivamiento definitivo, Freyre Villavicencio - Mantero Fetzer - Romar Arana - Secretario - Pedro Romero" (99).

Ciertamente esta sentencia va bastante lejos, es el reconocimiento de un campo libre de acción al Gobierno Revolucionario, en función del cumplimiento de los objetivos de éste. Han habido cambios de criterios en Poder Judicial; desde aquellas declaraciones de "neutralidad" en las Memorias, o desde aquellas sentencias preocupadas en la validez de los decretos leyes, se ha llegado recientemente a declaraciones como la que hemos transcrito. Y es que, sin duda, las medidas de reorganización del Po-

(99) Diario "La Prensa", 10 de enero de 1974.

der Judicial que median entre aquellas y ésta han producido algunos cambios de actitud. Lamentablemente la Corte Suprema de la República, a pesar de que tuvo en consideración muchos meses este caso, no llegó a pronunciarse sobre él, ya que hubiera sido interesante conocer cuan difundido estaba este criterio en nuestro Poder Judicial.

Al concluir, queremos reiterar la importancia de plantear el estudio del Derecho Constitucional en confrontación con la realidad. Por ello creemos fundamental no perder de vista las vigencias constitucionales y el fenómeno de las mutaciones. En este contexto, hemos planteado un problema, el de los gobiernos de facto, acerca del cual reiteramos el interés que reviste el estudio de este fenómeno desde el punto de vista jurídico, para lo que es menester dejar de lado una posición formalista que hasta ahora ha primado, y que ha conducido a excluirlo del ámbito del estudio del Derecho.

Consideramos, que el Derecho Constitucional peruano no puede seguirse centrandó en una exégesis del texto constitucional. No puede nutrirse más de una visión estancada en instituciones teóricamente perfectas, en principios valiosos en sí mismos. Es menester estudiar el derecho en funcionamiento, volver los ojos a la realidad constitucional, usar del aporte de otras ciencias que tienen que ver con el ordenamiento de la vida del Estado. Hay que "desacralizar" el Derecho Constitucional, y estudiarlo dentro del contexto histórico, social y económico, sin proclamar principios absolutos, prestando atención a las vigencias y a la realidad constitucional.

Lima, octubre de 1974

REFORMA AGRARIA PERUANA

¿UNA NUEVA IDEOLOGIA JURIDICA?

A modo de Introducción. 1. Conceptos Ideo-Jurídicos. 1.1. La autonomía del ordenamiento jurídico. 1.2. La seguridad jurídica. 1.3. La naturaleza de la norma jurídica. 2. El grado de alteración. 2.1. Nivel Legislativo. 2.1.1. La autonomía del ordenamiento jurídico. 2.1.1.1. La seguridad jurídica. 2.1.3. El derecho regulatorio. 2.2. Nivel aplicativo e interpretativo. 2.2.1. Criterios de interpretación legal en el Tribunal Agrario. 3. La explicitación de los cambios. 4. Lineamientos de una nueva conceptualización jurídica. 4.1. La norma jurídica. 4.2. La administración. Anotación final.

A modo de introducción.

Los procesos sociales suelen ser elementos útiles para los efectos del análisis de la evolución jurídica en un país determinado. El fundamento de la anterior proposición reside en la constatación, indiscutible, de que los sistemas legales (y, por tanto, los aparatos ideológicos que les dan origen y legitimidad) poseen un ritmo evolutivo no siempre susceptible de ser examinado de manera absolutamente autónoma e independiente.

Existe una base teórica que hace posible la comprensión de los fenómenos de relación entre el Derecho (entendido como "sistema legal") y el proceso social subyacente. Dicha base teórica parte, a su vez, del reconocimiento de que los sistemas jurídicos concretos se originan y, también, se ven explicados por las relaciones sociales concretas que se generan entre los hombres. Este enunciado teórico ha sido interpretado o, mejor dicho, malentendido, de maneras muy diversas. Se ha dicho, por ejemplo, que la relación de determinación que existe entre los procesos sociales y el Derecho sólo es posible de ser detectada a nivel de cada norma jurídica en su integridad. Otras interpretaciones han exagerado di-

chas relaciones de determinación, hasta el punto de no reconocer en el Ordenamiento Jurídico una autonomía e independencia que permita su análisis al margen de las constantes referencias a la economía. Ambos tipos de interpretaciones incurrieron en una seria deficiencia conceptual: la consistente en ignorar, por un lado, la homogeneidad y coherencia que caracteriza a los sistemas legales y, por el otro, la posible influencia de los fenómenos jurídicos en la gestación, precipitación y desenvolvimiento de alteraciones muy importantes en el nivel de las relaciones sociales.

A diferencia de otras etapas en el desarrollo de los estudios teóricos a este respecto, hoy en día se tiende a relieves la importancia del análisis de los fenómenos jurídicos desde una doble perspectiva: por un lado, entendidos como fenómenos en última instancia determinados (1) por los caracteres que asume la estructura económica, y, por el otro, como factores decisivos en la generación y conformación de procesos conectados con el devenir concreto de las relaciones sociales.

A partir de la perspectiva teórica mencionada, el proceso social que se desarrolla en nuestro país en los últimos años, ofrece innumerables ejemplos

(1) "Determinación en última instancia", constituye un concepto extensamente desarrollado por autores tales como Nikos Poulantzas. Alude a que, en la matriz de un modo de producción capitalista o predominantemente capitalista, las instancias superestructurales se ven, en última instancia, explicadas por las relaciones sociales de producción, las cuales —en su conjunto— configuran la denominada "estructura". Alude, también, implícitamente, a la "Autonomía Relativa" e independencia que mantienen dichas instancias superestructurales, constatación que constituye el punto de partida teórico del interés por su estudio y análisis en tanto instancias específicas.

de alteraciones sustantivas en los enunciados ideológicos (2) que sirven de base de legitimidad al Derecho. En mayor grado en algunos casos que en otros, el análisis del sistema normativo peruano de los últimos años parece confirmar el hecho de que se están cuestionando seriamente algunas de las bases conceptuales de la ideología jurídica tradicional. En ese sentido, tal vez la Reforma Agraria, en mayor medida que otros procesos socio-jurídicos, muestra con mayor claridad y nitidez la alteración de esas bases conceptuales. En las líneas siguientes, veremos a través de qué ejemplos y niveles de análisis podemos trabajar dicha hipótesis.

1. Conceptos ideo-jurídicos.

Juzgamos que, para los efectos de nuestro análisis, podemos considerar y definir algunos de los soportes conceptuales de la ideología jurídica tradicional. Nos interesan, principalmente, tres de ellos:

1.1. La autonomía del ordenamiento jurídico:

Tradicionalmente, la gran mayoría de los estudiosos de la "Ciencia del Derecho" han considerado a éste como un conjunto de normas, procedimientos y aspectos sujetos a la influencia de reglas y dinámicas propias e independientes del contexto social en que se ubica. A partir de esta concepción del Derecho como un Orden "Autónomo" se ha evitado una confrontación entre el proceso social y el proceso jurídico y, lo que es más grave aún, se ha pensado que, en el común de los casos, la labor de aplicación del Derecho en sí se halla ausente de influencias políticas y que, por ende, dicha aplicación responde a condicionamientos estrictamente vinculados con la propia racionalidad jurídica. Se ha pretendido demostrar, pues, que "Política" y "Derecho" constituyen dos órdenes completamente distintos y sujetos —cada cual— a sus propias reglas.

Está demás insistir en las graves consecuencias de este planteamiento tradicional: desvincular al Derecho de la realidad social en que se ubica y a partir de la cual nace, significa, en cierto modo, determinar el marco a partir del cual se postula que el ordenamiento jurídico no tiene por qué atender a los requerimientos de una sociedad en la que sus actores están en conflicto, estableciéndose relaciones de dominación por parte de unos grupos sobre otros.

1.2. La seguridad jurídica: La noción de "Seguridad Jurídica" ha sido planteada tradicionalmente por los tratadistas, a través de cualquiera de las dos variantes siguientes: entendida como Seguridad "a través" del Derecho, formulación que desenmascara el rol conservador del ordenamiento jurídico; y, también, entendida como la seguridad "del" Derecho mismo (3). En cualquiera de ambas variantes, se llega a una racionalización evidente de algo que a la ideología jurídica tradicional no le interesa explicitar: que el ordenamiento jurídico gestado a partir de la vigencia de un modo de producción capitalista, es un conjunto de normas construidas y diseñadas con la finalidad de proteger y vigilar el normal desenvolvimiento de las unidades productivas dentro de un sistema de mercado (4). Dicha racionalización, es decir, el mecanismo por el cual se oculta una realidad que no interesa explicitar, se da a través de algunos resortes conceptuales que han sido tratados de manera independiente: la irretroactividad de las leyes (base conceptual que no permite que, en épocas de intenso cambio social, las bases sobre las que se asienta el poder dominante de unos grupos sobre otros, sean puestas en cuestión o desvirtuadas a través de mecanismos legales); los derechos adquiridos (el elemento subjetivo que resalta de ese interés de prevenir momentos de desequilibrio o conmoción social), "Irretroactividad" y "Derechos adquiridos" son, pues, algunos de esos soportes conceptuales que se vertebran en torno al eje teórico de la "Seguridad Jurídica".

1.3. La naturaleza de la norma jurídica: Las tradicionales concepciones en torno a la norma jurídica (entendida como pauta normativa para regular

(2) Efectivamente, varias de las reformas emprendidas por el actual régimen, han abierto "brechas" notables en el armazón ideológico y político construido por el liberalismo y su expresión sistemática: el capitalismo.

(3) Tal distinción fue originalmente planteada por Gustav Radbruch. A ese respecto, ver: RADBRUCH, Gustav... "Introducción a la Filosofía del Derecho" Fondo de Cultura Económica, México, 1965, pág. 40.

(4) A este respecto, son particularmente interesantes las nociones contenidas en: POULANTZAS, Nikos... "Hegemonía y Dominación en el Estado moderno" Córdoba, Editorial "Pasado y Presente", 1969, pp. 27 y 28.

las relaciones inter-individuales o intergrupales, o las que se dan entre el Estado y los particulares), han tenido irremisiblemente a no considerar como elementos propios de la normatividad a factores tales como la persuasión política o el empleo de mecanismos extra-formales en la orientación de los programas de los Estados y los movimientos sociales. Con lo anterior, lo que se logró fue solamente una parte de los atributos de la normatividad fuera la que se considerara y, paralelamente, que se omitiera la importancia (incluso en términos "jurídicos") de otros aspectos que en sociedades actuales constituyen precisamente uno de los resortes y mecanismos más importantes en la implementación del cambio social. El inmovilismo y conservadorismo del Derecho y la normatividad, tenían, pues, un asidero teórico que nunca fue explicitado.

Para los efectos del análisis del grado de alteración que han sufrido estos conceptos dentro de la dinámica socio-jurídica del proceso de Reforma Agraria, es preciso efectuar una distinción a partir de un requerimiento metodológico: pese a que el "mundo del Derecho" contiene elementos **legislativos** y elementos **aplicativos** (los cuales invariablemente le otorgan homogeneidad e integridad y, por tanto, su distinción conceptual no resulta siempre pertinente), es preciso que, para facilitar nuestro análisis, hagamos una distinción entre lo que constituye el aspecto "legislativo" del proceso de reforma agraria peruana y lo que es, más bien, el aspecto "aplicativo" o, si se quiere, "interpretativo". Tal distinción será efectuada en el tratamiento de cada uno de los conceptos cuya alteración consideramos manifestada.

2. El grado de alteración.

2.1. Nivel Legislativo.

2.1.1. La autonomía del ordenamiento jurídico: En el nivel legislativo, hemos descubierto cómo, en muchísimas oportunidades, el principio tradicional de la "Autonomía del Orden Jurídico", formulado por la ideología prevaleciente, ha sido —en la práctica— desmentido por el desarrollo mismo del proceso de la reforma agraria peruana. No solamente la entrada en vigencia, sorpresiva y abrumadora, de normas afincadas en el previo análisis de factores sociales, constituye, en sí misma, un "cuestionar" (por decir lo menos) los preceptos de un orden jurí-

dico sujeto a reglas propias y con una dinámica ajena al devenir social del resto de las instituciones humanas. Mucho más allá de eso, el "desmentido" a que nos referimos, se halla presente en muchísimos otros aspectos de la nueva legislación agraria. Para

referirnos solamente a los más importantes, citaremos los siguientes:

- a) La presencia de elementos de juicio considerativos ajenos al tratamiento tradicional del orden jurídico como entidad, "autónoma" del proceso social. Por ejemplo, en el caso de la promulgación del D.L. 17719 (relativo a la nulidad de los actos y contratos celebrados por las negociaciones agro-industriales expropiadas), los considerandos están formulados expresamente sobre la base del análisis de factores de "hecho" y casi en ningún caso se recurre a la explicación normativa o doctrinaria, no jurisprudencial. ¿Qué significa todo ello? Parcialmente examinada, tal circunstancia podría denotar un cambio de concepción del Derecho en tanto entidad "autónoma", en la medida en que se recurre a un nivel argumentativo por completo ajeno a lo jurídico.
- b) La promulgación de normas que utilizan claramente el instrumental jurídico en función del logro inmediato de objetivos políticos claramente coyunturales. El D.L. 19400, por ejemplo, (5) se define a sí mismo en la necesidad de adecuar las nuevas organizaciones agrarias a la también nueva estructura de tenencia de la tierra, y —súbitamente— lo que es más significativo, sin el empleo de explicaciones jurídicas, liquida a una entidad representativa de los sectores afectados por los cambios rurales.
- c) El diseño de entidades jurisdiccionales no sólo formalmente vinculadas al Poder Ejecutivo (una de las "partes" más importantes

(5) El D.L. 19400 contiene un conjunto de normas relativas al funcionamiento y estructura de las Organizaciones Agrarias, creadas por el Gobierno con la finalidad de sustituir las modalidades asociativas establecidas con anterioridad a la Ley de Reforma Agraria.

en los procedimientos agrarios), sino efectivamente relacionadas con la política gubernamental, de la cual el Poder Ejecutivo es su principal gestor. El Tribunal Agrario forma parte del Sector Agricultura (6); sus integrantes, si bien son designados por el Consejo Nacional de Justicia (7), resultan siendo nombrados mediante Resolución Ministerial. En la práctica, el mencionado Tribunal Agrario mantiene relaciones diversas con las oficinas y entidades encargadas de la administración aplicativa de la ley. Frente a ello, distinguir claramente entre “funciones jurisdiccionales” y “funciones administrativas” o “de gobierno”, resulta poco convincente.

- d) La legitimación de conductas o criterios políticos y administrativos a través de la promulgación de normas que —indudablemente— confieren un rasgo muy importante: la “autoridad de lo promulgado legalmente”. A este respecto, resultan sumamente ilustrativos los Decretos-Leyes 20120 y 20136 (8). En ellos, tenemos la oportunidad de apreciar en qué medida una decisión política —a veces ilimitada e indiscriminadamente aplicada por los organismos administrativos correspondientes— se consagra formal y legalmente a través de dispositivos que, sin embargo, son presentados como de “garantía” a una mediana propiedad que —en la práctica— tendía a ser cada vez más afectada por la dinámica del proceso de reforma agraria.

Las mencionadas manifestaciones a través de las cuales se expresa la nueva actitud legislativa en el proceso de reforma agraria, en lo que respecta a la noción clásica de la “Autonomía del Orden Jurídico”, muestran a cabalidad los esbozos generales de una conceptualización jurídica que, al margen de su escasa o nula explicitación o coherencia formulativa, se halla subyacente al razonamiento jurídico de los legisladores.

En los lineamientos generales de un “nuevo Derecho”, escapar a las tradicionales nociones “autonomistas” de lo jurídico (que contribuían a su encasillamiento y a su incapacidad de relación con otros aspectos de la realidad), resulta un paso hacia ade-

lante de enorme trascendencia. Reconocer que el Derecho no solamente se vincula, sino que **nace** de la realidad social y económica y que, por tanto, hacia ella tiene que revertir, implica también que la infranqueabilidad del orden jurídico está siendo relativamente neutralizada.

2.1.2 La seguridad jurídica: Diversos preceptos promulgados a lo largo del desarrollo del proceso de Reforma Agraria, configuran un panorama que —a la luz de los postulados de la ideología jurídica prevalente— resultaría asombrosamente atentatorio contra la vigencia del principio de la “Seguridad Jurídica”. Tal como lo especificáramos oportunamente (9), con “Seguridad Jurídica” no sólo hacíamos referencia a la Seguridad “por medio” del Derecho, sino también al concepto, esbozado por Radbruch, de la Seguridad “del” derecho mismo. Evidenciábamos cómo la formulación de tal principio, descansaba sobre la necesidad, nunca explicitada, de dotar de “reglas de juego” seguras a una sociedad centrada en el esfuerzo privado e individual y regida por las leyes del mercado.

Ambas dimensiones del concepto han sido definitivamente afectadas en el proceso de reforma agraria. La promulgación (y subsecuente derogación) de un alto número de normas legales, situaba a las mismas en un plano completamente ajeno al de un Derecho que proporciona “Seguridad” a sus diversos sectores. Si revisamos, por ejemplo, el caso de las “Sociedades de Personas” (10) y de las Parcelacio-

(6) En virtud de la Ley Orgánica del Sector Agrario.

(7) Entidad que, en su actual conformación, mantiene un notable número de representantes designados directamente por el Poder Ejecutivo.

(8) Ambos Decretos-Leyes (el segundo sustitutorio del primero) fueron promulgados a raíz de la presión política implementada por diversas entidades representativas de los Pequeños y Medianos Propietarios agrícolas. A su vez, tal presión política, parecía tener su origen en la aceleración del proceso de afectaciones en algunos valles de la Costa.

(9) Nos referimos a la distinción elaborada teóricamente por Radbruch, y a la cual nos hemos referido en extenso.

(10) En el caso de las “Sociedades de Personas”, el D.L. 17716 contenía un conjunto de normas que obligaban a la conversión de todas las Sociedades mercantiles por acciones en “Sociedades de Personas”. Estas últimas, parecían

nes por Iniciativa Privada (11), constatamos —también— que ni aún lo que vendría a ser la “Seguridad del derecho mismo” queda sólidamente garantizada, ya que sucesivos dispositivos quedaban sin aplicación alguna y toda la normatividad agraria parecía un edificio próximo a derrumbarse en cualquier momento.

2.1.3. El derecho regulatorio: A lo largo de la revisión efectuada en torno a los aspectos legislativos más relevantes para nuestro trabajo, consideramos importantes detenernos en una norma de textura aparentemente declarativa o enunciativa, pero —en el fondo— concebida como el punto de partida legal de política vitales en el desarrollo del proceso de la reforma agraria. Nos referimos, concretamente, a una norma del Texto Unico Concordado de la Ley de Reforma Agraria, que diseña las bases de los **PROYECTOS INTEGRALES DE ASENTAMIENTO RURAL (PIAR)**, fuente principal de un gran número de acciones de reforma agraria en nuestros días. El texto del mencionado artículo 81 es el siguiente:

“Las adjudicaciones se efectuarán con arreglo a Proyectos integrales de asentamiento rural y preparados por la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, tomando como base la fuerza de trabajo de la familia tipo expresada en unidades laborales, así como la capacidad económica de cada clase de tierras...” (12).

Se trata de un caso típico de alteración en la estructura de la norma jurídica tradicional, simplemente porque —en otro momento histórico— dicha norma no hubiera sido percibida nunca como tal, ya que posee más bien la apariencia de una mera declaración o un “deseo” (13) de que las cosas se hagan ordenadamente y de acuerdo a proyectos. Nuestro interés por esta norma (y por lo que ella entraña en cuanto al concepto tradicional de la norma jurídica), reside en el hecho de que una de las acciones más importantes que, a nivel administrativo, se ejercen en el proceso de la reforma agraria, está constituida precisamente por la implementación de estos proyectos. Entendidos como un intento de racionalizar la producción agropecuaria a nivel local y de compensar los beneficios de los agricultores poseedores de tierras de alta y baja rentabilidad, los PIAR conducen efectivamente, una buena parte de la actividad administrativa empeñada en la aceleración del

proceso de reforma agraria.

¿Qué significa —en términos de una posible nueva conceptualización jurídica— esta alteración de los caracteres de una norma? ¿Por qué, desde un principio, no fueron señaladas legalmente las atribuciones de los organismos que intervienen en el diseño e implementación de los PIAR? Consideramos que se opta por la nueva solución en la medida en que ya se hace perceptible la necesidad de que no todo esté estrecha y específicamente previsto, determinado, permitido o prohibido por la ley. En un proceso como el de la reforma agraria, dentro del cual diversas características de la dinámica de su desarrollo pueden manifestarse en cambios violentos y radicales, la peor política es la de la predeterminación y previsión de todas las circunstancias y situaciones. Cuando un grupo de agricultores, en un determinado valle peruano recibe a un funcionario de la Dirección General de Reforma Agraria y Asentamiento Rural, que porta un oficio en el que el Director suscribe un **mandato** de que esos agricultores se constituyan en una Cooperativa Agraria de Producción y que, a su vez, esta última se fusione con otra cooperativa vecina, tales agricultores —dentro del marco tradicional— tienen todo el derecho de reclamar por la fuente legal de esa de esa disposición administrativa. Los funcionarios, no pueden mostrar otro documento que no sea el texto del artículo 81 del Texto Unico Concordado de la Ley de Reforma Agraria, y ello —por cierto— no es en-

convertirse en el modelo de explotación agrícola de mediana extensión. Sin embargo, algunos meses después un Decreto-Ley estableció la obligación de que tales “Sociedades de Personas” otorgasen a sus trabajadores estables una participación no menor del 50 o/o de la Renta Neta obtenida en cada ejercicio económico.

(11) El régimen original sobre parcelaciones por iniciativa privada fue modificado en su integridad, luego de la presión ejercida por vastos sectores campesinos del país, especialmente en algunos valles cercanos a Lima. Muchas de las parcelaciones efectuadas de acuerdo a cualquiera de ambos regímenes, sin embargo, fueron declaradas nulas luego de un procedimiento administrativo seguido de una reclamación ante el Fuero Privativo Agrario.

(12) Artículo 81 del Texto Unico Concordado de la Ley de Reforma Agraria.

(13) El tratadista soviético Golunskii ha desarrollado extensamente esta faceta de la normatividad.

tendido como suficiente... "Todo debe estar previsto y consagrado específicamente por la ley o los reglamentos", constituye un enunciado, de densa profusión, y originado en la ideología jurídica tradicional. Vemos que ese enunciado básico se ha modificado y convertido paulatinamente en "la ley solamente prevé lo básico, la política; de lo demás se encarga la administración pública".

Esta sustancial modificación de las reglas de juego normativas, tiene una gran importancia en un proceso de transformaciones sociales básicas. Si se continuara dentro de la lógica de la concepción tradicional de la norma jurídica, sería muy difícil el que las decisiones políticas tuvieran que adecuarse al devenir de los acontecimientos históricos. Las transformaciones, así, se harían jurídicamente más difíciles.

2.2. Nivel aplicativo e interpretativo: Las Oficinas de la Administración Pública encargadas de la implementación y aplicación de las normas legales sobre la Reforma Agraria, han demostrado un comportamiento regido por pautas distintas a las que caracterizaron al comportamiento tradicional de la burocracia. Tal constatación se ha hecho evidente en el caso de la implementación de los PIAR (Proyectos Integrales de Asentamiento Rural), en el caso de las Parcelaciones por Iniciativa Privada y, finalmente, en el ritmo de las afectaciones producidas en diversos valles de la Costa peruana. El segundo de los casos mencionados ha sido ampliamente tratado en un trabajo publicado en esta misma revista (14), en el que se demuestra a plenitud un notable grado de alteración en las políticas administrativas gubernamentales, frente a un ejemplo concreto: el de la anulación de la resolución que permitía la parcelación del fundo "Huando".

Si bien en todos esos ejemplos se ha podido demostrar un comportamiento administrativo orientado por pautas políticas distintas a las tradicionales, no ha sido menos evidente la comprobación de que el asidero doctrinario explícito en tales manifestaciones novedosas no se ha escapado considerablemente del tratamiento formalista de la problemática jurídica. Es decir, se propiciaban soluciones de orientación política diferente, pero —a su vez— tales decisiones estaban fundamentadas en criterios explícitamente "formales". Más adelante, desarrollaremos este mismo tópico, en referencia global a la ideolo-

gía jurídica implícita de la Reforma Agraria.

Algo sustancialmente distinto ocurre en el comportamiento de las entidades jurisdiccionales de la Reforma Agraria. Para los efectos de ordenar correctamente nuestro análisis sobre el funcionamiento que han tenido tales entidades, dividiremos esta parte del trabajo en los siguientes rubros:

—Criterios que ordenan el procedimiento agrario; y

—Criterios de interpretación en el Tribunal Agrario.

2.2.1. Criterios que ordenan el procedimiento agrario: En uno de los documentos oficiales del Tribunal Agrario (15), se encuentran mencionados y explicados los "principios fundamentales de la unidad y de la economía del proceso", que son fundamentalmente tres, a saber:

El impulso oficial: Se trata de la nueva ubicación del juez como protagonista del proceso.

"El juez deja de ser el elemento pasivo de la relación procesal para convertirse en el director del proceso y, en tal sentido, no sólo está facultado a ordenar la actuación de oficio de pruebas que prueban el total esclarecimiento de la materia controvertida, sino a rechazar de plano las articulaciones dilatorias o maliciosas" (16).

Sería poco correcto atribuir a la ideología jurídica prevaleciente el ser la causante de los vicios de "morosidad" o "malicia" propias del procedimiento común, pero lo que sí resulta claro es que una doctrina procesal evidentemente privatista y cuya base principista es el "impulso privado del procedimiento" es la que indirectamente coadyuvó en la existencia y permite la supervivencia de tales vicios. Se trata, pues, de un nuevo elemento, interesante en la configuración de una nueva conceptualización jurídica.

(14) Al respecto, ver: RUBIO CORREA, Marcial... "Huando: Reforma Agraria y Derecho". En: "Derecho", Revista del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 31, 1973.

(15) "Memoria del Presidente del Tribunal Agrario". Año Judicial Agrario 1969-1970; página 20.

(16) *Ibid.* pág. 20.

La sumariedad:

“... responde al viejo anhelo ciudadano de la pronta administración de justicia. La experiencia recogida en los años iniciales de la reforma agraria, demostró que los esquemas procesales de la justicia ordinaria eran inaptos no sólo para implementar en dicha esfera las decisiones políticas asumidas por la Nación, sino que en algunos casos las desvirtuaban y tornaban ineficaces...” (17).

Es interesante observar que, en el párrafo transcrito, se fundamenta la necesidad de “sumarizar” el procedimiento, en razones relativas a la “implementación de decisiones políticas asumidas por la Nación”. A ello queríamos llegar precisamente. Al margen de que, hay un concepto que podría parecer atentatorio contra la independencia en el juzgamiento, es interesante resaltar que una administración de justicia eficiente y funcional debe originarse en premisas orientadas a la simplificación de las reglas procesales más importantes, y que ello está en relación directa con los objetivos políticos que interesa lograr.

La función tuitiva de los jueces: Elemento que, otra vez, puede aparecer como atentatorio de la independencia y autonomía en el juzgamiento, ya no con respecto a las directivas o políticas gubernamentales, sino en relación a los intereses de los sectores beneficiarios del proceso. Estos últimos, —abstractamente entendidos por la ideología jurídica tradicional— no tenían otra condición que la de ser “partes” posibles en el procedimiento.

“Según los principios tradicionales las reglas procesales, de observancia obligatoria como normas de orden público, ofrecen las mismas oportunidades de defensa a las partes (...). Este es el esquema arcaico e ideal que ha precedido las contiendas del Derecho Agrario (...). Su importancia (...) se manifiesta en el hecho de que el latifundio se consolidó con la depredación de las tierras de las comunidades, las que, según se afirma, siempre perdían sus pleitos ante los tribunales. Sería temerario afirmar que esto ocurrió porque los jueces estaban desprovistos de integridad moral o de competencia profesional. No debe confundirse

la verdad legal que fluye de los elementos de prueba que fundamentan una resolución, con la verdad real y social que puede estar en oposición a la primera cuando las reglas procesales se basan en disposiciones divorciadas de la realidad” (18).

La distinción entre “verdad legal” y “verdad real” o “social”, en consecuencia, empieza a tener importancia incluso en la fundamentación de los fallos y en el trascendental papel que, a ese respecto, desempeña el juez. En ese sentido, empezaríamos a apreciar, esbozada en estas declaraciones oficiales, una suerte de “finalismo” en la administración de justicia, que se contraponen de modo evidente al “formalismo” o “legalismo” tradicionales. En su oportunidad, apreciaremos en algunas ejecutorias concretas, esta perspectiva novedosa con respecto a las nociones “autonomistas” de la ideología jurídica prevaleciente.

De cualquier modo, la función “tuitiva” de los administradores de la justicia, aplicada en el procedimiento agrario, constituye un importante avance cuyo fundamento argumental reposa en el real desequilibrio de las fuerzas sociales que, a menudo, litigan ante el Fuero Privativo Agrario. Las concepciones “neutralistas” o “autonomistas” del derecho combaten —en un plano de abstracción que resulta, en el fondo, encubridor de la realidad— cualquier intervención judicial en el apoyo procesal de las partes más débiles e ignorantes.

2.2.2. Criterios de interpretación legal en el Tribunal Agrario: Para los efectos del desarrollo de esta parte del trabajo, no existe —metodológicamente hablando— (19) otra alternativa que recurrir al análisis de algunas ejecutorias o fallos del Fuero Privativo Agrario. A modo de introducción al tratamiento detenido del tema, conviene distinguir entre criterios “finalistas” de interpretación legal. Esta distinción que, si la queremos emplear en un trabajo

(17) *Ibid.* págs. 20 y 21.

(18) *Ibid.* Págs. 21 y 22.

(19) Preferimos acudir de manera directa a las ejecutorias y no basarnos exclusivamente en las declaraciones oficiales u oficiosas de algunos de los integrantes del Tribunal Agrario.

académico circunscrito específicamente a desarrollar el tema de la interpretación legal, resultaría guresa y superficial, nos sirve —sin embargo— para establecer a grandes rasgos las diferencias conceptuales que, en el proceso de reforma agraria y en la actuación específica del Fuero Agrario, puedan existir. La interpretación “finalista”, como decíamos, se distingue de la “formalista” en que pretende ir bastante más allá de la literalidad del texto legal y aún más allá de lo que podría ser, en abstracto, su “espíritu” (20). Busca, por el contrario, el logro de determinados fines sociales o políticos y, como tal, es ajena por completo a cualquier concepción del derecho como entidad autónoma, específica e independiente.

Un ejemplo típico de esta distinción en los criterios de interpretación legal puede ser constituido por la ejecutoria comentada más adelante. (21).

El “formalismo” a ultranza no atiende a consideraciones que no sean las propias de la estructura legal, y por tanto, en el caso de la ejecutoria mencionada, la solución “formalista” probablemente habría consistido en exigir a los campesinos títulos saneados de las tierras que poseían.

El criterio “finalista”, por el contrario, tiene su nacimiento en el análisis de los fines y objetivos que persiguen las reglas jurídicas, en consonancia con el análisis del contexto social en que se promulgan. Recién después de esa operación se vierte sobre la literalidad de los textos legales a cuya aplicación hubiere lugar. Incluso en los casos de discrepancia o discordancia entre la primera y la segunda operación, la vigencia de un criterio “finalista” se ubica estrictamente en los resultados obtenidos en la primera.

Por todas estas razones, y —como repetimos— considerando el asunto “en abstracto”, nuestro ejemplo resulta ilustrativo de la distinción de criterios a la que largamente nos hemos referido.

El criterio de interpretación “finalista”, en el caso concreto del Fuero Privativo Agrario, tiene una existencia independiente de concienzudos y alambicadoras exámenes que nos hagan llegar a tal conclusión. En repetidas ejecutorias y de manera expresa, el mismo Tribunal Agrario se reserva la facultad de interpretar la ley de manera distinta a la tradicional. Veamos:

“Dado el carácter social del Derecho Agrario, la interpretación teleológica de la ley es permisible, máxime si se trata de aplicar de oficio

normas que tutelan los derechos de los campesinos que no limitan los de la parte contraria...” (22).

Tal “interpretación teleológica” —el término equivalente al que nosotros hemos utilizado— persigue orientar la administración de justicia en función de los fines sociales o políticos perseguidos en el momento de la interpretación, y no cuando la norma fue promulgada por el legislador, criterio igualmente “formalista”, aunque disfrazado por una aparente percepción del “espíritu de la ley”. Dos, pues, serían las notas características del criterio de interpretación “finalista” o “teleológico”:

a) Realiza una operación lógica inversa a la efectuada por el criterio tradicional; es decir, tiene su punto de partida en el análisis contextual y termina en la búsqueda de la norma aplicable. Si no existe ésta última, no se aplican las que tengan una orientación distinta o contraria a los fines perseguidos.

b) No se agota en la ubicación o percepción del “espíritu de la ley”, entendido en función del momento histórico en que la norma jurídica fue promulgada. Por el contrario, la orientación finalista atiende primordialmente al análisis contextual del momento en que la norma se aplica o interpreta.

Estos caracteres distintivos del criterio de interpretación teleológico, no se perciben —y en ello discrepamos con el texto de la ejecutoria comentada— única ni fundamentalmente en el Derecho “social” Agrario, ya que —al marge de la discrepancia que

(20) Un criterio de interpretación legal que pretende no ser formalista, acude muchas veces a la noción del “espíritu de la ley”, elemento que desgraciadamente queda tergiversado en la medida en que —la mayor parte de las veces— tal “espíritu de la ley” es el que tenía ésta al momento de ser promulgada. Difiere, así, este criterio, del verdaderamente “finalista” que tiene en cuenta las circunstancias presentes al momento de ser interpretada la ley.

(21) Ver nota 24.

(22) Ejecutoria del Tribunal Agrario, de fecha 2 de julio de 1970, Causa No. 543-70.

podamos tener con el empleo del término "social" sólo para el caso del Derecho Agrario (23)— lo aconsejable es que la interpretación teleológica se haga extensiva a otras esferas de la administración de justicia, incluso las comunes.

La segunda nota característica del criterio finalista de interpretación legal, merece —a la luz de otra ejecutoria— un comentario más detallado.

"En el caso de las Comunidades Campesinas la posesión equivale al título, de conformidad con la legislación de su materia, cuya aplicación debe efectuarse de acuerdo a la correcta ponderación valorativa de la realidad actual que no permite razonablemente exigir a los campesinos títulos saneados de las tierras cuyo trabajo constituye el único medio de subsistencia que haya podido ofrecerle la organización social hasta la fecha, en concordancia con lo dispuesto por la Constitución vigente y el Texto Unico Concordado del Decreto-Ley No. 17716 . . ." (24).

Como apreciamos, no se trata de recurrir a lo que clásicamente se denomina el "espíritu de la ley". Esta ejecutoria demuestra claramente que el criterio tiene mucho mayor alcance. Se trata de aplicar la ley de la materia en función de la "correcta ponderación valorativa de la realidad actual que no permite razonablemente exigir . . .". Resulta, pues, evidente, la nota de "actualidad" a que nos referíamos líneas arriba.

Vale la pena hacer otras distinciones, sin embargo. La diferencia entre el razonamiento "formalista" y el razonamiento "finalista" no nos basta para describir a cabalidad la multiplicidad de matices que se presentan en torno al razonamiento jurídico. Debemos, ante todo, señalar que el criterio de interpretación "finalista" se encuentran todavía dentro de los márgenes de la lógica jurídica, por cuanto su punto de partida es ineludiblemente la normatividad. Podemos pensar, sin embargo, en un criterio de interpretación absolutamente instrumental y político, que —sin llegar a ser arbitrario— prescinda del elemento "normativo" y se conduzca exclusivamente en torno a la reflexión y examen de la realidad política. Finalmente, también podemos imaginar a una situación de ausencia de criterio de interpretación o para decirlo en otros términos, la existencia de la "arbitrariedad" y "variabilidad" total como teoría general

de la aplicación e interpretación de la norma jurídica.

3. La explicitación de los cambios.

La alteración que, en sus diversos niveles formativos, han sufrido los conceptos de la ideología jurídica tradicional reseñados, hace llegar fácilmente a la conclusión de que la columna vertebral del edificio teórico del Derecho Liberal está siendo lentamente derribada. Ubicado en su nivel super-estructural, cuando el Ordenamiento Jurídico deja de expresar eficazmente un conjunto de "márgenes" operativos para el correcto y dinámico funcionamiento de las unidades privadas dentro de un sistema de mercado, podemos afirmar que estamos ante un caso de trastocamiento cuyas manifestaciones más visibles se muestran precisamente en uno de los aspectos más dinámicos de nuestra realidad social: el ordenamiento rural. Sin embargo, la constatación de dicho trastocamiento no es un elemento suficiente para el diagnóstico según el cual se están sentando las bases de una nueva conceptualización jurídica.

Tanto en el nivel legislativo como en el nivel aplicativo e interpretativo, la ausencia casi absoluta de una explicación coherente en torno a los cambios producidos, es una constante casi tan perceptible como la verificación misma de las alteraciones ideológicas operadas. El ritmo radicalmente sinuoso y sorpresivo que caracteriza a la evolución legislativa dentro del proceso de reforma agraria, se distingue claramente como una manifestación de las bases sociales del conflicto subyacente. Frente a los embates —de naturaleza política e ideológica— que se desarrollan en la marcha del proceso, la respuesta gubernamental no se caracteriza por "mostrarse" crudamente a través de explicaciones de fondo. Por el contrario, los sucesivos Decretos-Leyes —modificatorios del Texto Original— recurren mediante sus "considerandos" a bases argumentativas tan formalistas y literales como las que podía haber utilizado cualquier aparato estatal conservador y pretendidamente "a-político".

El mismo fenómeno es perceptible en el análisis

(23) Término que es explícitamente empleado en dos ejecutorias del Tribunal Agrario (Causas 543-70 y 1228-72).

(24) Ejecutoria del Tribunal Agrario, de fecha 9 de agosto de 1971. Causa No. 1401-71.

del comportamiento de la Administración Pública. El diseño legal que determina la existencia de las entidades encargadas de la aplicación de la Reforma Agraria, es el primer antecedente y, a la vez, factor de actitudes burocráticas que no difieren en nada de los aparatos administrativos más tradicionales. Dicho diseño legal, caracterizado por la existencia de una estructura jerárquica cuyos elementos se imbrican dialécticamente a través de complejos mecanismos de mandatos e instancias de apelación, no garantiza —en modo alguno— una alteración sustantiva de los tradicionales patrones de comportamiento administrativo en nuestro país. La razón de ser de una estructura administrativa puesta al servicio de los cambios sociales, reside no tanto en su visualización formal, sino en el contacto real y dinámico que pueda establecerse entre los principales protagonistas del proceso (los campesinos) y las instancias estatales encargadas de viabilizar, comprender y procesar sus reclamos e inquietudes. Este es el factor y la necesidad que, precisamente, aún no han sido debidamente comprendidos y que, también, a nuestro juicio, imposibilitan llegar a la conclusión de que —en un nivel administrativo— se hayan sentado las bases teórico-explicativas de una nueva conceptualización jurídica.

Las instancias jurisdiccionales son las que, indudablemente, han avanzado más en lo que se refiere a esta necesidad de explicitar la problemática de fondo de los cambios. Lejos de recurrir a soluciones de textura formalista y lejos, también, de entretenerse permanentemente en su propia ubicación burocrática, los organismos jurisdiccionales de la Reforma Agraria (25), han avanzado seriamente en la gestación de una doctrina jurisprudencial (26) acorde con las necesidades reales del proceso. A pesar de que en alguna oportunidades, razones “de imagen” hayan conducido inevitablemente a errores de cierta gravedad (27), lo cierto del caso es que el nivel interpretativo del Derecho Agrario es el que, globalmente, está aportando más en la construcción de una nueva conceptualización jurídica.

Los fundamentos que explican la ausencia de una doctrina coherente y sólidamente constituida en torno a las nuevas concepciones jurídicas que han tenido y están teniendo un papel en el proceso de Reforma Agraria, constituyen una realidad compleja cuyo simple descubrimiento está alejado de un examen intra-jurídico. Al decir de Novoa, las explicaciones a veces residen en las actitudes de los mis-

mos portadores de las nuevas concepciones.

Veamos:

“...ellos lo conciben (al Derecho) teóricamente como un simple reflejo de las relaciones sociales de producción que se dan en una sociedad determinada, destinado a desaparecer en la fase superior del desarrollo social, y que de hecho, en los países en que se ha impuesto un auténtico socialismo, lo aplican como una mera ‘legalidad socialista’, conjunto práctico de normas obligatorias destinadas a que la clase trabajadora conserve el poder, combata la contrarrevolución y consiga afianzar y desarrollar el socialismo, podrá entenderse claramente la conclusión. Esta no es otra que el Derecho carece de autonomía, que su contenido es claramente empírico y determinado por las circunstancias históricas y que carece enteramente de principios generales que valga la pena analizar o estudiar. De allí que (...) el Derecho quede reducido a una condición disminuida, que no preocupe a casi nadie y que muy pocos se ocupen de estudiarlo o le reconozcan algún valor técnico. De altura científica, ni siquiera hablar...” (28).

A esta primera causa, descrita con pulcritud por Novoa, se debe la ausencia casi total de coherencia

(25) Con “Organismo jurisdiccionales de la Reforma Agraria”, nos referimos a los Jueces de Tierra (Primera Instancia) y al Tribunal Agrario (Instancia Superior), elementos componentes del Fuero Privativo Agrario.

(26) Aunque pueda parecer extraño hablar de “doctrina jurisprudencial”, empleamos adrede esos términos para describir el hecho, por demás evidente, de que el Tribunal Agrario se encuentra empeñado en la gestación de una Doctrina de la Reforma Agraria, a través de sus ejecutorias.

(27) Nos referimos concretamente al reciente fallo relativo al Fundo “Regocijo”, en el Valle de Huaura-Sayán, en el cual —en la práctica— se devuelve a sus antiguos propietarios; tierras legítimamente afectadas y expropiadas por la Reforma Agraria, antes de la expedición del Decreto-Ley que legitimó y consagró formalmente dicho fallo.

(28) NOVOA MONREAL, Eduardo... “Hacia una nueva conceptualización jurídica”. En: *Cuadernos de la Realidad Nacional*, CEREN, Universidad Católica de Chile., pág. 204.

y organicidad en todos los nuevos planteamientos acerca del Derecho. Todo este problema se ve, en el caso de la Reforma Agraria, agudizado por la existencia de una vorágine de aplicación legal, determinada por la dinámica misma del proceso, situación que distrae esfuerzos e influye gravemente en un activismo legal pernicioso desde todo punto de vista.

Pero no es solamente esta causa la que configura el cuadro explicativo de la carencia que comentamos. En el proceso de Reforma Agraria ocurrido en el Perú, los cambios producidos, y de cuya naturaleza y caracteres hemos tratado ampliamente, se expresa socialmente como cambios sectoriales de ningún modo "definitorios" con respecto a los preceptos jurídicos generales y aplicables a otras instancias del Derecho ajenas a la agraria. Es muy claro percibir que, culturalmente hablando, (y esta es una figura por desgracia promovida, o al menos permitida por las mismas instancias gubernamentales) existe la imagen de una Reforma Agraria acelerada, drástica, radical, a tal extremo que es socialmente "excepcional". Tan excepcional que, dentro de ella, hasta las peores arbitrariedades son aceptadas en la medida en que se considera previamente la estructura rural anterior a la promulgación de la ley. Este carácter de "excepcionalidad" ideológica y culturalmente efectivo y gubernamentalmente permitido, convierte a la Reforma Agraria casi en una "isla" cuyas notas características no solamente no pueden ser aplicadas a otras instancias de la vida social, sino que además no requieren de explicaciones ideo-jurídicas propiamente dichas.

En el análisis en torno al proceso de Reforma Agraria, se puede apreciar con claridad cómo muchas veces los Decretos-Leyes más importantes son promulgados sin los "considerandos" de costumbre o con considerandos vacíos y efectivamente "ocultadores de un trasfondo no precisamente jurídico" en los términos tradicionales.

Toda la situación descrita que —como repetimos— está en gran parte determinada por la misma conducta gubernamental, ha contribuido a afectar seriamente la posibilidad de que se pueda construir teóricamente alrededor de los nuevos principios del Derecho, que generalmente están implícitos y, por tanto, aislados de la polémica que a ese respecto se podría suscitar.

La lectura de los párrafos precedentes y la percepción —por demás evidente— de que la Reforma Agraria peruana se inscribe solitaria y heterogeneamente dentro de los postulados de la nueva legali-

dad, nos hacen llegar fácilmente a la conclusión de que aún no podemos hablar de una "nueva conceptualización jurídica", ni construida sobre la base de la Reforma Agraria, ni vigente de manera orgánica dentro de su propio campo de aplicabilidad. Si descubrimos, en cambio, (a pesar de que, en no pocas oportunidades, normas jurídicas que llevan implícitas un nuevo sello conceptual han sido gubernamentalmente explicadas con argumentos del antiguo Derecho), brotes aislados, inconexos, pero constantes y relevantes, de alteraciones sustantivas que, eventualmente, podrían conducir a la formulación orgánica de una nueva conceptualización.

4. Lineamientos de una nueva conceptualización jurídica.

El examen de todo lo anterior, nos lleva a la necesidad de plantear, breve pero orgánicamente, algunos de los lineamientos que, a nuestro parecer, tendría que adquirir —tanto a nivel agrario como en el de otras instancias de la vida social— el esfuerzo por la construcción de una nueva legalidad (en normas, instituciones y procedimientos), acorde con una verdadera transformación estructural. Para efectos simplemente metodológicos, haremos una distinción entre todos los aspectos relativos a la "norma" y aquellos otros referidos a la "administración", distinción que no tiene otro objeto que el de ordenar un tanto las ideas que podemos exponer a ese respecto.

4.1. La norma Jurídica:

- a) La Norma Jurídica debería escapar por completo a los condicionamientos del antiguo Derecho. Si lo que perseguía este último era la consagración formal de la institucionalización de determinadas situaciones sociales, políticas y económicas, lo que se espera del nuevo Derecho es, ante todo, que sea fiel a su propia orientación. Lo anterior significa autenticidad en la imagen que la ley proporciona de sí misma. Significa constatar, dejando de lado las consideraciones "formalistas", que los cambios no tienen otro fundamento que no sea el relativo al propio sino de la transformación. Significa, en otras palabras, escapar a las "reglas de juego" formales que había impuesto el Derecho tradicional y escapar, por

- tanto, a una concepción jurídica encerrada dentro de sus propios y estrechos linderos.
- b) La Norma Jurídica que se inscribe dentro del nuevo Derecho, busca efectivamente, la Seguridad. Pero ya no la "Seguridad" entendida como mecanismo abstracto de soporte al sistema vigente y a los grupos o clases sociales que en ese sistema destacan, sino la seguridad referida a los fines que efectivamente se persiguen y a los sectores que, de acuerdo a las diversas políticas, se pretende beneficiar. Esta exigencia de la Seguridad se convierte, de acuerdo a los nuevos términos, en un imperativo que, lejos de condicionar el estancamiento de las instituciones y las conductas, busca —por el contrario— promover la interiorización de conductas no impuestas, sino inducidas. Busca también, ser "segura" en la percepción de que los objetivos programáticos no permanecerán sujetos a vicios heredados del antiguo sistema. En definitiva, trata de adecuarse constantemente a las exigencias de ubicar la "verdad real" y no la "verdad formal" (29), que es siempre retardataria y conservadora.
- c) Finalmente, la norma jurídica no se limita a la regulación, permisión, prohibición o determinación de conductas. Su esfera de acción es mucho mayor y, como tal, busca también "educar" en términos de diseño colectivo y no de regulación individual. Más que señalar continuamente los "derechos individuales" debe aprender a determinar los grandes deberes colectivos de los integrantes de una sociedad que quiere no seguir siendo individualista (30). Por ello, la norma jurídica debe orientar las conciencias y orientar la responsabilidad ciudadana, empleando mecanismos distintos a la compulsión pura y simple. Por ello, la estructura de la norma jurídica no es más la formulada en términos de "supuesto" y "consecuencia". Es eso y bastante más que eso. Es, también, la promoción de determinadas conductas a través de la persuasión. En todas estas esferas, la concepción tradicional del Derecho no se había introducido.

4.2. La administración:

- a) La nueva "Administración" del Derecho debe empezar por dejar de ser sólo "administración". La dinámica jurídica cotidiana y especialmente nuestra Reforma Agraria, están nutridas de ejemplos en los que inclusive el diseño legal está determinado o influido por el procesamiento administrativo de las situaciones sociales, políticas y económicas. Por ello, si bien es cierto que la "administración" aplica e interpreta la ley, también es cierto que debe constituirse en un factor decisivo en su transformación, revisión y creación. Esto último no lo puede efectuar una administración todavía ligada a las formalidades del pasado. Sí lo puede hacer, en cambio, una administración interesada o preocupada en sistematizar su propia experiencia, hacerla coherente y formularla en términos teóricos y doctrinarios. A este respecto, el Tribunal Agrario es un ejemplo, todavía tenue, que bien podría ser asimilado y reforzado por otras instancias jurisdiccionales e incluso administrativas.
- b) La burocracia administrativa no debe quedar aislada en su propio entretenimiento documentario. Las formalidades de los trámites constituyen elementos que no pueden ser abandonados rápidamente, pero allí no es precisamente donde reside la actividad principal de una nueva administración. Ligarse con los sectores beneficiarios del cambio social, percibir sus problemas, captar sus inquietudes y traducirlos en fórmulas de solución concretas, es más novedoso y efectivo que aferrarse a una tradición formalista, por más radical que a veces sea.

Anotación final.

Finalmente, debemos anotar y enfatizar que lo planteado no constituye una "fórmula" o "receta" de solución a los problemas que plantea la confrontación del Derecho y del cambio social. Todo el

(29) Distinción que, correctamente, está expresada en uno de las Memorias del Presidente del Tribunal Agrario.

(30) Al respecto, ver: NOVOA MONREAL, Eduardo . . . *op. cit.*, p. 206.

tratamiento teórico y empírico precedente, y también las conclusiones a las que hayamos podido llegar, nunca pueden ser desligadas de la ubicación del problema de la naturaleza del Estado. Los requerimientos estatales de una sociedad fundada en el individualismo como cultura y en el capitalismo como sistema, van a recurrir siempre y reiteradamente, a las concepciones jurídicas del pasado. Por ello, no sólo es importante, sino crucial, el plantear que las posibilidades de viabilización y éxito de una nueva conceptualización jurídica se van a ver prontamente frustradas si no se accede a un cambio efectivo, verdadero y definitivo de la naturaleza del Estado, en tanto representante real de la sociedad y no como entelequia cuyos instrumentos efectivos están bajo el control de determinadas clases o grupos sociales.

LA JUSTICIA EN LOS ORIGENES DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO

A Rodolfo Mondolfo

I. Introducción. II. La Dike cosmológica. 1. Orígenes míticos. 2. La Escuela Jónica. 3. La Escuela Pitagórica. 4. La Escuela Eleática. 5. Heráclito. 6. Ultima fase cosmológica. III. La Dike antropológica. 7. Antecedentes. 8. La innovación de los sofistas. 9. El mensaje socrático. IV. La Dike sistematizada. 10. Una nueva exigencia. 11. Platón. 12. Aristóteles. V. Dike: anverso y reverso.

1. Introducción.

Al igual que otras manifestaciones de la cultura occidental, la filosofía del derecho aparece en las más antiguas reflexiones de los filósofos griegos. Ello se patentiza sobre todo en el estudio de los textos de los grandes clásicos. La Justicia, que es uno de los temas que con más persistencia se presentan en el desarrollo histórico de la filosofía jurídica, es objeto de un tratamiento especial en los autores de esta época. Ahora bien, el conocimiento de lo que estos filósofos pensaron, no tiene un mero valor histórico, sino que muchas veces encierra una actualidad sorprendente, por la forma como han condicionado, y condicionan todavía la meditación jusfilosófica. De ahí su actualidad e importancia. No obstante el reconocimiento de este hecho, los filósofos del derecho no han prestado la debida atención a la reflexión que surge de esta época germinal, que abarca un periodo relativamente breve (siglo VI a IV a.C.). Y son pocos, muy pocos, los jusfilósofos que abordan sin intermediarios, el tratamiento y estudio de este período. Ello explica nuestro interés en analizarlo a través de las fuentes mismas.

A fin de precisar el objeto de este trabajo, creemos conveniente hacer algunas delimitaciones. Así, en cuanto a su extensión, intenta cubrir las primeras manifestaciones (desde Tales de Mileto, y aún antes) hasta Aristóteles de Estagira, que cierra el período clásico. La evolución posterior, aún siendo rica en

desarrollos, es dejada para otra oportunidad. En cuanto a su alcance, este trabajo no pretende ser una exégesis detallada de la filosofía griega en su conjunto, ni tampoco un análisis de carácter histórico, económico, sociológico o político. No es incluso la obra de un helenista o un filólogo, sino de un interesado en los problemas de la filosofía del derecho, aunque el autor ha cuidado de premunirse de los mejores elementos de trabajo que utiliza la crítica, para dar un mayor respaldo a sus afirmaciones (1). Se trata, si se quiere, de un estudio de carácter teórico sobre la Justicia —de lo que ella es en sí misma— de lo cual sin embargo, pueden desprenderse enormes consecuencias en el mundo de la práctica.

Por tratar de ceñirse al propósito enunciado, es que el presente ensayo puede en algunas partes, ser considerado insuficiente. Incluso se utilizan términos que no están bien aclarados, y se hacen afirmaciones que no reciben amplia explicación. En cuanto a lo primero, esperamos que el lector acucioso sepa comprender el sentido de algunas afirmaciones en el contexto en que son dichas o si se quiere en su sentido más general (palabras tales como metafísica, instrumental, etc.) (2). En cuanto a lo segundo, nos remitimos a la amplia bibliografía que aquí se cita y en donde se podrá encontrar una información muy valiosa y completa.

Algunas palabras deben ser dichas sobre las fuentes. Para los filósofos del primer período, conocidos como presocráticos, se sigue el ordenamiento fijado por Hermann Diels en su famosa obra *Die Fragmente der Vorsokratiker*, publicada en 1903 y

(1) Sobre estos problemas, cf. Rodolfo Mondolfo *Problemas y métodos de investigación en la historia de la filosofía*, EUDEBA, Bs. Aires 1960, p. 27 ss.

(2) No obstante, espero en alguna oportunidad, dar un mayor desarrollo a lo que aquí sólo se esboza.

reeditada sucesivamente tras su muerte por W. Kranz (3). En cuanto al conocimiento de Sócrates, la crítica ha señalado como fuentes principales a Aristóteles (4), Aristóteles, Jenofonte y Platón (5). Para nuestra investigación recurrimos preferentemente a los dos últimos. En cuanto al corpus platónico, hemos tenido presente los resultados de la investigación filológica que distribuye la obra del filósofo en distintos períodos. Aunque hay un acuerdo en lo esencial entre los helenistas (6), los detalles de cada clasificación (7) varían en cada autor (8). Para nuestros fines tomamos de la obra platónica la Apología y el Critón para el pensamiento socrático. El resto de la obra, sobre todo a partir de lo que es conocido como segundo período, se empleará para el pen-

(3) La única edición en castellano respetando el ordenamiento de Diels es la de Alfredo Llanos (*Los presocráticos y sus fragmentos*, Juárez editor, Bs. Aires 1968). Hay ediciones aisladas de algunos filósofos, ordenados con diversos criterios efectuados por Juan Martín Ruiz-Werner, José Barrio Gutiérrez, Luis Farré, etc. en la Editorial Aguilar. En castellano tenemos además la de José Gaos *Antología filosófica* (La filosofía griega) Ed. La Casa de España en América, México 1940; Juan David García Bacca *Los pre-socráticos*, 2 vols. El Colegio de México. 1943-1944 (una versión muy discutida); Rodolfo Mondolfo *El pensamiento antiguo*, Ed. Losada, 2 tomos, Bs. Aires 1945, etc. Existen igualmente, recolecciones de los presocráticos en otros idiomas, como las de Kathleen Freeman (*Pre-socratic philosophers*; a companion to Diels *Fragmente der Vorsokratiker*, Camb. Mass. 1947, y *Ancilla to the presocratic philosophers*; a complete translation of the fragments in Diels *Fragmente der Vorsokratiker*, Cam. Mass. 1948); G.S. Kirk-J.E. Raven *The presocratic philosophers*, a critical history with a selection of texts (versión bilingüe griego-inglés) Cambridge at the Univ. Press, 1964, etc. Entre nosotros se inició parcialmente la traducción de estos fragmentos en 1939, bajo la dirección de Fernando Tola (*Los fragmentos de Heráclito* por Francisco Miró Quesada C. y *Los fragmentos filosóficos de Jenófanes de Colofón*, a cargo de Walter Peñaloza Rameila, ambos en SPHINX, nov-dic. de 1939, num. 8, a pp. 93-98 y 125-128 respectivamente). Esta sería la primera vez en el mundo hispanoamericano —hasta donde alcanzan nuestras informaciones— que se acometió la tarea de traducir directamente del griego los fragmentos de los presocráticos. (Miró Quesada y Peñaloza usaron el texto de Diels, edición de 1934-37). Últimamente, Peñaloza ha publicado una versión bilingüe griego-castellano del poema de Parménides, con un amplio estudio (*El Discurso de Parménides* colección textos filosóficos griegos, ediciones Ignacio Prado Pastor, Lima, 1973). La misma editorial ha anunciado ediciones de los fragmentos de Heráclito (por el mismo Peñaloza) y de Demócrito (a cargo de Gred Ibscher). Hay que recal-

car que este esfuerzo no tiene precedentes en el mundo hispanohablante, pues es quizá la primera vez que se acomete la edición bilingüe griego-castellano de los fragmentos de los presocráticos.

(4) En su obra *Las Nubes*, cf. *Obras Completas*, Ed. Ateneo, Bs. Aires 1958, pp. 155-223.

(5) Para una amplia descripción sobre el tema, cf. A.E. Taylor *El pensamiento de Sócrates*, FCE, México 1961, R. Mondolfo *Sócrates*, EUDEBA, Bs. Aires 1960, Antonio Tovar *Vida de Sócrates*, Rev. de Occidente, Madrid 1953, y los comentarios de J.D. García Bacca a la obra de Jenofonte "Recuerdos de Sócrates, Banquete y Apología", UNAM, México 1946. Una fuente útil pero de naturaleza auxiliar es la obra de Diógenes Laercio *Vidas, opiniones y sentencias de los filósofos más ilustres*, Lib. II.

(6) El primer intento serio por resolver el arduo problema de la cronología de la obra platónica y por ende, la evolución de su pensamiento, lo planteó por primera vez Lewis Campbell (*Sophistes and Politicus of Plato* Oxford 1867, etc.) basado en el método denominado "estilometría" seguido después por otros estudiosos (Dittemberger, Peiper, Ritter, Lutoslawski, etc.). Sobre este enfoque así como diversos ordenamientos del corpus platónico pueden verse, entre otros, lo siguiente: A.E. Taylor *The mind of Plato*, Univ. of Michigan Press, 1961 p. 25 ss.; R. Mondolfo, *Problemas y métodos de investigación en la historia de la filosofía*, cit. p. 209; Jean Brun, *Platón y la Academia*, EUDEBA, Bs. Aires 1961, p. 6; Pierre M. Schuhl *La obra de Platón*, Ed. Hachette, Bs. Aires 1956, p. 67 ss.; Nicolai Abbagnano, *Historia de la Filosofía*, Barcelona 1955, tomo I; León Robin *El pensamiento griego y los orígenes del espíritu científico*, UTEHA, México 1956, p. 170 ss.; A.E. Taylor *El pensamiento de Sócrates*, cit. p. 21; Wilhelm Capelle *Historia de la filosofía griega*, Ed. Gredos, Madrid 1958, p. 208 ss.; W. Jaeger *Padeia*, FCE, México 1944, tomo II, p. 95 ss.; Wilhelm Windelband *Historia de la filosofía antigua*, Ed. Nova, Bs. Aires 1955, p. 182 ss.; A.E. Taylor *Plato, the man and his work*, Meridian Books, N.Y. 1964; Paul Natorp *Platón*, colección *Grandes Pensadores*, Rev. de Occidente, Madrid 1925, pp. 14-16; Antonio Tovar *Un libro sobre Platón* Espada Calpe, Madrid 1956; Eduard Zeller *Outlines of the history of Greek philosophy* Meridian Books, N.Y. 1963 (la obra ha sido actualizada por W. Nestle); L. Stefanini *Platone*, 2da. edición, Padua 1949, etc.

(7) Véase por ejemplo a Lutoslawski *The origin and growth of Plato's Logic*, Longmans, Green and Co London 1905 (reissue), p. 162 ss.

(8) Las principales clasificaciones después de la de Lutoslawski son: Utberweg Praechter (1907) Ritter (1910-22) Friedlaender (1928-30) Wilamowitz (1929) Geffken (1931) Stefanini (1942) Rivaud (1948). Un cuadro con las principales cronologías del corpus platónico, cf., el apéndice de la obra de Juan Antonio Nuño *El pensamiento de Platón*, Univ. Central de Venezuela, Caracas 1963, p. 159.

samiento platónico, haciendo especial énfasis en la República, diálogo dedicado especialmente al problema de la Justicia (9).

De Aristóteles se ha tenido presente sobre todo la *Ética* a Nicómaco, no obstante existir otras obras morales (10) —ya que sus contenidos y orientaciones son similares— siendo aquélla la más representativa del filósofo (11a).

Debo mencionar por último a mis colegas los profesores Roque Carrión Wam y David Sobrevilla Alcázar, quienes tuvieron la gentileza de leer detenidamente los originales de este trabajo e hicieron muy valiosas y acertadas observaciones que en buena parte aquí se recogen. No está demás señalar que los errores que puedan encontrarse, son de exclusiva responsabilidad del autor.

II. La Dike cosmológica.

1. Orígenes míticos.

El inicio de la reflexión filosófica está representado por el tránsito de la meditación mítica al pensamiento racional, o como lo ha expresado Wilhelm Nestle, del Mito al Logos (12). El pensamiento racional es aquel que en principio es entendible por el resto de los hombres y puede ser transmitido. Cuando el hombre empieza a buscar por su propia cuenta y riesgo la respuesta a sus múltiples interrogantes, es cuando nace la filosofía. La filosofía significa dejar atrás el mito, en el sentido de superarlo.

Pero, como ha observado Olof Gigon, el mito siempre está presente en la ulterior evolución filosófica, y en ciertos aspectos la condiciona y determina de manera altamente significativa (13).

En el caso de la Justicia, esta comprobación es muy clara. Los primeros atisbos los encontramos en los poemas homéricos. En ellos es digno de notarse la descripción de un litigio en el Agora, en donde los ancianos administran Justicia (*Ilíada*, XVIII, vs. 490-509). En otro episodio, Ulises a su llegada al país de los efesios exclama: "Ay de mí, ¿Qué hombres deben de habitar estas tierras a que he llegado? ¿serán violentos, salvajes, injustos u hospitalarios y temerosos de los Dioses?" (*Odisea*, VI, vs. 119-122). Más adelante, al llegar al país de los Cíclopes, implora al monstruo hospitalidad, pues así lo quieren los dioses (*Odisea*, IX, vs. 259-272). En Homero el concepto *Témis* es entendido como "regulación" y marca nítidamente el límite entre bar-

barie y civilización (14). En otros pasajes, notamos ese mismo carácter de necesidad (15) en los cuales se da una identificación entre lo natural y lo que es justo, y por lo tanto, un respeto por la ley, la que es identificada con la Justicia, como lo demuestra el litigio dibujado en el escudo de Aquiles que nos trasmite el relato homérico (16). Lo que

(9) Toda la obra platónica está traducida al castellano (Cf. Juan Adolfo Vázquez, *Nota sobre las traducciones de Platón al español*, apéndice a la obra de Schuhl, La obra de Platón, cit. La más popularizada versión es la de Patricio Azcárate, hoy desacreditada pues no es directa. Hay ediciones críticas publicadas por la Univ. Autónoma de México y el Instituto de Estudios Políticos de España; también en EUDEBA (pero sólo el texto castellano).

(10) Sobre la evolución del pensamiento de Aristóteles, cf. W. Jaeger *Aristóteles* FCE México 1946; G.E.R. Lloyd *Aristotle: the growth and structure of his thought*, Cambridge at the Univ. Press 1968; Joseph Moreau *Aristóteles y su escuela*, EUDEBA, Bs. Aires 1972, etc.

(11) Al igual que Platón, la obra de Aristóteles está traducida al castellano por Patricio de Azcárate, versión que ha sido desplazada por otras más modernas y técnicas. La edición realizada por Aguilar a cargo de Fco. de P. Samaranch, es muy deficiente y al parecer, tomada en parte de la de Azcárate. Hay algunas versiones estimables realizadas por EUDEBA (la *Retórica* por Ignacio Granero, etc.) y ediciones críticas de la *Política* (Inst. de Estudios Políticos por María Araujo) de la *Ética* (UNAM, por Antonio Gómez Robledo) la *Metafísica* (Ed. Gredos por Valentín García Yebra), etc. Una de las mejores traducciones es la inglesa publicada bajo la dirección de David Ross en la Oxford University Press y reproducida en la Enciclopedia Británica (tomos 8 y 9; el tomo 7 contiene los principales diálogos platónicos en la versión clásica de Benjamín Jowett).

(11a) Sobre la Justicia hay abundantes referencias en la *Magna Moralia* (Libro I, 1193b ss; Lib II, 1198b ss) *Retórica* (1358b ss, 1366b ss, 1368b ss, 1369b ss, 1373b ss, 1374a ss,) *Políticas* (1253a ss, 1255a ss, 1282b ss, 1287b ss, 1318b ss,) y *Ética Eudemia* (1214b ss, 1243b ss). No obstante, la *Ética Nicomachea* sigue siendo la fuente más importante y sistemática para cualquier estudio sobre la Justicia.

(12) Cf. *Historia del espíritu griego*, Ed. Ariel, Barcelona 1961

(13) En Platón el caso es revelador, aunque este filósofo utilizó el mito como *ultima ratio*, es decir, a la inversa del pensamiento prefilosófico.

(14) Jaeger, *Paideia*, tomo I, pp. 20-26.

(15) A. Sánchez de la Torre, *Los Griegos y el Derecho Natural*, Ed. Tecnos, Madrid 1962, pp. 32.

(16) "En el esquema homérico, el derecho positivo es uno de los hechos básicos" dice H. Cairns, *La ley y sus premisas* en Revista de Occidente, diciembre de 1964, No. 21 p. 294.

prevalece es más que la reflexión general acerca de la Justicia, el aspecto externo o sea lo que moderadamente se conoce como técnica judicial (17). No obstante, en Homero como señala Jaeger, hallamos el primer elogio de la Justicia (18).

Hesíodo representa otro estado de espíritu y distinta época histórica. Tienen gran importancia sus obras **La Teogonía** y **Los trabajos y los días**. La primera es un relato genealógico de las deidades olímpicas, en donde por vez primera aparecen la Ley y la Justicia, en forma mucho más nítida que en los cantos homéricos. Témis es hija de Gea y segunda esposa de Zeus, y madre de las tres Horas, Eunomía, Dike e Irene. Témis personifica las proposiciones políticas de los reyes, mientras que Dike es la deidad que concilia, juzga y protege a los labradores de toda usurpación (**Teogonía**, 135 ss.) Dike significa la decisión arbitral y la decisión judicial. Eunomía es la deidad de la seguridad jurídica (**Los Trabajos y los Días**, 225 ss.). Dike, Eunomía e Irene significa el triple acuerdo del Derecho, la Seguridad y la Paz (19). En **Los Trabajos y los Días** (227 ss.) Dike triunfa sobre la Hybris y es invocada por Hesíodo a su hermano Perses. Al respecto, dice Jaeger que "creó Hesíodo una nueva Diosa: Dike hija de Zeus" (20) en el párrafo siguiente:

"Existe también la virgen Justicia (*Dike*) hija de Zeus, que veneran y honran los dioses que habitan el Olimpo; y cuando alguien la hiere y la ofende mediante juicios torcidos, ella acude de inmediato y se sienta junto a su padre Zeus Crónida, y acusa la torpeza de los hombres injustos para que el pueblo pague las injusticias de los reyes, quienes movidos por malos designios, tergiversan la equidad y emiten sentencias arbitrarias" (*Los Trabajos y los Días*, 256-262).

La Justicia es un bien dado por Zeus a los hombres, es un instrumento del dios para cumplir su voluntad en la tierra. Como **Dike** significaba lo igual, tenemos aquí anticipado un elemento en el proceso de racionalización de la Justicia.

Untercer exponente es Solón, representante de un nuevo Ethos. Dike se vuelve una deidad todopoderosa y la Justicia pasa a ser un principio inherente al orden social. Esta armonía de la polis

radica en "los fundamentos sagrados de la Justicia" (21).

"Ella en silencio, conoce lo que ocurre ahora y lo que ha pasado antes, y con el tiempo, ineluctablemente se presenta para cobrar su deuda" (22).

Solón enseña que la ley es la expresión de ese orden ajustado a la Justicia.

"Redacté leyes, igualmente para el malo y para el bueno, fijando para cada uno la recta justicia" (23).

Para Solón la Justicia tarda pero no olvida, pues siempre se presenta en forma inexorable.

Por último, cabe notar que Homero, Hesíodo y Solón, aplican el concepto de Justicia a los problemas humanos, y sólo posteriormente se hará extensivo este concepto a la totalidad del universo, como veremos a continuación.

2. La Escuela Jónica.

La aventura intelectual que dio origen a la filosofía griega fue iniciada por un puñado de jónicos en las colonias del Asia Menor, preocupados por el origen del universo y la causa de todas las cosas. Buscaron el arjé, es decir la **fýsis** que los

(17) Jaeger, *Paideia*, tomo I, p. 18.

(18) Cf. *Paideia*, tomo I, p. 86.

(19) Seguimos aquí a Alfred von Verdross, *Los comienzos de la teoría europea del Derecho y del Estado en Hesíodo* en DIANOIA, México, 1957 y los comentarios de Fotios Malleros en Hesíodo, *Los Trabajos y los Días*, versión bilingüe, Ed. Universitaria, Santiago de Chile 1962.

(20) Cf. *Praise of Law* en "Interpretations of Modern Legal Philosophies" (essays in honor of Roscoe Pound), Sayre Editor, N. York 1947 pp. 390 ss.

(21) Jaeger, *op. cit.* pp. 29 ss. y H. Cairns pp. 295.

(22) Frag. A-4. Seguimos la versión de Fernando Tola *Solón* (traducción de lo que queda de su obra). Publicaciones del Instituto de Filología de la Facultad de Letras de San Marcos, Lima, 1959.

(23) Frags. 36, 37, a.b.

rodeaba. No fueron científicos (24) sino fundamentalmente teólogos en sentido griego, es decir metafísicos (25). Pero paralelamente a esta inquietud metafísica, hay una preocupación por los problemas del mundo en torno, explicitado en la pregunta, ¿de dónde vienen las cosas? De aquí surge una filosofía de la naturaleza que motivó a Aristóteles a denominarlos "fisiólogos". El primero de ellos fue Tales de Mileto, que sostuvo que el origen de las cosas era el agua (Met. 983b 6). Por otras referencias que tenemos, se nota en el milesio una gran curiosidad por temas de la naturaleza y sobre todo por las matemáticas. Nada sin embargo, se desprende de los reportes de su doctrina sobre la Justicia.

Es Anaximandro quien por primera vez toca el tema de la Justicia. Es muy significativo que ella sea una constante en la evolución del pensamiento filosófico griego y que, precisamente, aparezca en el umbral de su historia, y por rara coincidencia dicha referencia aparezca precisamente en el único fragmento de su obra llegado directamente a nosotros. Dice así:

"Lo *ápeiron* es el comienzo y el origen de todo lo existente. Más la fuente de la cual surgen las cosas existentes es también aquella a la que retornan para fenecer según la necesidad; pagan así mutuamente justo castigo y expiación por su injusticia de acuerdo con el orden del tiempo" (frag. 1) (26).

Este fragmento ha sido objeto de apasionados debates que han dado origen a una infinidad de interpretaciones, todas ellas en cierta medida plausibles, ante la ausencia de un marco de referencia suficientemente explícito, lo que ha remitido en última instancia a exégesis filológicas (27).

Pero es evidente que en líneas generales Anaximandro representa un avance sobre Tales, es decir, su doctrina posee un carácter de mayor elaboración conceptual.

La primera impresión que se recoge de este fragmento es que está referido al mundo, es decir, a su devenir. Sabido es que Anaximandro definió al *árjé* como lo *ápeiron*, es decir, lo indeterminado, "no engendrado e imperecedero, que contiene y dirige todas las cosas y constituye la condición de la indefectible perpetuidad de las generaciones" como señala León Robin (28). De todo este nacer y pere-

cer de las cosas, en los cuales hay que mencionar las mundanas, es la Justicia la que vigila su fiel ordenamiento. Es Dike la guardiana de este orden cósmico. Es curioso notar como ciertos términos de índole jurídica —como Jaeger señala— han sido tomados del orden político de la ciudad y trasladadas al universo entero. Es decir, existe una íntima correlación entre el orden humano y el de la naturaleza. Esta unidad *fýsis-nòmos* define todo el período posterior a los milesios hasta la irrupción de los sofistas, como veremos luego. Debemos señalar sin embargo, que la Justicia no aparece definida en sí

(24) Error de todo el siglo XIX, seguido entre otros por Teodoro Gomperz (*Pensadores Griegos*, Ed. Gaurania, Montevideo 1951, tomo I) y John Burnet. (*Early Greek Philosophy*, 4ta. edición, New York 1930). En realidad, como ha señalado Jaeger, la *fýsis* comúnmente traducida por *naturaleza* es equivalente a *génesis*, es decir origen de las cosas. Dice A.P. Cavendish: "Lo cierto es que estos pensadores, no eran científicos. Es decir, no efectuaban cautas generalizaciones a partir de observaciones y experimentos cuidadosos. Por el contrario... revelaban un pensamiento de carácter más mágico que científico". Cf. *Los primeros filósofos griegos* en "Historia crítica de la filosofía occidental", editor D'O'Connor, ed. PAIDOS, Bs. Aires 1967, tomo I, p. 19. Cf. además Víctor Li Carrillo. *Platón, Hermógenes y el lenguaje*. Lima 1959, p. 55 ss.

(25) Cf. Jaeger *La teología de los primeros filósofos griegos*. FCE, México 1952, p. 25 ss. y pp. 195-196, y *Paideia*, tomo I, p. 176.

(26) La traducción es de José Gaos en su *Antología Filosófica (La filosofía griega)*, cit. p. 71. Compárese esta versión con otras dos en inglés y en italiano: a) "Some other *ápeiron* nature, from which come into being all the heavens and the worlds in them. And the source of coming-to-be for existing things is that into which destruction, too, happens, according to necessity, for they pay penalty (*diken*) and retribution to each other for their injustice (*ádikias*) according to the assessment of Time" (Kirk-Raven, *The presocratic philosophers*).

b) "E donde viene agli esseri la nascita, lá avviene anche la loro dissoluzione secondo necessità; poiché si pagano l'un l'altro la pena e l'espiazione dell'ingiustizia, secondo l'ordine del tempo" (Pasquinelli, *I presocratici, frammenti e testimonianze*, Torino 1956).

(27) Véase por ejemplo, la muy discutida interpretación de M. Heidegger, "La sentencia de Anaximandro" en *Sendas perdidas*, Ed. Losada, Bs. Aires 1960, pp. 269-312; y *Martin Heidegger and the presocratics*, por G.J. Seidel, Univ. of Nebraska Press, 1964.

(28) *El pensamiento griego*, UTEHA, México 1956, pág. 40.

misma, sino sólo en su aspecto funcional. Ante la ausencia de otros textos bien podría pensarse que hay una evidente concesión a lo mítico o un reconocimiento implícito de lo indefinible. La definición funcional u operativa de Anaximandro es una constante en la filosofía griega.

Anaximandro ha impuesto de esta manera un sello indeleble a la especulación posterior sobre la Justicia (29).

3. La Escuela Pitagórica.

El otro centro de la especulación filosófica es el sur de Italia, más conocido como la Magna Grecia. Ahí encontramos a la Escuela Pitagórica, de cuyo jefe poco se sabe, pues es frecuentemente confundido —en lo que a sus aportes se refiere— con su escuela.

Los pitagóricos representan una doble dirección. Por un lado un conocimiento riguroso expresado por las matemáticas, y por otro, la tendencia mística enlazada con la tradición órfica. Por la primera sostuvieron que el Número (*arítmōs*) era la esencia de todas las cosas, representando en este sentido un origen de carácter inmaterial, en contraste con los naturalistas jónicos. La determinación de los números era algo específico de la Justicia (Arist. *Met* 1, 5, 985). Incluso las esferas celestiales vivían en plena armonía (Arist. *De Caelo*, II, 9, 290). Todos los seres eran números, y el número se completaba en el diez, que era la suma de los primeros cuatro (1 más 2 más 3 más 4, igual: 10) al que también llamaban Tetractis o número Cuaternario. Sostenían igualmente diez parejas de contrarios, que eran los principios de las cosas (*Met.* 1, 5, 986).

Desde el punto de vista de su pensamiento místico, los pitagóricos fueron los iniciadores de una ética que se condensó en la llamada “vita pithagórica” que imponía severas reglas de conducta a los miembros de esa comunidad místico-religiosa, practicando un gran ascetismo en su vida individual.

El número cuatro fue aplicado como sinónimo de justicia y de hombre justo, por ser producto de dos factores iguales. Por estos motivos ha podido decir Del Vecchio que “la justicia es para los pitagóricos una relación aritmética, una ecuación, una igualdad, de lo cual se deduce la retribución, el intercambio... (siendo) este concepto... el germen de la doctrina aristotélica de la justicia” (30).

4. La Escuela Eleática.

En Jenofánes de Colofón precursor de la escuela,

así como de los discípulos de Parménides, Zenón y Meliso, no aparece referencia alguna al problema de la Justicia. En Parménides por el contrario, encontramos un filón muy rico.

En el poema que nos ha legado, notamos que el filósofo liga al Ser con la Justicia, haciéndola guardiana de la máxima entidad. El poema se inicia con un proemio semimítico en el cual encontramos al filósofo llevado por las diosas hacia el reinado de la luz (la verdad). La Justicia severa, castiga duramente y guarda las llaves que conducen a los caminos de la Noche y del Día (frag. I, 1-3 y 10-14). La Diosa señala al filósofo dos caminos: el de la Verdad y el de la Opinión. Este último, es el mundo sensible, el mundo de las *doxai*. La otra vía, en la que ahora está embarcado le va a descubrir la eterna Verdad (*alétheia*) del Ser y todos sus atributos, enseñándole que el no-ser no es posible, y que su estudio es por completo estéril. Cuando el poeta llega a esta vía, es acogido benévolutamente por las Diosas:

Bienvenido seas tú, que llegaste
a nuestra mansión con los
caballos que te traen.
Pues no es un Hado infausto
el que te motivó a recorrer.
Este camino —bien alejado por cierto
de la ruta trillada de los hombres—
sino la Ley Divina (*Témis*) y la
Justicia (*Dike*).
Es necesario que conozcas toda
mi revelación
Y que se halle a tu alcance
el intrépido corazón de la verdad
de hermoso cerco (frag. I, 24-30)

La Justicia y la Ley Divina se presentan en este pasaje como caminos hacia la Verdad, con la cual están íntimamente vinculadas. Ahora bien, esa Verdad va a ser transmitida por los Dioses (Parménides no parece querer separarse de todo del ropaje mítico). Más adelante nos dice:

Jamás una fe vigorosa aceptará
que de lo que no es
pueda nacer una cosa distinta, así

(29) Para un análisis en profundidad, cf. Franco Todescan *Considerazioni sulla genesi dell' idea di giustizia in un frammento di Anassimandro*, Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, n. 2, 1968, pp. 414-428.

(30) Cf. G. Del Vecchio *La Giustizia*, 6ta. ed. Roma 1961.

tanto para nacer como para perecer,
la Justicia no le concederá licencia
relajando los lazos (Frag. 8, 10-15).

La Justicia aparece así en una posición vigilante, siempre alerta a la identidad del Ser consigo mismo. La Justicia gobierna el cosmos, y al igual que en Heráclito (Frag. 94) vigila que Helios entre y salga según lo prescrito. La Justicia aparece como Verdad y como Necesidad.

Lo importante en Parménides es la ratificación de la idea de la Justicia como Guardianas del cosmos y de la identidad del Ser consigo mismo. Este ser que es algo corpóreo (31) es conocido por la razón y no por las opiniones de los hombres, que sólo descubren al no-ser, inexistente e impensable, como ya se ha visto.

5. Heráclito.

De todo el período cosmológico Heráclito es, sin lugar a dudas, el más sugerente y profundo en lo concerniente al problema de la Justicia. Su filosofía ofrece, sin embargo, muchos y variados matices (32).

Uno de los cargos más serios que se le han hecho es su concepción relativista, el "todo fluye" (*panta rei*) que tanto ha sido discutido por la crítica posterior. En realidad, y como se ha demostrado modernamente, dicho relativismo es una imputación gratuita de Platón (Cratilo 401c-402c) que luego glosó Aristóteles (Met., A, 986b-987b). Por el contrario, el Efesio tiene una concepción unitaria de la realidad, en donde el mundo ofrece esa versatilidad y fugacidad que expresa metafóricamente en los siguientes fragmentos:

"Nosotros descendemos y no descendemos en el mismo río, somos y no somos" (frag. 49 A).

"No se puede descender dos veces en el mismo río... ni tocar dos veces en idéntico estado una misma sustancia..." (frag. 91).

Pero también Heráclito ha afirmado que este mundo, que es y será fuego (frag. 30) es el mismo para todos los seres humanos. Todas las cosas suceden de acuerdo al Logos (frag. 1) pero los hombres ni lo reconocen ni lo siguen. El Logos es lo común, es decir, lo universal. Este mundo que es lucha, está expresado por la unidad de los contrarios. Hay detrás de todo esto una unidad que da fuerza y vigor

a la aparente disconformidad, hay una armonía invisible que es superior a la visible (frag. 54). El orden del cosmos es garantizado por Dike.

"El Sol no traspasará sus medidas, si lo hiciera, las Erinias servidoras de Dike, lo descubrirían" (frag. 94).

Dike es deidad vigilante del orden cósmico. Pero este orden a su vez mantiene y da sustentó al orden civil, es decir, a la polis.

"Aquellos que hablan con entendimiento, deben adherirse firmemente a lo que es común, así como la ciudad descansa en la ley, y aún más fuertemente; pues todas las leyes humanas son nutridas por una única ley, la divina, cuyo poder se extiende según su deseo, basta para todo y a todo sobrepasa" (frag. 114) (33).

El orden divino es el orden del mundo. La lucha que existe en la naturaleza, se da también en la vida ciudadana. La Justicia es lucha, y por eso:

"El pueblo debe combatir por la ley como por sus murallas" (frag. 44).

La filosofía de Heráclito puede ser calificada como de unidad dialéctica en contraste con la unidad estática de Parménides y los eleatas. Heráclito desarrolla y culmina la elucubración iniciada por los milesios, aunque en parte los supera por sus importantísimas contribuciones al estudio del hombre. Anaximandro había hecho extensiva la vida legal de la polis al universo entero, principio que Heráclito aceptó, y que hizo regresar, como de rebote, del cosmos a la ciudad (34).

(31) Capelle, *op. cit.* p. 19, Gigon, *Los orígenes de la filosofía griega*, ed. Gredos, Barcelona 1971, p. 287 ss.

(32) Cf. *Logos*, por M. Heidegger en Letras, No. 72-73 (1964), Angel J. Cappelletti *La Filosofía de Heráclito de Efeso*, Monte Avila, Caracas 1969, y especialmente la notable investigación de R. Mondolfo *Heráclito*, Edit. Siglo XXI, México 1966.

(33) Ver las diversas interpretaciones de este fragmento en el libro de Mondolfo (*Heráclito*, pp. 316-318 y 136 ss).

(34) Sólo en la lucha aparece la Dike, dice Jaeger (*Paideia*, tomo I, pág. 204) y "El universo entero tiene también su ley, como la polis" (*op. cit.* Tomo I, p. 203). Véase también de A. Fernández - Galiano *Conceptos de naturaleza y ley en Heráclito* en Anuario de Filosofía del Derecho, Madrid 1957.

En Heráclito la Justicia es lucha, definición en medio de contrarios, conocida y anhelada porque la injusticia está presente. La Justicia da orden al cosmos y al mundo en que nos movemos todos. Acepta sin embargo que sólo los dioses conocen la Justicia absoluta, y que los hombres conocen de ella sólo una pequeña parte. La Dike Cósmica abarca y envuelve de esta manera la Dike humana.

6. Última fase cosmológica.

La segunda fase de la especulación cosmológica y que intenta una síntesis de la tradición milesia con las más recientes especulaciones, está representada por Empédocles, Anaxágoras y los atomistas Leucipo y Demócrito. En ellos no hay prácticamente referencias a la Justicia, pudiendo mencionarse a Empédocles que se sirve de la idea de Justicia para explicar el universo. En él leemos:

“Lo que es justo puede muy bien ser expresado dos veces” (frag. 25)

“Pero una ley universal se extiende por el amplio dominio del aire y por el infinito de la luz” (frag. 135).

Anaxágoras nada habla sobre el tema y lo mismo puede decirse de Leucipo, de quien nos han llegado muy escasos fragmentos.

Demócrito reclama atención aparte, pues es contemporáneo de Sócrates y merece por tanto ser ubicado en el periodo sistemático, como lo hace Windelband (35). Empero, su temática principal está firmemente arraigada en el atomismo de Leucipo, de quien es difícil distinguirlo. Pero en cuanto a su ética, Demócrito es plenamente un hombre del siglo de oro. Así dice que “Quien comete injusticia es más desafortunado que el que la sufre” (frag. 45). “El Bien consiste no en evitar la injusticia, sino en no desearla nunca” (frag. 62). “Hermosa... es la justa proporción” (frag. 102). “El que desprecia la Justicia... vive en angustia y se atormenta a sí mismo” (frag. 174). La ley tiene su base en la Justicia, y por eso es que la polis debe ser gobernada por aquella (frag. 252).

Y más adelante señala: “La Justicia consiste en hacer lo que se debe, la injusticia es omitir el deber, esto es, dejarlo de lado” (frag. 256).

En realidad, Demócrito es un pensador a mitad

de camino entre dos épocas. Por un lado representa la continuación de la tradición cosmológica, y por otra mantiene una preocupación ética propia del siglo de los sofistas. Sin embargo hay que destacar que en lo atinente a la Justicia, permanece fiel al pensamiento clásico, pues al confirmar la relación de la ley con la justicia (frag. 47, 181, 245, 248, 252, 262, etc.) no hace sino colocarse en el grupo de los pre-socráticos. Aquí no puede hacer compañía a los sofistas, que afirman que la ley es una convención, ni a Platón que envuelve la Justicia en una metafísica idealista, aunque quizá con Sócrates guarde una mayor cercanía. Zeller (36) dice que Demócrito es el fundador de la ética idealista, criterio que otros helenistas comparten (37). Sea como fuere, el carácter fragmentario de su obra, no permite ir más allá y en todo caso no ofrece bases firmes para una nueva moral. Demócrito, en cuanto a la Justicia, es fiel a la tradición y se puede suponer que no habría rechazado la existencia de una Dike cósmica, al lado de los átomos y el vacío. El giro que tomarán las nuevas inquietudes intelectuales y que abren un nuevo periodo en la historia de la filosofía griega, no es ciertamente con Demócrito, sino con Sócrates y los sofistas (38).

(35) Cf. *Historia de la Filosofía antigua* Ed. Nova, Bs. As. 1955 e *Historia general de la filosofía* Ed. Ateneo, Madrid, 1970.

(36) *Outlines...* p. 88.

(37) Capelle, *op. cit.*, p. 152.

(38) Para el conjunto de este capítulo véase además, P. Guerin *L'idée de Justice dans la conception de l'Univers chez les premiers philosophes grecs*, París 1934, Juan David García Bacca *El poema de Parménides*, México 1943, E. Schrodinger *La naturaleza y los griegos*, Aguilar, Madrid 1961, W.K.C. Guthrie *Los filósofos griegos* FCE, México 1958, Rodolfo Mondolfo *La conciencia moral de Homero a Demócrito y Epicuro*, EUDEBA, Bs. Aires 1962, Fernando Montero Moliner *Parménides*, Ed. Gredos, Madrid 1960. A parte de la bibliografía general ya mencionada para éste y los capítulos siguientes, hemos utilizado entre otros, los siguientes: Emile Bréhier, *Historia de la Filosofía*, Ed. Sudamericana, Bs. Aires 1942, tomo I, Karl Jaspers *Los Grandes Filósofos*, Sur Bs. Aires, tomo I (1966) tomo II (1968). Jacques Chevalier, *Historia del pensamiento*, Ed. Aguilar, tomo I, Madrid 1958, Guido de Ruggiero, *Storia della Filosofia* Parte Prima La Filosofía Griega, Bari, Laterza e Figli, 1921, Walter Kranz *La filosofía griega*, Ed. UTEHA, 3 tomos, México 1960, Rodolfo Mondolfo *Breve Historia de la Filosofía griega*, Edit. Losada, Ch. Werner *La philosophie*

III. La Dike antropológica.

7. Antecedentes.

Diversos acontecimientos de origen social y económico determinaron que la especulación de los problemas del universo perdiera su vigencia, para entrar en escena la problemática humana. Este antropocentrismo repercutió indudablemente en los problemas éticos y en especial en la idea de Justicia. Aunque tradicionalmente este periodo está dominado por la figura de Sócrates, no se puede negar que los sofistas jugaron un papel de importancia en este desarrollo. Lo que Cicerón dijo de Sócrates, o sea que había hecho bajar la filosofía del cielo a la tierra (Tusc, V, 4,10) puede con igual justeza ser aplicado a los sofistas. Este movimiento hizo aportes perdurables a la cultura griega, aunque a costa de ello, tuvo que sacrificar el pensamiento clásico anterior a él. Los sofistas son los destructores de un orden tradicional que sólo Sócrates y Platón intentarán reconstruir sobre bases más firmes. Ellos son, como ha sostenido Hegel (39) los maestros de Grecia, los innovadores en retórica, en arte, en gramática, en lógica así como en materia política y jurídica.

8. La innovación de los sofistas.

El problema de la Justicia no aparece en los fragmentos que nos quedan de los más grandes sofistas como Protágoras o Gorgias, aunque de sus doctrinas epistemológicas pueda deducirse un escepticismo o un nihilismo con respecto a la Justicia (40). Es cierto que Platón atribuye a Protágoras, en el diálogo del mismo nombre (320 d. y ss.) el mito de que los dioses otorgaron a los hombres el don de la Justicia para que pudieran gobernarse, pero es sumamente discutible que este pensamiento sea genuinamente protagórico, pues en otras partes de su obra (*Teaitetos*, 152a. y ss.) Platón critica acerbamente su célebre doctrina del homo-mensura (frag. 1) (41). Una leyenda similar aparece en Critias (460-403 a.c.) quien sostiene que la ley y la justicia son una creación artificial y voluntaria de los hombres (frag. 25).

Trasímaco sostiene un claro contraste entre la Justicia y el orden cósmico. Afirma simplemente que lo justo "no es otra cosa que lo que conviene al más fuerte" (Rep. 338b-c); por tanto "cada go-

bierno establece las leyes según lo que le conviene" (Ib). Lo justo está al servicio de cada gobernante, que satisface de esta manera sus pasiones y sus intereses. El hombre injusto por lo tanto, no sólo será consecuente consigo mismo, sino feliz y respetado, mientras que el hombre justo siempre y en todas partes es un desafortunado" (42). Coincidentemente con este pensamiento, Trasímaco habría afirmado en otro lugar que "Los dioses no observan los asuntos humanos, pues de ser así no habrían desdeñado el más grande de todos los bienes entre los hombres, la Justicia, pues vemos que la humanidad no la utiliza" (frag. 8).

Hippias es otro sofista que contribuye aún más

tomo I, El pensamiento antiguo Lib. Hachette, Bs. Aires *grecque*, 2da. edición, París 1947, Bertrand Russell *History of Western Philosophy*, Allen and Unwin, London 1965, Albert Rivaud, *Historia de la Filosofía* Kapeluz ed. Bs. Aires 1962, Tomo I, E.P. Lamanna *Historia de la Filosofía* 1957, Rodolfo Mondolfo *Arte, Religión y Filosofía de los griegos*, ed. Columba, Bs. Aires 1961, Johannes Hirschberger, *Historia de la Filosofía*, Tomo I, Edit. Herder, Barcelona 1954, Michele F. Sciacca *Historia de la Filosofía*, Miracle ed. Barcelona 1954, Hermann Diels, *La evolución de la Filosofía griega*, Depalma, Bs. Aires 1952, F. Copleston *A History of philosophy*, Image Books, N. York 1967, Vol. I, part I; "La idea de Justicia de Hesíodo a San Agustín" por F. Klinger en Revista de Estudios Políticos, No. 72, nov. dic. de 1953, Rodolfo Mondolfo *En los orígenes de la filosofía de la cultura*, Bs. Aires 1956, A.H. Armstrong *Introducción a la filosofía antigua*. EUDEBA, Bs. Aires 1966, W.K.C. Guthrie *History of Greek Philosophy*, Cambridge University Press, 3 tomos, 1962-1969 (del volumen tercero dedicado a los sofistas y Sócrates, hay ediciones separadas), D. Caiazzo *L'idea di giustizia nel pensiero greco*, Roma 1958, etc. (39) Cf. *Lecciones sobre la historia de la filosofía*, FCE, México 1955, Tomo II, p. 8 ss. Cf. M. Heidegger, *Hegel y los griegos*, en ECO, Bogotá, 1, 1960. (40) Para Protágoras, cf. A. Levi *The ethical and social thought of Protagoras*, en MIND, (London) 49 (1940) pp. 284-302, y para Gorgias, G.B. Kerferd *Gorgias on nature* en Phronesis (1955) 36 ss.

(41) Entre las diversas interpretaciones del homo-mensura véase especialmente la de Gomperz, *Pensadores Griegos*, cit. tomo 1.

(42) Rep. 343 d.

a abrir la brecha entre *fýsis* y *nòmos*, es decir, entre lo justo por naturaleza y lo justo por convención. Dice así la versión platónica:

“A todos los aquí presentes, yo los considero como parientes, amigos y conciudadanos según la naturaleza, no según la ley, pues en la naturaleza lo semejante se une a lo semejante, mientras que la ley (*nòmos*) déspota de la humanidad, a menudo nos constriñe contra aquella” (*Protágoras*, 337c-d).

Antifón, que vivió en las últimas décadas del siglo V, señala también que “las disposiciones de la ley son artificiales, más las de la naturaleza son necesarias” (frag. 44).

Evidentemente que algunos sofistas, como puede apreciarse en el *Anónimo de Jámblico*, creían que la ley de la ciudad era todavía una prolongación de la ley del cosmos, tal como sostenía la tradición. Pero la influencia más significativa de los sofistas y la que marcó el ulterior desarrollo del pensamiento filosófico es indudablemente aquel que hemos señalado y que introdujo un hiato entre la naturaleza y las cosas humanas.

En Calicles encontramos más nítidamente la antinomia irreductible entre la naturaleza y la convención (*Gorgias* 482c) (43). “En mi opinión —afirma Calicles— son los hombres débiles y las masas las que establecen las leyes. Para sí mismos, para su propia utilidad, implantaron leyes, prodigan alabanzas y censuras, y quieren atemorizar a los que son más fuertes que ellos” (Ib, 483 b-c). La ley pierde así su vínculo con la polis y el cosmos, y pasa a ser un instrumento de opresión y de defensa de los menos fuertes. La naturaleza señala que es el fuerte el que debe prevalecer, y que los débiles son los únicos que deben obedecer. Tal es lo que nos enseña la naturaleza en su cruda realidad. Esta exige que sea el más fuerte el que gobierne y destroce el orden legal de la ciudad impuesto por una minoría amorfa y desprovista de personalidad, que ha creado una gruesa capa legal para controlar a los fuertes. Sólo cuando estos últimos hagan pedazos las “trampas”, puede hablarse del fiel y lógico cumplimiento de la Justicia natural. Anticipándose a Nietzsche, Calicles sostiene que la justicia es lo que conviene al más fuerte.

Atacada en su conjunto la cultura, la idea de

Justicia, como integrante de las virtudes ciudadanas, sucumbió también a los ataques sofistas y representó los intereses y las pasiones humanas. Los sofistas en el fondo defienden una metafísica utilitaria y presentista. Su labor no fue sin embargo, como ya hemos dicho, enteramente negativa. Purificaron las viejas creencias e hicieron posible la aparición del hombre que los combatió; Sócrates, quien empezó a levantar una nueva concepción ética, de la cual dice Taylor ha vivido Europa desde entonces.

9. El mensaje socrático.

Sócrates es, sin lugar a dudas, la personalidad más atrayente en la galería de los filósofos griegos. La importancia que tuvo su aparición en el horizonte helénico, no ha sido jamás desmentida. Es por ello que Ortega y Gasset, siguiendo las huellas de Nietzsche, ha afirmado que “en él, está encerrada la clave de la historia europea, sin la cual nuestro pasado y nuestro presente son un jeroglífico ininteligible” (44).

La importancia que tiene la Justicia en el pensamiento socrático es considerable. En la *República*, diálogo platónico dedicado a este tema, le dice Adimanto: “toda tu vida te la has pasado en el examen de esta única cuestión” (*Rep.* 367e).

En sus *Recuerdos* escribe Jenofonte que:

“Sócrates (enseñaba) que la Justicia y todas las demás virtudes son cosas bellas y buenas, pues quienes las conocen, no podrán menos que preferirlas” (*Rec.* III, ix, 4-6).

Para Sócrates la Justicia es la virtud por excelencia que corona todas las demás virtudes. Si es una virtud (*âreté*) es decir, una superioridad o excelencia, será bella, no por ser susceptible de captación estética, sino por ser un alto ideal, al cual se

(43) Cf. Adolf Menzel *Calicles* (contribución a la historia de la teoría del derecho del más fuerte) UNAM, Centro de Estudios Filosóficos, Cuaderno No. 15. México 1964.

(44) Cf. *El tema de nuestro tiempo*, 14 ed. Rev. de Occidente, Madrid 1961, p. 53 (en el ensayo “Las dos ironías, o Sócrates y don Juan”), y F. Nietzsche, esp. *El nacimiento de la tragedia*, en *Obras Completas*, Biblioteca Filosófica, ed. Aguilar. Tomo V, Bs. Aires, 1963.

asimilará el concepto de Bien. Las cosas buenas serán siempre bellas. Más adelante, Sócrates identifica la virtud con el conocimiento, de tal suerte que el que conoce el "bien" sólo podrá actuar rectamente. De ahí que el malo lo sea por ignorancia. Este pensamiento genuinamente socrático aparece también confirmado en el testimonio platónico (45).

En otro lugar (**Rec.** IV, ii, 13-14) aparece Sócrates tratando de establecer una jerarquía de las cosas justas y de las injustas, y da a entender veladamente que todo lo hecho a los enemigos es en cierto modo justo (**Rec.** IV, ii, 16-17). Aquí pone Jenofonte en labios de Sócrates una opinión corriente en la época, que en ningún momento debe ser considerada como genuinamente socrática. Pareciera que a falta de una mayor información hubiera querido uniformar a su maestro con la opinión dominante en aquel entonces, haciéndole así inocuo a la democracia ateniense. Sin embargo, fue precisamente esta tendencia contra la que reaccionó Sócrates, quien sostuvo que siempre era preferible sufrir una injusticia que cometerla.

Hablando de la conducta de Sócrates, dice Jenofonte:

"Respecto de la Justicia, lejos de ocultar su opinión, la manifestaba en sus actos" (*Rec.* IV, iv. 1-2).

Y más adelante, en un largo coloquio con el sofista Hippias, señala Sócrates:

"...Pues yo... creía que no querer ser injusto es prueba suficiente de Justicia, pero si no es esta tu opinión, mira si esta otra sentencia te va mejor: digo que lo legal es lo justo". (46).

—¿Quieres decir Sócrates, que legal y justo son una y la misma cosa?

—Sí, contestó.

—Pero no acabo de entender qué llamas justo y a qué legal.

—¿Conoces las leyes de la ciudad?

—Por mi palabra que sí, contestó.

—Las que los ciudadanos hayan decretado, estableciendo lo que se debe hacer y lo que se debe omitir.

—Por tanto, se hallará en legalidad, quien se conforme a los reglamentos políticos, y estará en ilegalidad, quien los traspasa (*Rec.* IV, iv. 12-14).

En este texto vemos como se patentiza el respeto a la ley de la polis, que lo llevó en lógica consecuencia a rechazar la huida tras su condena a muerte. No debe creerse que confundía ambos términos, lo legal y lo justo, sino que los encontraba correlativos.

—Muy bien.

—Así es que ser justo, será obedecerlas (a las leyes) e injusto, desobedecerlas.

—Naturalmente.

—Así, que quien obra según justicia, será justo, e injusto el que según injusticia (*Rec.* IV, iv. 12-14).

Si la ciudad ha sido fundada en vista del interés común, lo que importa en todo momento es el interés de la mayoría, no el interés personal; en consecuencia, será justo obedecer esas leyes que precisamente han sido establecidas por esa mayoría. Para Sócrates, obedecer las leyes de la ciudad es un imperativo moral, de lo contrario seremos ingratos con la polis.

Por lo tanto, concluye el diálogo con estas palabras:

—"Por tanto, Hippias, los dioses mismos quieren que justo y legal sean una y la misma cosa" (*Rec.* ib. 25).

Esta íntima inter-relación está confirmada en otros lugares...

"Definiremos, pues, correctamente, diciendo que son justos los que saben de buen saber las leyes humanas" (*Rec.* VI, vi, 6).

Hasta aquí el testimonio que nos ofrece Jenofonte. En su obra sin embargo, no hallamos lo que

(45) Este es un aspecto paradójico de Sócrates, sobre el cual han llamado la atención muchos autores, en especial Gregory Vlastos (*La paradoja de Sócrates*, Revista de Occidente, No. 11, feb. 1964). En efecto, si se conoce el bien, ¿por qué se actúa mal? Por otro lado, Sócrates busca la verdad, pero es incapaz de enseñarla.

(46) Aquí señala García Bacca: "Nótese esta sumisión de lo justo a lo legal, criterio social impuesto a la moral "Introducción" a los Recuerdos" de Jenofonte, UNAM, cit. p. 515.

es verdaderamente innovador en Sócrates. No existe duda que el filósofo respetaba la ley como fiel expresión de la Justicia, pero eso no significaba que rechazase un fundamento superior al orden jurídico, que era precisamente la Justicia. En la obra platónica, por el contrario se encuentra la gran preocupación de Sócrates por los problemas éticos, los que están precedidos por el deseo de la "definición" de las cosas (Aristóteles, *Met.* 3B7 b). Su gran tarea será justamente definir los conceptos, y de ello dan clara muestra los diálogos platónicos de la primera época, aunque en realidad Sócrates no llegó nunca a una definición sistemática. Su tarea por el contrario, fue un continuo preguntar.

En donde vemos claramente expresado su concepto de la Justicia, es con motivo de su proceso que lo llevó a la muerte. En el *Eutifrón* (2 a-c) por ejemplo, aparecen referencias a la acusación de Méritos, e igualmente en el *Teaitetos* (210 d). Luego, en su defensa ante los Tribunales llama la atención a sus Jueces, sobre:

"...si mis palabras se avienen a la Justicia o no se avienen..." (*Apología* 18, a-b).

Y frente a sus acusadores, que lo han llevado al final de su vida con una acusación injusta, dice firmemente:

"...Ni Méritos, ni Anito pueden ocasionarme perjuicio alguno, ni siquiera sería posible, pues no creo que la Justicia Divina permita que un hombre de superior condición sea dañado por otro de inferior" (*Apol.* 30 c-d).

No solamente aparece acá la superioridad del hombre justo, sino que se afirma la existencia de una Justicia Divina. En su misma defensa, Sócrates narra cómo en diversas oportunidades ha actuado justamente al obedecer a las leyes de la ciudad.

"...yo no puedo ceder ante nadie por temor a la muerte, en contra de la Justicia, (pues) soy capaz de morir antes de ceder" (*Apol.* 32-a-b).

Identificándose luego como:

"...un hombre que jamás transigió con nadie ni con nada que fuera contrario a la Justicia" (*Apol.* 33 a-b).

Cuando luego de ser condenado, se le facilita la fuga de la prisión, deja sentado que lo que importa en las virtudes no es lo que puedan decir los demás, sino lo que son las cosas en sí mismas.

"Y concretamente, con relación a lo justo y a lo injusto, lo vergonzoso y lo honesto, lo bueno y lo malo, que son la materia de nuestra presente reflexión, debemos seguir la opinión de la mayoría y temerle, o sólo de los más entendidos?". (*Critón* 47 c).

Critón es quien acude a la prisión en nombre de los amigos del filósofo, y quien tiene que responder afirmativamente: sólo la opinión de los más entendidos es la que interesa al hombre justo. Lo que importa en última instancia es vivir bien (*eupraxia*). El problema que Critón plantea a Sócrates es "si es justo que yo trate de salir de aquí sin anuencia de los atenienses o no lo es" (*Crit.* 48, b-c). En el mismo diálogo se repiten viejos conceptos que aparecen reafirmados esta vez. En efecto, más vale sufrir una injusticia que cometerla y jamás se debe devolver mal por mal.

En Sócrates la preocupación principal es el "obrar bien", es decir, el factor ético. En él, dice Zubiri, se deja atrás la visión del Ser (Heráclito y Parménides) y el de la *fýsis* (los fisiólogos) y aparece la Ética como *sophia* (47). Esta ética unida al conocimiento (determinismo epistemológico) y la virtud sólo se nos hace patente en el conocer, y aprehendida ésta, se impondrá necesariamente en la praxis. La Justicia se presenta en Sócrates como algo esencialmente humano, y el hombre que la practica es por eso feliz, y sus acciones serán siempre bellas. "Todo lo justo es bello" (48) pues "la justicia y los actos justos serán siempre de acuerdo a la naturaleza" (*Gorgias* 489 b-c) y la "injusticia será el mayor de todos los males" (ib. 509 b-c). Fue Sócrates el primero que sostuvo que no se podía devolver mal por mal, y el que impugnó la creencia popular de hacer bien a los amigos y mal a los enemigos. Su postulado "más vale sufrir una injusticia que co-

(47) X. Zubiri, *Socrates and Greek Wisdom*, en *The Thomist*, vol. 7, 1944 pp. 1-64, reproducido en *Naturaleza Histórica Dios*, Madrid 1944 pp. 189 ss.

(48) *Gorgias* 476 b-c, "*La virtud es felicidad*", ib. 470e.

meterla" lo convirtió en una exigencia absoluta, que en extrema consecuencia lo llevó a aceptar su condena (49) (50).

IV. La Dike sistematizada.

10. Una nueva exigencia.

Las inquietudes cosmológicas y antropológicas de los fisiólogos, los sofistas y Sócrates reclamaban un planteamiento integral de todos los problemas filosóficos. Esta tarea la inició Platón y la culminó el espíritu sistemático de Aristóteles.

Mientras que el pensamiento sobre la Justicia se halla en los pensadores anteriores un poco desgajado de los otros problemas que atañen al hombre y al cosmos, sin mayor precisión en cuanto a su contenido y alcance, y sujeto siempre a discutidísimos análisis interpretativos, en Platón y Aristóteles, de quienes se ha conservado todo lo esencial, tenemos amplios marcos de referencias para el estudio de la Justicia, la cual se halla inmersa en un sistema que da vida y realiza su sentido. Nos encontramos así con una Dike sistematizada.

11. Platón.

"Lo más característico de la actitud de Platón, dice José Vives S.J., fue el haber ligado el problema ético a lo que podríamos llamar el problema cósmico y metafísico. Para Platón el porqué de la conducta humana no puede desligarse del porqué de todo el Universo y del mismo ser..." (51).

Ahora bien, Platón como fiel heredero de Sócrates, sostendrá que la Justicia es una Virtud. Es preciso entonces ver qué es una virtud. En uno de sus primeros diálogos se dedica a ello:

"...Por numerosas y diversas que sean (las virtudes) poseen todas sin excepción, una única cierta idea por la que son virtudes, hacia la cual es adonde tiene que dirigirse la vista para que la respuesta a la pregunta por lo qué es la virtud, sea correcta y muestre qué es lo que hace que la virtud sea... (Menón, 72 a-c)

Y en otro aparte leemos:

"(pues) la virtud es una de las cosas que se

hallan en el alma" (Menón 88). (52).

En su primera fase, Platón considera a la Justicia como una Virtud, pero aquella no es definida (53). Esta definición se hará esperar a la República, el gran diálogo en donde plantea el problema en toda su amplitud. Por eso dice Jaeger que Platón fue "el filósofo que planteó el problema de la Justicia y el Derecho en todas sus dimensiones, y volvió a considerarlo en conexión con el conjunto del problema de la naturaleza de la realidad" (54).

El problema capital de la filosofía platónica —así lo asevera un autor insospechable como Kelsen (55)— fue la Justicia. Esta fue concebida como una realidad que sólo era posible en un estado perfecto, que por tal motivo sería un Estado Justo. En Pla-

(49) Sobre el concepto de virtud en el pensamiento griego, cf. Olof Gigón, *Problemas fundamentales de la filosofía antigua*, Cfa. Fabril Editora, Bs. Aires 1962, p. 243 ss. Sobre los problemas cognoscitivos aquí planteados en relación con la virtud y temas afines, cf. Rodolfo Mondolfo *La comprensión del sujeto humano en la cultura antigua*, Ed. Iman, Buenos Aires 1955, esp. pp. 113 y ss.

(50) Aparte de la bibliografía mencionada sobre Sócrates (Taylor, Tovar, Mandolfo, etc.) cf. entre otros A.J. Festugière *Socrate*, Editions du Fuseau, París 1966 (la primera edición de 1932) p. 101 y ss., Romano Guardini *La muerte de Sócrates*, Emecé Bs. Aires 1960, Eduardo García Maynez, *El derecho natural en la época de Sócrates* (con amplias referencias a los sofistas) en "Ensayos filosófico-jurídicos", Univ. Veracruzana, Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras, México 1959, Antonio Gómez Robledo, *Sócrates y el socratismo*, FCE, México 1966, Francis M. Cornford, *Sócrates y el pensamiento griego*. Ed. Norte y Sur, Madrid 1964, 101 pp., Luis Felipe Alarco *Sócrates y Jesús ante la muerte*, ed. San Marcos, Lima 1972, tomo I (dedicado exclusivamente a Sócrates) etc.

(51) *Génesis y evolución de la ética platónica*. Ed. Gredos, Madrid 1970, p. 205.

(52) Para un resumen del *Menón* ct. Alexandre Koyré, *Introducción a la lectura de Platón*, Alianza Editorial, Madrid 1966 pp. 32 ss. y A.E. Taylor, *Plato, the man and his work*, cit. p. 103 ss.

(53) Koyré, cit. p. 34.

(54) *Praise of Law*, cit.

(55) Cf. *What is justice?* Berkeley 1960 p. 11. Véase también A. Ross *Review of Kelsen's What is justice?* 45 Cal. L.R. (1957) pp. 564-570.

tón, encontramos una teoría del estado justo, como señala Llambías de Azevedo (56). Es verdad que el proyecto platónico ha sido acusado de utópico, crítica que el mismo Platón comprendió al redactar su obra de vejez *Las Leyes*. Pero tampoco pecó de ingenuidad. En la *República* leemos:

—Comprendo, dijo, te refieres a la ciudad cuyo plan hemos trazado y que sólo existe en nuestra imaginación, pues no creo que haya otra semejante en ningún lugar del mundo.

Pero tal vez, repliqué, haya un modelo de esta ciudad en el cielo para el que quiera contemplarlo y gobernarse de acuerdo con él. Por lo demás poco importa que esa ciudad exista o deba existir algún día. Lo cierto es que en ella, y sólo en ella consentirá en actuar (el hombre justo) (*Rep.* 592 c).

En la *República* nuestro filósofo se convierte en educador, pero busca en la Justicia el sustento de su acción. Así dice Jaeger: "Las generaciones anteriores habían creído en la ley escrita como en la panacea de todos los males sociales. Pero en su *República*, Platón quiso demostrar que sólo la mejor educación es capaz de implantar la justicia verdadera en el alma individual" (57).

La concepción de la Justicia está en el pensamiento platónico íntimamente vinculada con la doctrina del alma. En el *Phaidón* había sostenido que el alma era simple. . .

"...no es cierto que a lo que es compuesto por naturaleza le corresponde disiparse de la misma manera en que se ha formado?... ahora bien... la esencia misma, se mantiene en una única condición y no cambia en ningún modo ni hacia ningún otro estado?... (entonces) es necesario que se mantenga en una misma manera..." (*Phaidón* 78-80).

En la *República* sin embargo, afirmará la complejidad del alma, dividiéndola en tres partes de acuerdo con cada una de las clases de la ciudad.

Pero antes de seguir más adelante, veamos cómo se inicia el raciocinio platónico. El primer libro de la *República* (que muchos quieren ver como obra autónoma y anterior al resto) intenta una definición

de lo que es la Justicia en forma infructuosa. Es aquí donde se discute la famosa teoría de Trasímaco, que ya hemos visto y la clásica definición de Simónides, que luego pasó al derecho romano (dar a cada uno lo suyo, *suum cuique tribuere*). Pero el libro primero termina sin respuesta:

"De suerte que en todo el curso de nuestro diálogo, he llegado a la conclusión de que nada sé. En efecto no sabiendo lo que es la Justicia, mal puedo saber si es o no una virtud, y si el que la posee es feliz o desgraciado" (354 c).

Más adelante, ante la imposibilidad de definir lo que es la Justicia, Sócrates propone un método distinto, puesto que la indagación en que están embarcados exige un "espíritu clarividente". En efecto, se podrá seguir un método análogo al de aquellas personas a quienes se les ordena leer desde lejos letras pequeñas, pero que si observan que esas mismas letras están impresas en otro lugar en tipo más grandes, comprenderían de inmediato lo ventajoso de recurrir a estas últimas.

"Si admites una justicia para el individuo, no admites también otra justicia para la ciudad entera?"

—Desde luego, dijo.

—Y no es acaso una ciudad más grande que el individuo?"

—Más grande, contestó.

—Por consiguiente, la justicia pudiera muy bien encontrarse allí en caracteres más grandes y más fáciles de discernir. Entonces... examinaremos primero... la naturaleza de la justicia en las ciudades, y después la estudiaremos en cada individuo" (368-d-369 a).

Luego, Platón pone en boca de Sócrates la descripción de los orígenes de la ciudad, cuáles son las ocupaciones de sus habitantes, quiénes son los que gobiernan y cuáles son las clases que existen en ella. Los gobernantes deben ser filósofos, pues son "los más seguros guardianes del Estado" (*Rep.* 503-504). La ciudad tiene además de los gobernantes (re-

(56) Cf. *Platón: La teoría del estado justo*, en *Dianoia*, 1957. pp. 232-258.

(57) *Op. cit.*

yes-filósofos) dos clases más: los guardianes o defensores y los labradores y artesanos. Cada una de estas clases tiene una misión que cumplir y una virtud que le es característica, y que no es más que un simple reflejo de la realidad del alma. Esta alma tiene tres partes: Racional, irascible y concupiscible (439 d ss).

Ahora bien, cada una de estas partes del alma, corresponde a cada una de las tres clases:

“(a la) parte racional le corresponde mandar, porque es sabia y tiene el cuidado de todo el alma, a la irascible (pasional) incumbe estar sujeta y aliada a ella... y estas dos presidirán la concupiscible y velarán que... haciéndose muy fuerte y violenta no... pretenda esclavizar y dominar a las que por su naturaleza no debe” (Rep. 441 ss).

Pero esto no es todo. La ciudad ha de ser además virtuosa, es decir, prudente, valerosa, temperante y justa (Rep. 427 ss.). La prudencia es propia de los gobernantes, el valor es propio de los guardianes, y la templanza de los artesanos y labradores. ¿Y la Justicia? Ella será la coordinadora de todas las virtudes, la que hace posible que aquellas cumplan adecuadamente su función y no intervengan en la marcha de las otras. Así:

“La justicia consiste en hacer cada uno lo suyo” (433 b).

“la justicia consiste en asegurar a cada uno la posesión de su propio bien y el ejercicio de la actividad que le es propia” (Rep. 434-b).

Pero lo que es propio de la ciudad, es propio también del hombre. Por tanto:

“Un hombre es justo de la misma manera que es justa la ciudad” (Rep. 441 d).

Si las clases de la ciudad hacen su propia función, esta será justa. Igualmente, si cada una de las partes del alma realiza su propio cometido, cada persona será justa. La Justicia aparece así como virtud ordenadora del alma humana.

Ahora bien, ¿cuál es el fundamento de la idea de Justicia? ¿qué lleva en sí esta noción? Lo que está detrás de toda la armazón construida por el genio de Platón es la idea de Bien, a la cual sólo llegan los filósofos.

“En la esfera de lo cognoscible, la idea de Bien es la más lejana y es necesario fatigarse para verla... (ella) es causa de todas las cosas justas y bellas” (Rep. 517).

Tras analizar los grados del saber (libro VI) Platón intenta definirnos esta idea a través de un mito (58). Es decir, tras un arduo ejercicio dialéctico. Platón desvanece el problema; así lo reconoce expresamente:

“Creedme queridos amigos, dejemos por esta vez la indagación por el Bien tal como es en sí, pues me sería muy difícil explicaros su naturaleza” (Rep. 506 e).

El Bien sin embargo, no aparece definido en ninguna parte. Dice Juan A. Nuño: “El Bien no es definido por Platón en ningún momento, quizá por lo que tan alusivamente se explica en la Carta VII” (59).

En efecto, en dicha Epístola dice:

“En todo caso, he ahí lo que yo puedo afirmar respecto de todos los que han escrito... acerca de aquello que constituye el objeto de mis preocupaciones, por haber sido instruidos sobre ello por mí... es imposible que hayan comprendido, sea lo que sea la materia (de mis investigaciones). Por lo menos, bien de cierto es que no hay ni habrá ninguna obra mía sobre semejantes temas. No hay en efecto, ningún medio de reducirlos a fórmulas como se hace con las demás ciencias, sino que cuando se han frecuentado durante largo tiempo estos problemas, y cuando se ha convivido con ellos, entonces

(58) Cf. John Wild *Plato's Theory of man*, Harvard University Press, Camb. 1946, esp. Chap. V. “The image of the cave” p. 174 ss.

(59) Cf. *La Dialéctica platónica*, U.C. de Venezuela Caracas 1962, p. 60.

brotar repentinamente la verdad en el alma, como de la chispa brota la luz y en seguida crece por sí misma". (*Epístola* VII. 341 b).

Comentando estos problemas, F.M. Cornford escribe: "Necesita subir todavía más, hasta la idea suprema en el terreno moral y definir la naturaleza del Bien. Solamente entonces se verá la completa significación de la verdad descubierta en su relación con el resto de la verdad. Si se detiene, sus definiciones de justicia y de otras ideas, aún cuando sean correctas, serán análogas a una hipótesis matemática, que es verdad pero que espera deducción del primer principio. Pero si puede llegar al Bien, adquirirá **nous** (*Rep.* 534 b) esa visión iluminada de todo el campo que sólo puede tenerse desde la cima" (60).

Platón empezó por definir la Justicia como la virtud ordenadora de todas las demás virtudes, estableciendo la armonía tanto en la polis como en el individuo. La Justicia apareció así como un elemento operativo, de carácter instrumental y sin contenido en sí misma. Y cuando ascendiendo le quiso dar un mayor respaldo en la idea de Bien, se encontró con que esta idea era inefable, asequible a unos cuantos elegidos (los filósofos) y sólo por medio de una intuición místico-religiosa. El filósofo racionalista acabó de esta manera volviendo al pensar irracional (61).

12. Aristóteles.

El estagirita culmina el largo proceso de desarrollo de la filosofía griega. A él corresponde el mérito de haber sistematizado genialmente todo el conocimiento hasta entonces existente (62) de tal forma que podemos decir que es algo así "como el demiurgo platónico que puso orden en el caos" (63). A fin de tener una idea del lugar que ocupa la Justicia en su pensamiento, veamos brevemente su clasificación de las ciencias (64).

Aristóteles en diversas partes de su obra (*Tópica*, VI, 6 145 a 15 y VII; 1, 157 a 10; *Met.* E, 1, 1025 b 7; 1025 b 25; 1026 a 18) efectúa una clasificación de las ciencias en Teoréticas, Prácticas y Poéticas (65) que podríamos esquematizar de la siguiente forma:

- a) Teoréticas (objeto: el saber o la verdad) y comprende la Matemática, Física y Teología (*Met.* E. 1; K. VII).
- b) Prácticas (objeto: la acción misma), comprende la política, ética y economía (66).
- c) Poéticas (objeto: la producción de una obra exterior al agente), comprende la Retórica y la Poética (67).

(60) Citado por Robert Harman *El conocimiento del Bien en Platón*, en *Dianoia*, 1962 p. 61.

(61) Aparte de la bibliografía ya citada, cf. Eduard Zeller, *Plato and the older Academy*, Russell and Russell Inc. New York 1962 (cap. Ethics p. 435 ss). A.E. Taylor *El Platonismo y su influencia*, Ed. Nova, Buenos Aires 1946, pp. 72 ss; F. Châtelet *El pensamiento de Platón*, Labor, Barcelona 1967; P. Fireman *Justice in Plato's Republic*, N.Y. 1957; Julián Marías *Biografía de la Filosofía*, ed. Emece, Bs. Aires 1954, esp. caps. I y II, Hans Kelsen *The metamorphoses of the idea of justice* en "Interpretations of Modern Legal Philosophies" Sayre editor, N.Y. 1947 pp. 390 ss. (interesante también por el análisis de Aristóteles); Pablo Luis Landsberg *La Academia platónica*, Revista de Occidente, Madrid 1926 (es un enfoque sociológico con prólogo de Ortega) Carlos Curcio *Ritigendo La Repubblica di Platone*, en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, No. 3-4, 1968, pp. 498 ss. etc.

(62) Cfr. W. Jaeger *Aristóteles*, cit. pág. 19 y ss.

(63) Eduard Zeller señala: "Podríamos decir que Sócrates es el germen que asoma, Platón la espléndida flor y Aristóteles el fruto maduro de la filosofía griega en el punto culminante de su desarrollo histórico". *Sócrates y los sofistas*, Ed. Nova Bs. Aires 1955, p. 37.

(64) Véase de A.E. Taylor; *Aristotle*, Dover Publications Inc. N.Y. 1955 especialmente el Cap. 2, *The Classification of the Sciences*, pp. 14-40. Eduard Zeller *Aristotle and the earlier peripatetics*, N.Y. 1962, W.F.R. Hardie *Aristotle's ethical theory* Oxford 1968; D.J. Allan *The philosophy of Aristotle* Oxford 1952, etc.

(65) Las observaciones de Taylor, *op. cit.* pág. 20

(66) Sobre la autenticidad del "Económicos", Cfr. Jean Brun, *Aristóteles y el Liceo*, EUDEBA, Buenos Aires 1961, p. 17.

(67) Cfr. Taylor; loc. cit. La Lógica no está considerada en esta clasificación de las Ciencias por razones que explica muy bien O. Hamelín en *El Sistema de Aristóteles*, Bs. Aires, p. 115. Sir David Ross sigue en esto a Hamelín en su *Aristóteles*, Edit. Sud-Americana, Buenos Aires 1957, Cap. 2, p. 37 y ss. El mismo Aristóteles niega a la Lógica carácter de ciencia sustantiva (*Met.* 1026a 18) aunque a veces habla de una ciencia analítica (*Rhet.* 1359b 10)

Las ciencias teóricas son tres: matemáticas, física y metafísica (68). La Matemática estudia los seres inmutables (números), la Física, los seres que tienen en sí mismos un principio de movimiento y de reposo, y la Metafísica, se ocupa del ente y del ser inmóvil.

Dentro de este esquema el segundo rubro atañe a las ciencias prácticas, esto es, a las que tienen por objeto la acción misma. Dice Ross que éstas son buscadas para "servir de reglas de conducta" (69).

La **Ethica Nicomachea** es la encargada de responder a esta inquietud. En el libro I, que trata sobre el Bien en general, dice Aristóteles que:

"todo arte y toda investigación científica, igual que toda acción tienden al parecer, hacia algún bien... por la misma razón que hay múltiples actos... hay también multiplicidad de fines... Si es verdad que existe algún fin de nuestros actos, es evidente que este último fin, puede ser el bien, e incluso el bien supremo" (EN 1094a-1094b 12 MM1184 a ss; EE. 1128b ss.).

Será entonces necesario, precisar la naturaleza de este bien y qué ciencia lo estudia... "ésta es al parecer, la ciencia política" (loc. cit.). Comentando este texto, Ross señala que la Política en sentido aristotélico, es lo que llamaríamos hoy "ciencia social" (70), y agrega: "De esta ciencia (la política) la ética no es más que una parte, y en consecuencia Aristóteles no habla nunca de "ética" como ciencia independiente, sino solamente de "estudios del carácter" o de "nuestras discusiones sobre el carácter" (71) Y continúa: "Así, la ciencia de la política tomada en su totalidad, se divide en dos partes, que pueden ser llamadas por conveniencia, ética y política" (72).

La **Ética** de Aristóteles tiende a un fin (télós) el fin buscado es el bien... Pero, cuál es el bien? Aristóteles responde: "es la felicidad" (EN 1095a 17) (73).

De esta manera, ha quedado establecido que la ética busca reglas de conducta pero extraídas del hombre mismo; no requiere entonces de una base metafísica tal como afirmaba su maestro Platón, ni mucho menos es intelectualista, como sostenía Sócrates. Por el contrario, quiere que cualquier hombre pueda regir su vida por ella. Está dirigida al hombre mismo, con total prescindencia del mundo

natural que lo rodea (74). Para decirlo con Emile Bréhier: "El fin, es, pues, la felicidad, pero una felicidad humana, es decir, que nos sea accesible por nuestras acciones y que dure la mayor parte de nuestra vida" (75).

Más adelante la naturaleza es dividida en orgánica e inorgánica. El hombre se relaciona con la primera, en cuanto posee en común "un alma" vegetativa y sensitiva, pero se diferencia radicalmente en una tercera "alma" que es privativa del ser humano: la racional o intelectual. Y mientras que a la natura-

(68) La Metafísica se acostumbra denominar como Filosofía Primera o Teología (en sentido no cristiano), ya que el término "metafísica" era desconocido por los griegos. Cfr. de Karl Ludwig Michelet *Examen Crítico de la Metafísica de Aristóteles*, Ed. Imán, Bs. Aires 1946, pp. 71 y ss., Franz Brentano *Aristóteles* Ed. Labor, Barcelona 1951, F. Brentano *Aristóteles* Colección Los Grandes Pensadores, tomo II, Rev. de Occidente, Madrid 1925, John H. Randall Jr. *Aristotle*, A Columbia paperback, 1968, etc.

(69) *Op. cit.* p. 268.

(70) *Ibidem.*

(71) *Op. cit.* p. 268. Cf. An Post 89b; Pol. 1261a 31, etc.

(72) Ross *op. cit.* p. 268. Y agrega "La ética de Aristóteles evidentemente es social y su política es ética".

(73) Cf. Eugene E. Ryan *La noción de Bien en Aristóteles*, UNAM, Cuaderno del Centro de Estudios Filosóficos, No. 26, México 1969.

(74) En la ética aristotélica se prescinde de toda fundamentación metafísica (Cfr. W. Jaeger, *Aristóteles*, cit. pp. 252-297). La ética de Aristóteles es individualista. W. Capelle dice que en Aristóteles "Los fundamentos de la moralidad no se derivan de un principio metafísico, sino de lo más privativo del ser del hombre" (op. cit. p. 382). Emile Bréhier señala: "Todo el pensamiento platónico descansa en una unión profundamente íntima de la vida intelectual, moral y política: la filosofía alcanza mediante la ciencia, la virtud y la capacidad necesarias para gobernar la ciudad. Todo esto queda separado en Aristóteles. El bien moral o bien práctico, es decir, el que el hombre puede alcanzar por sus acciones, nada tiene que ver con esta idea del Bien que la dialéctica colocaba en la cúspide de los seres. La moral no es una ciencia exacta como las matemáticas, sino una enseñanza que pretende hacer mejores a los hombres" (*Historia de la Filosofía*, cit. Tomo I, p. 254). Y luego agrega: "En ética, como en todo, se trata de definir un fin, y después de determinar los medios propios para conseguir ese fin. Tal fin es práctico y humano" (p. 255) concluyendo que "La ética es pues, una especie de descripción muy concreta de la manera como la razón puede penetrar y dirigir toda la actividad humana" (p. 256).

(75) *Op. cit.* tomo I, p. 255.

leza, los fines le vienen impuestos, el hombre como ser libre. los busca y actúa de acuerdo a ese fin que es la felicidad.

Recordemos que Aristóteles había declarado que el supremo bien era la felicidad. "Por eso —dice Rivaud— de acuerdo con el consenso general, la felicidad es idéntica al bien. El acuerdo cesa cuando es necesario definir la felicidad: para unos es el placer; otros la confunden con el poder y la riqueza (otros)... con la contemplación" (76). Aristóteles efectúa una cuádruple clasificación de lo que se entiende por felicidad; ésta sólo se logrará por una vida dedicada a) al Placer; b) al Honor (Gloria), c) a la Riqueza o d) a la Contemplación. Las tres primeras son rechazadas por Aristóteles (EN 1095a 6-1095b 6). La cuarta es aplazada al final de la obra, en donde se trata de mostrar que es el fin más elevado de la existencia humana (EN 1095b 14-1096a 10) (77). El bien para el hombre, debe reunir dos características: debe ser final y elegido por sí mismo como medio de alcanzar algo distinto; y debe ser auto-suficiente (EN 1097a 15 y ss.). Para precisar la naturaleza de este bien final (la felicidad) Aristóteles indaga por la función propia, distintiva del hombre. Este distintivo es lo que sólo él puede realizar. El crecimiento, la alimentación, la reproducción, etc., es algo que comparten todos los seres vivos de la naturaleza. Pero lo que diferencia al hombre de los demás seres, es la vida del espíritu, pues:

"lo peculiar del hombre es la actividad del alma, de acuerdo total o parcialmente con la razón... (pues) este género de vida, está de conformidad con la virtud...

El Bien (la felicidad) para el hombre consiste en una actividad del alma acorde con la virtud" (EN. I, 6, 1098a 151; MM, 1184b; EE. 1219a)

Así, dice Capelle, "lo que caracteriza al hombre es una actividad del alma conforme a la razón, o más exactamente, una actividad del alma conforme a la virtud pues, ésta se apoya en el pensamiento racional... la virtud es el órgano de lo intelectual" (78).

"La felicidad es la vida de la facultad racional en cuanto es actividad conforme a la virtud y manifestada durante la vida completa" (pues)

una golondrina no hace la primavera como tampoco un día de sol" (EN 1097a 13-1098a 20)

Habiendo establecido que la felicidad (como sumo bien) es una actividad del alma de acuerdo a la virtud, es menester investigar la esencia de la virtud, la cual, como reiteradamente afirma Aristóteles, se aprende mediante la práctica (EN 1099a 20 y ss.). Para plantear bien el problema, el Estagirita considera necesario distinguir en el alma humana una parte racional y otra irracional, fraccionando ésta última en dos: vegetativa y sensitiva (EN 1101b 26-1103a 10). Sobre esta división bifronte de las facultades del alma se levanta la división de las virtudes en **éticas** (o morales) y **dianoéticas** (o intelectuales). Las primeras corresponden a la parte carente de razón, y se logran por la voluntad, las segundas corresponden al pensamiento, y están encuadradas dentro de la parte racional del alma. Resumiendo esta clasificación, Aristóteles empieza el Libro II de la **Ética Nicomaquea** con las siguientes palabras:

"La virtud se manifiesta bajo un doble aspecto; uno intelectual y otro moral; la virtud intelectual proviene en su mayor parte de la educación, de la que ella necesita para darse a conocer y desarrollarse, igualmente, exige ella práctica y tiempo; mientras que la virtud moral es hija de los buenos hábitos" (EN 1103b y ss.). "pues ninguna de ellas (las morales) nacen naturalmente en nosotros" (EN, II, 1).

"No es, pues, ni por efecto de la naturaleza, ni de manera contraria a ella, como nacen en nosotros las virtudes; estamos predispuestos a adquirirlas... con la condición que las perfeccionemos con el hábito" (EN 1103 a-b 25).

"en cuanto a las virtudes, las adquirimos desde el comienzo por medio del ejercicio" (loc. cit).

Y más adelante agrega:

"Así, pues, es necesario que ejercitemos nuestras actividades de una manera determinada, pues las diferencias de conducta dan lugar a hábitos distintos" (EN 1103b 25).

Luego, podemos concluir que la Ética "no busca un fin teórico, como las demás (ciencias) ni mira o tiende a determinar qué es la virtud, sino la for-

(76) *Op. cit.* tomo I, p. 157.

(77) Ross, *op. cit.* p. 273.

(78) Capelle, *op. cit.* pp. 383-384.

ma que hemos de emplear para llegar a ser virtuosos". (EN 1103b 26) (79). Más adelante señala que para llegar a la virtud es necesario huir tanto del exceso como del defecto (EN 1103b 26-1104b 3), es decir, busca el justo medio entre dos extremos. Queda así establecido que la virtud no es un sentimiento ni una capacidad, sino una **disposición adquirida** ("Sí, pues, las virtudes no son pasiones (sentimientos) ni meras posibilidades, sólo queda que sean disposiciones adquiridas" (EN 1105b 19-1106a 13), esto es, "debe ser una disposición resultado del desenvolvimiento de una capacidad por el ejercicio propio de esta capacidad" (80). La virtud quiere hacer del hombre que la practica una persona buena y honesta. Mas, ¿cómo se llegará a ello? "En todo objeto —continúa— podemos distinguir lo más y lo menos, lo igual en el objeto y con relación a nosotros, ahora bien, lo igual o equivalente es el grado intermedio entre el exceso y el defecto" (EN 1106a 17 y ss.). Este término medio (**mesótes**) "no es ni único, ni idéntico para todos" mas "todo hombre instruido huye del exceso y del defecto y busca el término medio. . . no en relación al objeto, sino relativo a nosotros. . . y agrega: "la meta que se propone la virtud es un prudente término medio" (EN 1106b 9 ss.) (81) para culminar con su célebre definición de virtud como:

"una disposición permanente, una posesión (*éxis*) que presupone una elección (*proairetiké*) consistente en un término medio (*mesótes*) relativo a nosotros, definido por la razón, y tal como la fijaría un hombre prudente (*ó frónimos*) (EN 1106a 14 1107 a 2).

La doctrina del justo medio ha provocado desde Kant a nuestros días, y aún antes, serias críticas que no es del caso analizar, pero que precisan ser aclaradas conceptualmente. En efecto, la palabra clave es **mesótes** traducida comunemente como **término medio** o **justo medio**. El Diccionario Griego-Español de Pabón-Echaurri, así lo traduce (Barcelona 1964, 3ra. edición, p. 330). La versión directa de Antonio Gómez Robledo, utiliza "posición intermedia". Rodolfo Mondolfo traduce **mesótes** por **justo medio** (El pensamiento Antiguo, cit. tomo II, p. 72 y ss.). En francés, una de las más autorizadas versiones, de J. Tricot (París 1959) utiliza la voz **médiété**; Jean

Voilquin (Classiques Garnier, París 1961) prefiere hablar de **juste moyenne**. Guido de Ruggiero traduce **mesótes** por **medietà**. "La virtud —dice— é appunto una mesotes, una medieta fra gli estremi. . . donde la definizione della virtù come abito di proporsi quel che consiste nella medieta verso di noi" (**Storia della Filosofia**, Parte Prima, la Filosofia Greca, Volume II, Bari, Laterza & Figli, 1921, pp. 72-73). David Ross traduce al inglés por **mean** (**The Nicomachean Ethics of Aristotle**, The World's Classics, Oxford University Press, London 1963) y Alfred E. Taylos usa indistintamente **just enough** y **right mean** (**Aristotle**, Dover, N.Y. 1955).

Fácilmente, se puede apreciar que en el fondo, todas las versiones coinciden en otorgar a la **mesótes**, el significado de medida.

Resumiendo, podemos decir con Zeller, que "el concepto de virtud ética está determinado por tres características, i) es una determinación de la voluntad que busca el justo medio (82), ii) está de acuerdo con nuestra naturaleza humana (83), y, iii) es

(79) Ross observa: "La afirmación de Aristóteles de que nos hacemos buenos por la práctica de actos buenos implica una paradoja, ¿cómo podemos realizar actos buenos si no somos nosotros mismos buenos? (op. cit. p. 277). Aristóteles trata de disipar esta contradicción líneas más abajo (EN 1103b 27 y ss.).

(80) Ross, op. cit. p. 278. Rivaud dice "La virtud es un hábito, una posesión, una disposición permanente, y así se distingue de los inconstantes arrebatos del deseo y la pasión. Op. cit. tomo I, p. 259.

(81) El término medio sólo se refiere a las virtudes morales, y entre ellas a la justicia.

(82) Aristóteles recalca claramente, que dicha determinación de la voluntad debe ser libre y producto de una elección, de lo contrario, nuestras acciones no serían morales (EN 1111a-b). Cfr. Ross. op. p. 284. Brun. op. p. 51. G. de Ruggiero señala que así "Il centro della moralità é conquistato: l'uomo é principio e genitore delle sue azioni". Op. cit. p. 75.

(83) Sobre la naturaleza humana; EN 1102 a-b. Antonio Gómez Robledo plantea claramente esta distinción entre naturaleza en general y naturaleza humana. Cfr. Su *Ensayo sobre las virtudes intelectuales* (Teoría General de la Virtud) en *Diánoia* 1955, en donde sostiene que la Etica aristotélica descansa en una antropología filosófica (p. 27).

definida por la razón como lo haría un hombre prudente (84).

El Libro V de la Etica Nicomaquea (íntegramente dedicado a la Justicia) empieza así:

“En relación con la justicia y la injusticia, hemos de considerar qué clase de término medio es y hallar respecto de qué extremos es un justo medio”. (EN, V, I, 1129 a) (85).

Tratando de precisar el sentido de justicia, afirma que por “justo” podemos entender a) lo que es conforme a la ley; b) lo que es igual o imparcial; **contrario sensu**, será injusticia a) lo ilegal y b) lo desigual. (EN 1129a 3-1130a 13; Pol 1280a ss). Más adelante aclara:

“Supuesto, como hemos dicho, que el injusto obra en contra de las leyes y puesto que el que se conforma a éstas es justo, es evidente que todos los actos conformes a las leyes, son de alguna manera Justos” (EN 1129a-1129b 13) (y)... “llamamos con una sola palabra lo justo a todo aquello que es capaz de crear o salvaguardar, en su totalidad o en parte, la felicidad de la comunidad política” (EN 1129b 13 y ss.)

La Justicia tiene un rasgo distintivo: la alteridad, pues “es una virtud completa, no en sí, sino en relación a otro” (loc. cit.), y hay que distinguir entre justicia y virtud, pues “en la medida en que es relación con otro, es justicia, y en cuanto es disposición adquirida, es virtud” (EN 1130 a 6 y ss.). De esta forma “la acción justa es el término medio entre la injusticia que se comete y la que se soporta” (EN 1133b 20-1134a 11 MM, 1193b ss). Luego, la Justicia se divide en a) Particular y, b) General o legal (EN 1130a y ss.). La que más interesa es la primera como virtud específica, pues en sentido general “dícese justo al que obedece a las leyes e injusto al que transgrede; y en sentido particular, se llama justo al que respeta la igualdad e injusto al que no la observa” (86).

Esta justicia particular (“que es la que buscamos”) es subdividida en dos clases (87).

- a) La justicia en la distribución de los honores y de las riquezas entre los ciudadanos.
- b) La justicia reparadora en las relaciones entre los hombres. (EN 1130a 14-1131a 9).

La primera es la justicia distributiva (distributive justice, traduce Ross), la segunda, la justicia conmutativa (rectificatory justice, según Ross, reguladora, correctiva, reparadora, usa indistintamente Gómez Robledo). La primera de ellas (distributiva) implica dos personas y dos cosas, y su labor es la distribución según una relación proporcional (88); ésta es la llamada por los matemáticos “proporción gemétrica” (EN 1131a 27 b 14) y la segunda (conmutativa) se da en las transacciones privadas, tanto voluntarias como involuntarias. (EN 1131b 14-1132a 2) y se manifiesta en “proporción aritmética”. (89). Estas caprichosas sutilezas numéricas son

(84) Eduard Zeller, *Outlines...* p. 208. Anotemos que para Aristóteles el término medio no existe en los extremos, así como tampoco el término medio no tolera extremos, pues en este sentido, la virtud “se halla en el punto más alto”.

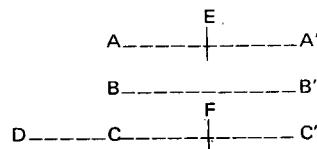
(85) Seguimos especialmente a Ross, *op. cit.* pp. 298-306; T. Gomperz, *Pensadores Griegos*, Tomo II, pp. 279-289; Antonio Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, FCE, México 1963, pp. 41-86; Wilhelm Windelband, *Historia de la Filosofía Antigua*, *op. cit.* pp. 301 y ss.

(86) Gómez Robledo, *op. cit.* p. 48. De esta forma la justicia particular reposa en la igualdad y la general o legal, en la ley.

(87) Esta división, así como la teoría del justo medio, pasó casi sin reservas a Santo Tomás de Aquino, quien, a las virtudes éticas e intelectuales, agregó las teologales, en donde por cierto no se toleraba la mesótes. Cfr. para las virtudes teologales (*Sum Theol.* Ia. IIae, q. 62) sobre el justo medio (*Ibidem*, Ia, IIae, q. 64) y las partes de la justicia (*Ibidem*, Ia, IIae, q. 61 art. 1) etc.

(88) Ross, *op. cit.* p. 299; Gomperz, *op. cit.* t. III, p. 281.

(89) Estas dos clases de justicia las ilustra Aristóteles con ejemplos matemáticos. De esta última dice que “hay que quitar alguna cosa al que tiene más para añadirla al que tiene de menos, etc.” (EN 1132a 25-b 9). Y añade “Supongamos tres líneas, AA', BB', CC', iguales entre sí. De la línea AA' extraemos AE y añadimos el segmento CD a la línea CC', así la línea DCC' excede a la línea EA' por el segmento CD y el segmento CF, y excede a la línea BB' por el segmento CD” (loc. cit.) Ross, en la traducción antes citada, efectúa el siguiente cuadro explicativo (p. 116).



Igual procedimiento emplea Aristóteles para definir la otra clase de justicia. Cf. el cuadro que realiza Gomperz. *op. cit.* Tomo III, p. 282. Un antecedente de esta clasificación puede verse en Platón *Leyes* 757.

comprensibles en parte por estar referidas a la justicia particular, que busca la igualdad (90) (91).

La justicia ha sido tratada bajo dos aspectos: desde el punto de vista de su esencia, y desde el ángulo de su realización. Como justicia realizada, Aristóteles continúa efectuando clasificaciones. En este orden de ideas distingue entre la justicia política y la justicia no-política o doméstica. La primera es la que existe entre "participantes libres e iguales de un Estado" y tiende a realizarse en la ciudad (EN 1134a - 26-27) pues "la justicia sólo existe entre los hombres libres y regidos por la ley... por ello es que no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley" (EN 1134a 30-35) (92). La segunda es la que existe en relación distinta, así, entre patrón y esclavo, padre e hijo, marido y mujer, etc.; que no es propiamente justicia por cuanto no se trata de personas libres (en el primer caso) ni iguales (en el segundo y tercer caso), pero que por analogía podemos llamarle justicia (EN 1133b 29-1134a 16).

La justicia política (que es la justicia por antonomasia) se divide en dos: a) justicia natural y, b) justicia legal (convencional).

"Lo justo natural es lo que donde quiera tiene la misma fuerza y no depende de lo que apruebe o no la opinión pública... lo justo convencional (o legal) por el contrario, es lo que es indiferente que sea de éste o de aquel modo, pero ya no lo es después de estatuido" (EN 1134b 19-23).

Este justo natural es parte de lo justo político, es decir, vive dentro del orden positivo, y al igual que éste es variable y de naturaleza immanente (EN, 1134b 27-29, MM, 1194b ss.) (93).

El resto del libro que estamos analizando toca tres temas conexos, tales como el aspecto interno de la justicia, que supone un estado de espíritu, y una serie de casos en "donde Aristóteles se guía, en cierta medida por la práctica de los tribunales griegos". Realiza un estudio de la equidad como "una corrección de la ley allí donde tiene defectos debido a su generalidad" (EN 1137a 31-1138a 3). Comentando este texto, Antonio Gómez Robledo dice que la equidad "es... en conclusión... no algo diferente a la justicia, sino con todo rigor, la justi-

cia del caso concreto" (94). Theodor Gomperz apunta que "el principio de la equidad desempeña un papel relevante en la jurisprudencia de dos países: Roma e Inglaterra. El desarrollo del *Jus aequum* o *aequabile* en las Cortes de Equidad (*Courts of Equity*) corresponde casi exactamente a las ideas de Aristóteles aquí desarrolladas" (95) (96) (97).

En Aristóteles encontramos una precisión conceptual sobre la Justicia que no hallamos en los anteriores filósofos. Sus conclusiones sin embargo, sobre todo aquellas que más han influido en la historia del pensamiento, ofrecen inconvenientes por el mismo espíritu matematizante con que las trató, co-

(90) Más adelante (EN 1132b 11-33) agrega Aristóteles una tercera clase de justicia, la del trueque o comercial, cuyo análisis no tratamos aquí.

(91) No debe olvidarse que aparte de su significado numérico de medida, Aristóteles no nos dice qué es la igualdad.

(92) Ley o razón, según otras versiones; aunque este dato, según anota Gómez Robledo (cit. p. 61) sea irrelevante dentro de la concepción griega. Por otra parte, la palabra *nómos* que usa Aristóteles y que se traduce comúnmente como ley, abarca toda clase de normas, incluso las de origen meramente consuetudinario.

(93) En la Retórica (1373b ss, 1368b ss) parece Aristóteles afirmar lo contrario. No obstante, tales menciones ocasionales no sólo parecen ser producto de investigaciones más antiguas, sino que por su brevedad y concesiones a ciertas opiniones dominantes de la época, no contradicen lo establecido en la Ética Nicomaquea, que trata el tema en forma más sistemática y representa el pensamiento final del filósofo.

(94) *Op. cit.* p. 80.

(95) *Op. cit.* Tomo III, p. 206.

(96) El tercer tema de interés es el que está relacionado con el Juez, a quien Aristóteles otorga una alta misión pues "cuando se produce entre los hombres alguna diferencia, recurren ellos al Juez... que es, por sí decirlo, la justicia animada... en la persona del Juez se busca... al hombre del justo medio... sólo entonces se llegará a obtener justicia" (EN 1132a-b). "el magistrado que ejerce el poder es el guardián de la justicia, y si lo es de la justicia lo es también de la igualdad" (EN 1134a 32-b 18).

(97) No obstante que la *Equity* sigue siendo importante en el derecho inglés, los tribunales especiales que menciona Gomperz, no existen en la actualidad.

mo veremos más adelante (98).

V. Dike: anverso y reverso.

En las páginas precedentes hemos intentado analizar el concepto de Justicia en el pensamiento filosófico griego, tal como se desprende de los textos clásicos, haciendo lo posible para tratar la idea de Justicia en su aspecto general sin entrar en detalles sobre sus conexiones y ulteriores desarrollos. A través de ese análisis hemos apuntado diversas observaciones que merecen en esta parte final, un balance y crítica general.

El concepto de Justicia, está vinculado en sus orígenes a una concepción mítica y religiosa del universo, para más tarde entrar al campo de la filosofía, y posteriormente, ubicarse en el área de la Ética, y quedar en la actualidad, vinculado estrechamente a la filosofía política y a la filosofía del derecho. Sin embargo, la idea actual que se maneja en el campo filosófico, está en gran parte condicionada por las vertientes que aparecen en la reflexión griega, las que a su vez, ofrecen una serie de limitaciones que hoy en día se hacen más patentes que nunca.

La idea de Justicia, aparece por vez primera en Occidente en los poemas homéricos, recibiendo un amplio desarrollo en las obras de Hesíodo. Es decir, aparece vinculada a ciertos aspectos de la divinidad y los dioses, y rodeada de un misterio y un prestigio especial. Esta primera etapa es pronto superada con el avance del pensamiento filosófico, que inicia su racionalización con las primeras especulaciones de Tales de Mileto. En el primer pensador de Occidente, no aparece sin embargo, nada referido a la Justicia —por lo menos en lo que de su obra ha llegado a nosotros. Es en su contemporáneo Anaximandro donde ella destaca dentro de una concepción grandiosa. Dike es la guardiana del orden del universo, que abarca y envuelve al hombre y a la polis. La Justicia tiene así un carácter netamente metafísico. Pero su metafísica está aplicada sobre todo a la naturaleza, es decir, se trata de una metafísica de la naturaleza, en donde la *physis* es el objeto de las principales preocupaciones. En el fragmento que nos ha llegado de su obra, la Justicia se presenta con el

carácter de necesaria para mantener un orden, pero no se llega a definirla en sí misma. Se dice que es lo que hace, pero no en qué consiste. Es decir, se le otorga un carácter operativo pero su fijación conceptual desaparece de la escena. Este carácter metafísico e inefable será la primera vertiente que ofrece la Justicia, y constituye una de las caras con las cuales aparece en la historia del pensamiento y que de hecho, condiciona en gran parte el desarrollo de lo que por razones prácticas es conocido como período presocrático. Esta concepción metafísica culminará en la obra platónica, como veremos a continuación.

A esta primera concepción metafísica de la Justicia, sucede su reverso: la concepción matemática, o si se quiere geométrico-matemática, que trata de definir y explicar la Justicia en términos de "números" o "igualdades". Esta tendencia afirma generalmente, que la Justicia es la igualdad, aunque no siempre se define en qué consiste ella. Quien primero avizora esta concepción es, al parecer, Pitágoras de Samos, que incluso llegó a hablar de cierta armonía numérica de las órbitas celestes. Dijo entre otras cosas, que el número 4, era representativo de justo, puesto que estaba compuesto por partes iguales. Esta tendencia matematizante que inicia Pitágoras tendrá su máxima expresión en la obra del Estagirita, que no sólo define la virtud en términos de medida (*mesótes*) sino que la sinonimiza con la igualdad y la ley.

Paralelamente a las dos concepciones señaladas, hay que destacar un aspecto importante, y es el relativo a la focalización de la Justicia. En un primer momento, ésta aparece vinculada al universo, pero poco a poco y sobretodo, por influencia de Sócrates y los sofistas, la Justicia llega a afirmarse en Platón y Aristóteles como una característica inherente al orden social, aserto que hoy está plenamente compartido por el pensamiento filosófico. Es decir, se deja atrás una concepción *hyloísta* de la Justicia para hacerla entrar en un marco social. De esta manera la Justicia no se da en las cosas del

(98) Existen otras vinculaciones de la Justicia, como por ejemplo el rol que ella juega en la polis, la relación entre justicia y amistad, etc., que aquí no estudiamos. El apasionante tema de lo justo natural lo hemos presentado en nuestra ponencia ¿Existe un derecho natural en la filosofía griega? Sociedad Peruana de Filosofía, abril de 1972.

universo, sino en el hombre y en relación con sus semejantes. Aparece así la alteridad como su atributo, intuído por Platón (Rep. 343 c-d) y confirmado ampliamente por Aristóteles (EN 11296 13 ss).

Ahora bien ¿qué crítica de orden interno pueden hacerse a estas dos concepciones de la Justicia, una metafísica y otra matemática? El estudio de lo que sus más significativos representantes dijeron (Platón y Aristóteles) puede ser sumamente ilustrativo.

Platón lucha por la idea de Justicia con el propósito de hacer más felices a los hombres. La idea central de la **República** es justamente esa. Sin embargo, y como hemos señalado, Platón no da una definición de ella. Apreciamos en su pensamiento, dos fases sobre este problema:

- a) Una fase instrumental, en cuanto que es definida como una virtud ordenadora de las demás virtudes, y
- b) Una fase metafísica, en tanto que remite a la idea de Bien, que es indefinible, y a la cual sólo llegan unos cuantos elegidos por medio de una iluminación de carácter místico-religiosa.

El segundo aspecto ya lo hemos estudiado en detalle en el párrafo anterior y no necesita ser repetido aquí. El primero es interesante por las consecuencias que puede traer. En efecto, al asignar a la Justicia una labor coordinadora de las demás virtudes y por ende, guardiana de la misión de cada clase en la sociedad, la Justicia platónica se convierte en un arma política que conduce al inmovilismo, es decir, a la permanencia y a la defensa del status quo.

Al respecto, Bertrand Russell dice:

La Justicia (según Platón) consiste en que cada hombre haga su propia tarea: Pero ¿cuál es la tarea de cada hombre?

En un Estado como el antiguo Egipto o el Imperio de los Incas que permanece sin cambios, generación tras generación, el trabajo de un hombre es el que recibe de su padre, y sobre ello no hay discusión.

Pero en el estado platónico no existe el concep-

to legal de padre. Su trabajo, entonces, será decidido de acuerdo a sus propias aptitudes o de acuerdo a lo que el Estado decida. Esto último es, evidentemente, lo que Platón desea (99).

En forma más específica, Karl Popper escribe.

¿Qué entendía Platón por "justicia"? Sostengo que en la República, el término "justo" es sinónimo de "lo que interesa al estado perfecto". Pero, ¿cuál es el interés del estado perfecto? Frenar todo cambio, mediante el mantenimiento de una rígida división de clases y un gobierno de clase.

Sí estoy correcto en esta interpretación, entonces, tendremos que decir que la exigencia de Platón por la justicia, conduce su programa político a un nivel de totalitarismo, y entonces tendremos que concluir que debemos prevenirnos contra el peligro que presenta ser impresionado por las meras palabras (100).

La posición de Aristóteles es también paradójica. Para la Estagirita, la Justicia es una virtud (101), que consiste en ser un punto medio entre dos extremos. Así, dice Kelsen, Aristóteles busca definir la virtud de manera parecida a la que permite al geómetra alejado equidistantemente de los puntos finales de una línea, encontrar el punto que divide a la misma en dos partes iguales. Pero —añade— un geómetra sólo puede dividir algo en partes iguales si conoce los extremos, o sea que éstos estén dados previamente. Pero surge la pregunta, ¿cuáles son los

(99) Cf. *History of Western Philosophy*, cit. p. 131.

(100) Cf. K.R. Popper, *The open society and its enemies*, Routledge and Kegan Paul, London 1966 (la primera edición de 1945) volume One: "The Spell of Plato", p. 89. La acusación de "totalitarismo" que Popper hace a Platón, no es compartida por nosotros; esta tesis fue además tenazmente combatida por una fuerte polémica que surgió a raíz de la publicación de esta obra. Entre otras, pueden verse: John Wild *Plato's modern enemies and the theory of Natural Law*, Chicago Univ. Press 1953, Ronald B. Levinson, *In defense of Plato*, London 1960 (este libro ha recibido un amplio comentario de Popper, *Addenda III, Reply to a critic*, cit., pp. 323-343) etc.

(101) Seguimos aquí el planteamiento de Kelsen, *What is Justice?* cit. p. 110 ss.

extremos? Estos extremos, o se desconocen, o están dados por la moral positiva de la época. En todo caso, el problema no se resuelve, sino que se traslada.

De lo expuesto, se desprende que el planteamiento de ambos filósofos es poco preciso desde un punto de vista conceptual, más aún el caso de Aristóteles que define la Justicia como sinónimo de ley y de igualdad. La remisión al orden jurídico positivo envuelve una verdadera confusión e impide valorar filosóficamente el ordenamiento de una comunidad cualquiera. La idea de igualdad, tal como está desarrollada más extensamente en la división de la justicia en distributiva y conmutativa tiene un sentido matemático de "medida" (ya sea geométrico o aritmético) pero que por sus alcances remite necesariamente a un orden social existente, que es el que define cuál es la "medida" y que se entiende por "igualdad".

Esta misma imprecisión se advierte más claramente en Platón, cuyas consecuencias han sido destacadas quizá exageradamente por Karl Popper, quien ha acusado la Justicia de Platón de "totalitaria", como ya hemos visto.

En síntesis, en Platón y Aristóteles se esconde, ya sea por evasión o por una confirmación, una

defensa del status quo que convierte a la Justicia en estática e inmóvil. No obstante, hay que dejar a salvo la intención de ambos filósofos de fundar un nuevo orden social basado en la Justicia.

En conclusión, puede decirse que los filósofos griegos desde su más temprano origen, plantearon la idea de Justicia como necesaria para el orden social, pero pese a sus empeños naufragaron en la empresa de definirla y de darle una concepción rigurosa. La insuficiencia de sus respuestas anticiparon así, el carácter inefable de la noción de justicia. Desde entonces, poco o nada se ha avanzado en esta tarea, por más refinados que han sido los métodos que últimamente se han propuesto, desde el objetivismo axiológico de Scheler y Hartman hasta el más reciente análisis del lenguaje ordinario que se desprende del segundo Wittgenstein (102). Quizá la incapacidad de definir la Justicia esté plenamente intuida y experimentada en los esfuerzos de Platón y Aristóteles, y habría que atribuir sus fracasos o si se quiere sus deficiencias, a lo espinoso del tema.

Lima, abril de 1973.

(102) Una exposición de este tópico, cf. Morris Lazarowitz *Ludwig Wittgenstein: post-tractatus*, en *DIANOIA*, 1966, pp. 200-214, Justus Hartnack *Wittgenstein and the modern philosophy*, Anchor Books, N.Y. 1965, etc.

LA INTERPRETACIÓN DE LA LEY EN EL DERECHO PENAL

“Interpretar de acuerdo con la letra e interpretar de acuerdo con el espíritu. Todos somos abogados, todos sabemos a qué atenernos. Esto parece un cuento. Uno a veces piensa y se dice ¿Cómo es posible que le hayan enseñado a uno esto?”

A.L. Gioja

1. El principio de la legalidad. 2. Vinculación del juez a la ley. 3. El Derecho como lenguaje y la interpretación. 4. Necesidad de la interpretación. 5. Metas de la interpretación: concepciones objetiva y subjetiva. 6. Criterios para la interpretación: literal, histórico, sistemático y teleológico. 7. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva. 8. Límites de la interpretación: reducción teleológica y analogía. 9. Conclusiones.

1. El principio de la legalidad.

El ejercicio por parte del Estado de su poder punitivo comporta graves atentados en la esfera personal de los individuos. Es evidente que el Estado, cuya misión esencial es asegurar la paz, la prosperidad y la seguridad, debe recurrir el “*jus puniendi*”. Sin embargo, es inaceptable sacrificar los derechos del hombre en aras de la consecución de tales fines.

Las reglas que determinan las condiciones de la actividad punitiva del Estado constituyen el Derecho penal, cuya consolidación y humanización son el fruto de una larga y constante lucha contra el poder arbitrario y la injusticia.

El Derecho penal fija los principios generales relativos a la responsabilidad y a las sanciones penales. Define las diversas infracciones y señala las penas que deben imponerse a sus autores. Estas son las dos funciones primordiales del Derecho penal: la determinación de los actos humanos que merecen la calificación de infracciones y la delimitación de los medios punitivos del Estado. Este rol fundamental del Derecho penal se ha materializado en el princi-

pio de la legalidad, cuya expresión latina “*nullum crimen nulla poena sine lege*” fue formulada, por primera vez, por el jurista alemán G. Feuerbach.

Las legislaciones penales modernas, generalmente, han mantenido el principio de la legalidad en cuanto a la determinación de las incriminaciones. “Es desde este aspecto —dice Germann— que hay una **diferencia esencial** entre, de una parte, la cuestión de saber cuáles son los hechos que caen bajo la represión penal y, de otra parte, la fijación de sanciones aplicables. Si los límites de lo que es punible son trazados por la ley, bastará mantenerse dentro de estos límites para no ser sancionado o sometido a medidas de la misma especie por parte del Estado. Es esto, para la mayor parte de los individuos, lo esencial y basta para consolidar sus sentimientos de seguridad y de libertad frente al poder represivo del Estado. Les interesa poco conocer la sanción en que incurrir al cometer un delito. No calculan el precio (en el sentido de las teorías abstractas de comienzos del siglo XIX)”. (1).

Nuestro legislador ha establecido, inspirándose en el Código penal italiano de 1889 y en los tres primeros artículos del Código penal, reglas que consagran este principio de la legalidad. En el artículo 2o. prohíbe todo cambio o modificación arbitraria de la pena prevista en la ley para la infracción cometida (“*nulla poena sine lege*”); en el artículo 3o. veta el recurso a la analogía para castigar un acto que no ha sido descrito como delictuoso en una ley

1. Oskar Germann, *Le controle du pouvoir d'application du juge dans la détermination des peines et des mesures de sûreté*, in *Revue internationale de droit pénal* 1957, p. 235.

y de recurrir a la retroactividad ("nullum crimen sine lege"). En el artículo 1o. ha estatuido una garantía de carácter procesal: la privación o la restricción de derechos, a título de pena, sólo procede en virtud de una sentencia judicial ("nulla poena sine iudicio").

2 Vinculación del juez a la ley.

La primacía del principio de la legalidad significa que la ley es la única fuente del Derecho penal. El juez podrá invocar sólo una norma jurídica —promulgada antes de cometido el acto— para imponer una pena. Esta vinculación no es concebida, hoy en día, de la misma manera a como lo fue en los años anteriores e inmediatos al gran proceso de codificación. En ese entonces, se consideró —como— que "los jueces de la nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley; seres inanimados que no la pueden moderar en su fuerza ni en su vigor" (2). Se llegó a afirmar que "En los estados republicanos, es de rigor ajustarse a la letra de la ley. No se le pueden buscar interpretaciones, cuando se trata del honor, de la vida o de la hacienda de un ciudadano" (3).

Ahora, este vínculo entre el juez y la ley se ha flexibilizado debido, precisamente, a un cambio sustancial en la manera de pensar que se refleja en la técnica legislativa.

Las penas tazadas han sido abandonadas; nuestro legislador se contenta con señalar un *mínimum* y un *máximum* dentro de los cuales el juez escogerá la pena particular. Las descripciones de las conductas delictuosas se realizan de manera general y se recurre, con frecuencia, a "elementos normativos"; de esta manera, se evitan las fórmulas casuísticas. Esta tendencia es considerada como el verdadero y más importante peligro para la vigencia del principio de la legalidad.

3. El Derecho como lenguaje y la interpretación.

La característica primaria del Derecho penal "consiste en especificar, mediante reglas, ciertos tipos de conducta como modelos o pautas para guiar a los miembros de la sociedad como un todo, o a clases especiales dentro de ella: se espera que los miembros de la sociedad, sin el concurso o la intervención de los funcionarios, comprendan las reglas y entiendan que ellas le son aplicables y adecúen su comportamiento a las mismas" (4).

Por esto, las normas jurídicas penales deben re-

dactarse de modo que sean accesibles a la generalidad de las personas. Sin embargo, estas normas no sólo se dirigen a las personas, en general, con la pretensión de guiar sus conductas; sino también a los individuos encargados de aplicar un sistema de penas (5). La comunicación de estas pautas o criterios generales de conducta —"mediante formas generales explícitas"— es posible gracias al lenguaje. Esto ha hecho posible la existencia de lo que hoy denominamos Derecho. Con justa razón, Juan Ramón Capella dice que "todo derecho, en efecto, tiene por condición de existencia la de ser formulable en un lenguaje, impuesta por el postulado de la alteridad" (6).

En Derecho penal, donde rige plenamente el principio de la legalidad, la norma jurídica es una fórmula lingüística escrita, que es capaz de influir en el juez y en el resto de personas, en razón de que los signos que constituyen su aspecto físico "poseen un significado que nada tiene que ver con la sustancia física real. Ese significado es atribuido a lo impreso por la persona que mediante la facultad de la visión tiene experiencia de dichos caracteres" (7).

En la averiguación del significado de estas fórmulas lingüísticas (denominadas proposiciones o normas jurídicas), consiste la interpretación (8).

Este proceso tiene un aspecto cognoscitivo, ya que se acude al "fenómeno elemental del entender que se realiza a través del lenguaje". Esto nos muestra, según Betti, como el lenguaje adoptado por los demás no puede ser recibido así, tal cual, como algo material, sino acogido como una llamada o una invitación a nuestra inteligencia, como una exigencia dirigida a nosotros, para reconstruir desde dentro, traducir y volver a expresar interiormente, con nues-

2. Montesquieu, *Es espíritu de las leyes*, traductor Nicolás Estévez, Garnier Henos., Paris 1939, T.I., p. 109.

3. Montesquieu, *Es espíritu de las leyes*, T.I, p. 38.

4. H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho*, traductor Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p.49.

5. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 49.

6. Juan Ramón Capella, *El Derecho como lenguaje - Un análisis lógico*, Ariel, Barcelona 1968, p. 28.

7. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973, p. 109.

8. Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona 1966, p. 246; cf. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 113. Ver: Liborio C. Bonacorso, *Il processo e l'applicazione del diritto*, in *Revista internazionale di Filosofia del Diritto*, 1966, p. 259.

tras categorías mentales, la idea que él suscita y representa" (9). Este mismo autor afirma: "De este modo, en el proceso interpretativo ocurre una inversión del proceso creador: una inversión por la cual el intérprete en el *inter* hermenéutico debe recorrer en sentido retrospectivo el *inter* genético y realizar en sí el repensamiento" (10).

Sin embargo, el proceso interpretativo no se agota en esta fase cognoscitiva. Comprendida sólo desde este punto de vista no explica, en todos sus aspectos, la toma de decisión por parte del juez. Esta decisión depende de una valorización de la norma jurídica. Esta no es una "fórmula mágica", sino que constituye la materialización de toda una tradición cultural. Condicionado por esta realidad, el juez comprende la proposición jurídica; tratando de que su decisión aparezca y sea aceptada "no sólo como justa o socialmente deseable". De manera que la interpretación —observada desde esta perspectiva— ha de ser considerada también como un acto de valoración y no de mero conocimiento.

4. Necesidad de la interpretación.

A raíz de las grandes codificaciones o de las grandes compilaciones se tuvo la convicción de que el Derecho positivo se encontraba realizado en la ley escrita. Así, por ejemplo, luego de la promulgación del Código penal de Baviera (1813), se prohibió, expresamente, se comentaran sus disposiciones (11). Esta clase de prohibiciones tenían su origen en la idea de que el juez estaba estrechamente vinculado al texto legal, lo que garantizaba la realización de los principios de igualdad y justicia.

En épocas más recientes se ha sostenido la inutilidad de la interpretación en los casos en que el texto legal sea claro, seguro, cierto. Ya que de esta manera cada miembro de la sociedad dispone de una descripción verbal que puede usar para decidir qué es lo que no debe hacer y cual la oportunidad para hacer algo.

De esta manera, sin embargo, se olvida que los mandatos, prohibiciones o permisos jurídicos son transmitidos mediante expresiones del lenguaje; las que "no pueden reproducir, de manera exacta, toda la riqueza de la realidad de que hablan" (12). Las palabras no son unívocas, no tienen un sentido natural y obvio. Su significado varía según cual sea la conexión de lo que se dice. El sentido de lo que se dice en conjunto es el único que puede esclarecer,

por completo, el correspondiente significado de las palabras individuales. "El contexto mostrará —dice Ross— la referencia con que la palabra ha sido usada en cada caso individual —continúa el mismo autor—, surgirá un campo de referencia correspondiente a la palabra, que puede ser comparado con un blanco. En torno al centro habrá una densidad de puntos, cada uno de los cuales marca un impacto de referencia. Hacia la periferie la densidad decrecerá gradualmente. La referencia semántica de la palabra, concluye Ross —tiene, como quien dice, una zona central sólida donde su aplicación es predominante y cierta, y un nebuloso círculo exterior de incertidumbre, donde su aplicación es menos usual, y donde gradualmente se hace más dudoso saber si la palabra puede ser aplicada o no" (13).

Así, a pesar de que el Derecho consiste en reglas generales formuladas por escrito, "en los casos concretos particulares pueden surgir dudas sobre cuáles son las formas de conducta exigidas por ellas". Esto es lo que se ha llamado "la textura abierta del lenguaje". Tomando consciencia de este hecho, es de recordar con Hart que "la falta de certeza en la zona marginal es el precio que hay que pagar por el uso de términos clasificatorios generales en cualquier forma de comunicación relativa a cuestiones de hecho" (14).

9. Emilio Betti, *En torno a una teoría general de la interpretación*, in *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, vol. VII, No. 1, junio 1966, Bogotá, p. 93.

10. Betti, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VII, No. 1, Bogotá 1966, p. 93-94.

11. Ver: Luis Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la interpretación del Derecho*. Fondo de Cultura Económica, México 1956, p. 181-182; Sebastián Soler *La interpretación de la ley*, Ariel, Barcelona 1962, p. 9.

12. Adam Schaff, *Ensayos sobre filosofía del lenguaje*, Ariel, Barcelona 1973, p. 99.

13. Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 111. Tiene razón Sebastián Soler cuando rechaza la posesión escéptica, "consistente en transferir al lenguaje normativo las incertidumbres operativas posibles y aún frecuentes en el uso común del lenguaje". La expresión tiene un inequívoco sentido dispositivo. Pero no estamos de acuerdo con él en cuanto afirma: "Esto significa que cuando la ley emplea una expresión tiene un significado preciso y dispositivo. Salvo que ella disponga de otro modo, ese significado es único"; in *Las Palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México 1969, p. 148 y 172.

14. Hart, *El concepto de Derecho*, p. 159.

La vaguedad del lenguaje no puede dejar de ser considerada por la teoría del Derecho, ya que hace patente la "futilidad de las prohibiciones de interpretación que a veces se encuentra en los textos legales: nada puede impedir que una palabra, ordinariamente precisa (precisa en un contexto habitual), llegue a presentarse con vaguedad, y que esta vaguedad sea irreductible sin una decisión más o menos arbitraria" (15).

Tomemos un ejemplo del lenguaje corriente, frecuentemente citado. ¿Qué significa el término calvo? ¿A quién se le puede calificar de calvo? Nosotros no cuestionamos, actualmente, el significado de este término. Pero, si al legislador se le ocurriera, por ejemplo, aplicar un impuesto a los "calvos", tendríamos que ponernos a pensar a quiénes ha querido designar mediante esta palabra. ¿Calvo es quien no tiene pelo alguno en la cabeza o, también, quien los tiene pocos (16). Veamos algunos ejemplos del lenguaje legal: ¿El término "edificio", utilizado por nuestro legislador en el artículo 267 del Código penal, se refiere a la "obra o fábrica construida para habitación o para usos análogos?" o a todo lo que ha sido construido sobre el suelo y bajo el suelo? (17).

Cabe preguntarse si una palabra utilizada dos veces en la misma disposición tiene, en ambos casos, igual significación. Por ejemplo, en el párrafo 1o. del artículo 257, se dice: "El que con **violencia**, engaño o abuso de confianza, despojare a otro de la posesión o tenencia de un bien inmueble..." y en el párrafo 3o., se expresa: "El que con **violencia** o amenazas, turbare la posesión de un inmueble" ¿En el primero, el término "violencia" comprende también la amenaza (violencia moral o vis compulsiva)?

¿Cuándo en el artículo 214, se hace referencia a un "nuevo matrimonio", se debe comprender al matrimonio civil y al religioso o sólo al primero?

El legislador ha querido describir conductas distintas o incurre en redundancia; cuando establece, primero, en el párrafo 2o. del artículo 230 que "se impondrá la misma pena (prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días) e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al **funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina**" (violación de domicilio) y, luego, en el artículo 339 que "el **funcionario público o agente de autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescritas por la ley o fuera de los casos que ella determina**, será reprimido con prisión no mayor de dos

años e inhabilitación, conforme a los incisos 1o. y 3o. del artículo 27, por doble tiempo de la condena" (abuso de autoridad).

Aún en reglas aparentemente tan claras como el **artículo 150** del Código penal, se presentan dudas cuando se les confronta con la realidad. Esta disposición dice "el que intencionalmente mata a **otro** será reprimido..." Es a una persona natural y viva a la que se refiere el término "**otro**". Es natural que nos sintamos señalados por tal expresión. ¿Pero, comprende —igualmente— a las "personas descerebradas" o "muertos clínicamente"? En realidad, de lo que se trata es de saber cuando se ha de considerar muerta a una persona. Esto se ha discutido mucho en los últimos años con ocasión de los trasplantes de órganos. Tradicionalmente, se ha admitido que la vida dura hasta el último latido del corazón o acto de respiración. Pero ante la comprobación de que las funciones del corazón pueden detenerse aún por horas, no se acepta hoy en día tal criterio. Admite, por el contrario, la medicina moderna el concepto de la muerte cerebral. Este concepto ha sido incorporado a nuestra legislación. En el **Código Sanitario (18)** se reconoce que el fin de la vida productora de consecuencias jurídicas, no corresponde a la verdad biológica. En relación con esta última, se establece que "la muerte se produce por la cesación de los grandes sistemas funcionales" (art. 36). En el artículo 21 del **Reglamento de Injertos o Trasplantes (19)** se define a la muerte como "un proceso biológico, lento y progresivo que se desarrolla a nivel celular, en tiempo variable para cada tejido. Su evolución comienza antes de la muerte clínica y continúa después de producida ésta". La muerte clínica es definida como el paro irreversible de la función cerebral, confirmado por el electroencefalograma, u otro medio científico más moderno empleado en el momento de la declaración" (art. 41 del Código Sanitario). Es esta muerte la que ya pro-

15. Capella, *El Derecho como lenguaje*, p. 248-249.

16. Ver: Soler, *Las Palabras de la ley*, p. 174-176. No nos ha sido posible consultar la obra de Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As. 1965, a la cual se refiere críticamente Soler.

17. José Hurtado Pozo, *Delitos contra la Seguridad Pública - Incendios y otros estragos* (Notas del curso Derecho Penal III), Cuadernos del Instituto de Ciencias Penales, Lima, junio 1972, p. 14.

18. Código Sanitario, Decreto Ley 17505 del 18 de marzo de 1969, *in Leyes y resoluciones de carácter general de la República del Perú*, Ministerio de Justicia y Culto, año XVI, No. 80, Lima - marzo-abril 1969, p. 385-403.

duce consecuencias jurídicas, por esto el artículo 38 del Código Sanitario dispone que "por la muerte, dentro del campo de la salud, el sujeto de derecho se convierte en objeto de derecho que se conserva, se destruye o se usa en defensa y cuidado de la salud pública y de la salud privada". Con esta disposición concuerda el artículo 6 del Reglamento de Injertos o Transplantes que dice: "Desde el momento en que el médico certifique, respecto de su paciente, que cualquier procedimiento técnico que se siga será inútil para producir su recuperación, y producida la muerte clínica, se podrán usar procedimientos para los efectos de conservar la vida independiente de los órganos a fin de que puedan ser utilizados en trasplantes".

Desde esta perspectiva, cabe preguntarse si el "muerto clínicamente puede o no ser víctima del delito de homicidio". En otras palabras, si el término "otro" comprende o no a la persona considerada muerta "clínicamente". Nuestra jurisprudencia no ha tenido ocasión de pronunciarse y nuestra Doctrina no se ha planteado "in extensum" el problema (20). En el extranjero, se ha dado una respuesta negativa (21).

No son extraños a esta vaguedad los términos técnicos y, además, el legislador mismo los usa de manera inapropiada. Tenemos un caso, es el artículo 125 del Código penal en que se trata de la reincidencia. La jurisprudencia reiterada de los tribunales ha considerado, justamente, que aquí dicho término no ha sido usado por el legislador en el sentido determinado del artículo 111, sino que con él se hace referencia al simple hecho de "volver a cometer un delito" (22).

Respecto al lenguaje científico ha dicho Ross, que está caracterizado por una tendencia a cultivar la formación pura de conceptos sistemáticos, independizándose así del contexto y de la situación. Sin embargo, sólo en la forma más elevada del lenguaje científico, en el lenguaje símbolo de las matemáticas puras, este esfuerzo ha tenido pleno éxito" (23). Por esto, la referencia a la edad de la víctima —por ejemplo— es uno de los pocos casos de certeza de la expresión en las normas jurídicas que la contenga (art. 199).

Se puede afirmar que la aplicación de la proposición jurídica a un caso particular requiere de su interpretación; tarea que es completada por la determinación e interpretación de los hechos (24).

La necesidad de interpretar el texto legal se presenta, sobre todo, "cuando el fenómeno a en-

juiciar se encuentra en el sector marginal" de un concepto o de una representación general" (25).

5. Metas de la interpretación: concepciones objetiva y subjetiva.

El proceso de la interpretación no concluye, con frecuencia, en una sola solución. El resultado no es preciso, exento de ambigüedad. Karl Larenz considera —con justa razón— que la respuesta a la pregunta ¿cuándo es "correcto" el resultado de la interpretación? depende de cómo se determine la meta del conocimiento.

Dos concepciones se oponen, tradicionalmente, en torno a este problema: la **teoría subjetiva** y la **teoría objetiva**. Según los partidarios de la primera, la interpretación se dirige a determinar la voluntad del legislador histórico; es decir, "a descubrir el significado que se intentó expresar, esto es, la idea que inspiró al autor y que éste quiso comunicar" (26). Los defensores de la segunda, afirman que se trata de buscar la voluntad de la ley; el sentido razonable, normativo de la ley (27).

La separación radical de estas dos concepciones es artificiosa; debido a que no se puede contraponer de manera absoluta intención y comunicación. Está última no tiene un significado objetivo preciso y su comprensión cambia de acuerdo a los datos que se tengan en cuenta. La intención que es un fenómeno

26. Ver: Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

27. Larenz, *La Metodología de la Ciencia del Derecho*, p. 250; Ross dice: "establecer el significado comunicado, esto es, el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo", *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

19. Reglamento General de Injertos o Trasplantes de órganos, tejidos y partes del organismo Decreto Supremo No. 0098-71 SA del 22 de junio de 1971, in "El Peruano" del 30 de junio de 1971.

20. Ver: Luis Roy Freyre, *Derecho Penal Peruano*, T.I. Parte especial, Lima 1974, p. 45-46; este autor considera que la persona declarada muerta clínicamente puede ser víctima del delito de homicidio. Raúl Peña Cabrera no se pronuncia; ver: *Derecho Penal Peruano - Parte especial*, 3a. edición, Lima, 1972, p. 12-13.

21. Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht, Besonder Teil*, 5a. edición, Verlag C.F. Muller, Karlsruhe 1971, p. 13.

22. Ejecutoria del 13 de octubre de 1937, in *Anales Judiciales 1937*, p. 123. Ver: Ejecutoria del 5 de noviembre de 1955; in *Anales Judiciales 1955*; p. 347.

23. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 115.

24. Soler, *La interpretación de la ley*, p. 75

25. Larenz, *La metodología del Derecho*, p. 248.

del mundo interno del legislador es "fundamentalmente inaccesible" (38). Gioja afirmó, refiriéndose a la comprensión del espíritu del legislador —como también se denomina a la voluntad—, que "salvo que uno tenga algunas dotes metapsíquicas muy especiales, uno no puede entrar en el espíritu del legislador, sino a través de ciertas manifestaciones externas que él haga. Las manifestaciones externas más comunes que tiene el legislador es hablar o escribir" (29).

En la doctrina nacional se sostiene, generalmente, que la interpretación tiende a establecer la voluntad de la ley. De la jurisprudencia de la Corte Suprema no se puede deducir una concepción coherente y de cierta vigencia. Lo cierto es que para fundamentar sus fallos ha recurrido algunas veces a la pretendida "voluntad del legislador".

Ante el problema de saber si en el artículo 214 la palabra "matrimonio" se refiere tanto al civil como al religioso, la Corte Suprema sostuvo en su ejecutoria del 8 de junio de 1940 que "aún cuando el segundo matrimonio se hubiese realizado en forma religiosa, constituye delito de bigamia si se contrajo estando viva la primera esposa. La mente del legislador —argumentaron nuestros jueces supremos— al establecer que sólo el matrimonio civil produce efectos legales, ha sido propender a la celebración del matrimonio como contrato y que el Estado tenga la constancia y el control de las uniones conyugales realizadas, pero no ha podido ser su intención que después de contraído un matrimonio civil se efectúen uno o más enlaces religiosos" (30). Sin embargo, el criterio que ha predominado es el legalista: sólo existe bigamia en caso de matrimonio civil.

En general, podemos afirmar que la Corte Suprema se preocupa fundamentalmente del texto legal, en sentido figurado habla de "la doctrina que establece el Código Penal" o la ley (31).

Si se quiere seguir hablando de teorías subjetivas y objetivas, debe cambiarse el criterio de distinción. Ha de tenerse en cuenta los elementos a los que recurre el intérprete para llegar al sentido de la proposición jurídica. Cuando se vale de las circunstancias personales y de hechos ligados a la estructuración de la expresión y a su adecuación, diremos que concibe la interpretación de modo subjetivo. Por el contrario, si emplea los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión, se ha de hablar de interpretación objetiva (32).

Ambos criterios deben ser empleados, por cuanto son útiles para establecer el significado de la ley

objeto de la interpretación. Larenz ha señalado muy bien que "es necesario lograr una síntesis, pues, la ley como voluntad expresada del legislador lleva en sí los caracteres de su tiempo, pero como ley ahora vigente se transforma con el tiempo. Ambos elementos tienen la misma gran significación, ambos han de ser tenidos en cuenta por la interpretación (33).

6. Criterios para la interpretación: literal, histórico, sistemático y teleológico.

Se conoce, en principio, que las reglas o criterios empleados en los demás campos jurídicos son también aplicables en Derecho Penal, siempre y cuando no implique su uso una violación del principio de la legalidad.

Casi todos están de acuerdo en que el primer paso a dar en la interpretación de una norma es el análisis de su sentido literal. Por esto, Gioja ha podido decir "lo que parece evidente es que el espíritu lo descubro a través de la letra" (34).

Tradicionalmente, se ha sostenido que es la forma más simple de interpretación, y que consiste en indagar el significado propio de las palabras. Estas deben entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas. Pero, como lo hemos visto anteriormente, las palabras no poseen un sentido natural y obvio. Son en su mayor parte ambiguas, vagas; su campo de referencia es indefinido, pues, consiste en un núcleo o zona central nítida y en un nebuloso círculo exterior de incertidumbre. Debido a ésto el esclarecimiento del sentido literal sólo puede alcanzarse a fijar, aproximadamente, la amplitud de la expresión. Para precisarla es necesario recurrir a otros criterios. Estos son el histórico, el sistemático y el teleológico.

Veamos, en primer lugar, el siguiente caso jurisprudencial (35): un menor de catorce años de edad

28. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 117.

29. Ambrosio L. Gioja, *Ideas para una filosofía del Derecho*, T.II, Buenos Aires 1973, p. 264.

30. *In Anales Judiciales 1940*, p. 59.

31. *In Revista de Jurisprudencia Peruana 1937*, p. 657.

32. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 118

33. Ver: Oskar Germann, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung*, 2a. edición, Verlag Stampfil Cie, Berna 1967, p. 47 y ss.

34. Gioja, *Ideas para una filosofía del Derecho*, T.II, p. 264.

35. *In Boletín Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República*, No. 11-12, p. 440 y s., Lima 1973.

practica el acto análogo al sexual con un homosexual, quien hace de pasivo. El Tribunal correccional condena al homosexual a una pena privativa de la libertad, como cómplice del delito de **violación de menores**. Consideró al menor como autor y víctima del delito. Dejemos de lado las críticas que merece esta solución y retengamos únicamente que el Tribunal invocó el **artículo 199** del Código penal. Al verse en la Corte Suprema este caso, se sostuvieron tres criterios distintos. En primer lugar, en la misma Resolución Suprema se dice, que siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años de edad que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito de **atentado contra el pudor**, previsto en el **artículo 200** del Código Penal. En segundo lugar, se afirma en un primer voto en discordia que este hecho constituye el delito de violación presunta, "porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, y que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos códigos y a las circunstancias de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo en el acto sexual". En tercer lugar, se sostiene en un segundo voto en discordia, que el artículo 199 al referirse a "hacer sufrir el acto sexual o el acto análogo a un menor", reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo, que en el caso presente es, precisamente, el encausado; llegándose a afirmar que no es de aplicación ni el artículo 199 ni el 200 del Código Penal, sino que debe castigarse al pederasta de acuerdo con el **artículo 85** del Código de menores, que reprime la incitación a actos inmora-

les.

El **artículo 199** del Código Penal dice el que "hiciera el acto sexual o un acto análogo a un menor". Las discrepancias existentes entre la Resolución Suprema y los votos discordantes tienen su origen en un problema de lenguaje. Se trata de saber que significa "hacer sufrir el acto sexual o un acto análogo". En el caso del ejemplo, vemos que la Resolución Suprema hace referencia expresa a que el agraviado actuó como sujeto activo en el acto sexual. El primer voto en discordia señala, expresamente, que las dudas para encuadrar ese comportamiento como violación de menores, se debe a los vocablos empleados en muchos códigos (se ha querido decir, en nuestro códigos) y además al hecho de que el agraviado hizo de sujeto activo en el acto carnal. En el segundo voto, se hace, igualmente, referencia al rol de incubo o sucubo desempeña-

do por el acusado (homosexual).

Todo el problema gira en saber cuál es el significado de la frase "hacer sufrir el acto sexual", o se ustedes prefieren, qué cosa es lo que quiere decir la ley, qué ha querido estatuir con ella el legislador. En la Resolución Suprema analizada, se sostiene que el acto imputado al pederasta pasivo es un "atentado contra el pudor del menor" y no violación, en base a que se estima que el sujeto pasivo del acto sexual o análogo debe ser necesariamente el sujeto activo del delito, y que el sujeto pasivo debe ser, igualmente, el sujeto pasivo del delito. Esta opinión parece basarse en el criterio "machista" de que el sujeto pasivo "padece" el acto sexual.

En el segundo voto en discordia, se rechaza la aplicación del artículo 199 (por las mismas razones sostenidas en la Suprema) y la del artículo 200, por faltar en el caso de autos "los elementos típicos que configuran la infracción". Sus sustentadores afirman que es de aplicación el artículo 85 del Código de menores (incitación a actos inmoraes). En el primer voto en discordia se sostiene, por el contrario, que es de aplicación el artículo 199.

Si bien no se puede afirmar que la solución se obtendrá mediante el análisis del lenguaje de la ley, cabe admitir que éste nos dará la clave para encontrarla. Con este objeto, es necesario referirnos a la fuente legal de esta disposición: los proyectos suizos de 1916 y 1918.

El artículo 199 de nuestro Código penal es una traducción del artículo 131 del anteproyecto suizo de 1916. En el texto francés de esta disposición —que fue consultado por el legislador peruano— se emplea la frase "faire subir" cuya traducción literal es, precisamente, "hacer sufrir". La connotación emocional que tiene esta frase española, no la tiene la frase francesa. En español, "hacer sufrir" significa "hacer padecer", esto es hacer que una persona soporte con resignación y paciencia un daño moral o físico; en cambio, la expresión francesa significa, también, "someter de grado o fuerza a una persona". Es en este sentido de "someter por la fuerza" que el legislador ha utilizado la frase "hacer sufrir". No se trata de averiguar si el sujeto pasivo "padece o no el acto sexual". la clave está en constatar si el acto sexual o análogo ha sido impuesto a la **víctima del delito** (que no es necesariamente el sujeto pasivo del acto sexual o análogo).

Los jueces supremos —en el momento de resolver el caso— cuestionaron una serie de aspectos superfluos; por ejemplo, que el menor en forma algu-

na ha sido presionado para realizar en la persona del encausado el acto análogo al sexual; que éste último ha actuado como sujeto pasivo; que el menor actuó sin estar sometido a violencia o amenaza alguna; que el menor tenía plena libertad para aceptar o rechazar la inmoralidad propuesta. Pero el artículo 199 no exige que el acto sexual (o análogo) se realice contra la voluntad del menor; se trata, justamente, de una forma de violación presunta. Es decir, que al menor se le considera incapacitado para prestar su consentimiento, y todo aquel que practique el acto sexual o análogo contra un menor, aun cuando éste hubiera incitado y aceptado la realización del acto sexual, se supone que lo ha realizado contra la voluntad del menor. Por tanto, no es un elemento del tipo legal: "ir contra la voluntad del menor". Se presume que quien somete a un menor al acto sexual, diríamos nosotros, a pesar de que este menor lo acepte voluntariamente, está cometiendo un acto que la ley presume no querido por el menor, porque la ley lo considera incapaz de prestar consentimiento.

Cuando en uno de los votos dirimientes se hace referencia a que —para aplicar el artículo 199— el sujeto pasivo del delito debe ser siempre el sujeto pasivo del acto sexual, se distingue donde la ley no hace distinción alguna. Además, si analizamos el artículo 199 en relación con el delito de **violación de mujeres mayores de edad** (art. 196), tendremos otra perspectiva de la expresión "hacer sufrir el acto sexual". En la **violación de mujeres mayores de edad**, se dice "el que mediante violencia o amenaza hiciera sufrir el acto sexual". Es decir, "hacer sufrir el acto sexual" implica, en realidad, someter a la mujer mediante violencia o amenaza para que practique el acto sexual fuera de matrimonio. Siendo la mujer capaz de prestar su consentimiento, para la realización del acto sexual, el legislador ha debido indicar el medio: violencia o amenaza. En el artículo 199, sin hacer referencia a medio alguno, se sigue empleando la frase "hacer sufrir...". Esto se debe a que supone en estos casos que el simple hecho de practicarlo con menores de 16 años, ya significa cometerlo contra su voluntad. El menor es incapaz de prestar su consentimiento. De esta manera queda evidente la imprecisión de la frase "hacer sufrir...". Tiene un núcleo muy claro: someter por violencia a una mujer para que practique el acto sexual; pero, también una zona de penumbra: el pederasta pasivo que se hace practicar el acto análogo por un menor. Cuando se consideran los casos situados en la zona de penumbra, se habla de "interpre-

tación extensiva" (36).

Para precisar el sentido del artículo 199 del Código Penal, nos ha sido necesario recurrir al **criterio sistemático** y al **histórico**. Mediante el primero, hemos establecido su conexión con otras proposiciones y las conexiones que entre sí tienen las partes individuales de la norma. El criterio histórico está referido a la determinación del antecedente histórico. Esto último es fundamental, porque el lenguaje de una proposición en vigor "no puede ser entendido rectamente si se escinde de los antecedentes históricos, por considerarlo algo suficiente" (37).

Veamos otro ejemplo. El **artículo 243** que prevé el **delito de encubrimiento** dice que el autor "debía presumir que (la cosa) provenía de un delito". Esta expresión se refiere sólo a quien acepta como regalo parte de las joyas robadas por un tercero o también a quien acepta regalos, adquiridos con el producto de la venta de las joyas robadas. La respuesta no se puede obtener mediante la simple interpretación literal; es decir, de que la frase "debía presumir que provenía de un delito", no tiene un significado objetivo, natural, sino que puede ser comprendida de dos maneras: primero, la cosa proviene de un delito inmediato, es la cosa de la que el agente se ha apoderado, por ejemplo, mediante sustracción; segundo, no es la cosa sustraída la que negocia o recibe al encubridor, sino que aprovecha mediatamente de la cosa que proviene de un delito. No recibe, por ejemplo, las joyas robadas, sino parte del producto obtenido de su venta (conociendo su origen ilícito). El primer caso será reprimido, sin duda alguna, de acuerdo al artículo 243; pero, también lo sería el segundo caso? Este último recibe el nombre de "seudo encubrimiento".

La respuesta depende, pues, de la interpretación que demos a la frase "proviene de un delito". Literalmente, "provenir" significa "proceder", originarse una cosa de otra. "Origen", significa principio, nacimiento y causa de una cosa. Debido a esta ambigüedad en el lenguaje, se recurre a otros criterios, por ejemplo, el **sistemático** o el **histórico**. La fuente legal de esta norma, en cuanto al tipo legal, es el artículo 125 del proyecto suizo de 1918; que ya figuraba en el texto de agosto de 1915 (art. 129), en el de 1908 (art. 87) y subsiste en el artículo 144 del Código vigente. Los expertos que redactaron este texto afirman que sólo se puede encubrir

36. Ver *Infra* No. 7, p. 20.

37. Betti, *Revista de la Universidad Externado de Colombia*, Vol. VII, No. 1, Bogotá 1966, p. 101.

la cosa misma obtenida mediante la primera infracción y no el producto de la venta de la cosa. Asimismo, están de acuerdo en que no es necesario establecer si el encubridor obró por un móvil de lucro (38). Sin embargo, a pesar de la identidad es los textos sería equivocado admitirlo sin más en nuestro medio, ya que nuestro legislador ha incorporado entre los delitos contra la administración de justicia, procurando la desaparición de las huellas o pruebas del delito o **escondiendo los efectos del mismo**, será reprimido con prisión no mayor de dos años o multa de la renta de tres a treinta días" (art. 332). Disposición que tiene como fuente legal el artículo 16, inciso 2o., del Código penal derogado: "Destruyendo u **ocultando el cuerpo del delito**, sus vestigios o los instrumentos con que se cometió, a fin de impedir su descubrimiento". Esta regla no tiene equivalente en el Código penal helvético. Según esta disposición, el encubrimiento era reprimido en todas sus formas como un tipo de participación; en el Código vigente, por el contrario, lo es a título de infracción independiente: primero, como receptación y dentro de los delitos contra el patrimonio; y, segundo, como encubrimiento real, y se le ha ubicado entre los delitos contra la administración de justicia. El inciso primero del artículo 16 del código derogado ha sido reemplazado por el artículo 243 y el inciso segundo ha devenido en artículo 342.

En el aspecto que nos interesa, estos dos disposiciones reprimen al que "escondiese... una cosa que él debía presumir que provenía de un delito" (art. 243) y al que actuase "escondiendo los efectos del mismo" (delito) (art. 332). Significa esto que el legislador emplea distintas formas lingüísticas para referirse a un mismo tipo de acción o es de que se trata de acciones distintas. ¿"Cosa que proviene de un delito" es lo mismo que "efectos del delito"? En doctrina, se admite que lo único que diferencia a ambos comportamientos es el móvil con que actúa el agente: en un caso, el de obtener un provecho; en el otro, el de dificultar la persecución judicial, desinteresadamente y en beneficio del delincuente. Por lo tanto, para aplicar el artículo 243 en necesario comprobar que el encubridor actuó con el afán de obtener provecho. Pero, por otro lado, esta indagación en torno a las fuentes y conexiones de la disposición con otras no nos ha permitido alcanzar una respuesta definitiva sobre los alcances de la frase "provenir de un delito".

La importancia de la determinación de los antecedentes y del contexto en que se dictó la norma jurídica, se nota, por ejemplo, al tratar de determi-

nar lo que significa "perfidia", en el artículo 152 del Código Penal. Si se prefiere, que es lo que quiere decir la ley o ha querido decir el legislador con "perfidia"?

La muerte causada con perfidia es un asesinato. ¿Pero, cuándo se presenta esta circunstancia? En doctrina, se dice que el pérfido es el traidor, el desleal, el que no respeta la fe debida (39). El Dr. Roy Freyre señala que la "perfidia es una traición en el ámbito espiritual integrada de un lado, por el quebrantamiento de un deber de gratitud; y, de otro, por el aprovechamiento de la inadvertencia moral de la víctima" (40). La Corte Suprema admite este criterio en reiteradas ocasiones; así, considera que actúa con perfidia quien aprovechándose de la confianza que le dispensaba su tío (él que lo ayudaba materialmente) le causa la muerte (44). Ha sostenido, igualmente, que si no existe este lazo entre autor y víctima se da sólo el homicidio simple (42).

Podemos afirmar que de esta manera se hace referencia al núcleo connotativo del término. Sin embargo, hay casos límites como el que señala el propio profesor Roy Freyre al referirse a "aquellos que con la idea de asegurar la perpetración del delito simularon actitudes que generan confianza en la víctima" (43). Con este mismo criterio, la Corte Suprema ha afirmado "que el crimen lo premeditó y preparó debidamente (el agente), adoptando todas las precauciones para no ser descubierto y para la culminación segura de su designio; que dió muerte a su mujer con **perfidia** manifiesta; llevandola a lugar desolado mediante engaño para darle confianza..."(44) y "que la forma y el lugar en que actuó para eliminar su víctima ponen de manifiesto

38. Emile Zucher, *Exposé de motifs de l'avant-projet de 1908*, traductor Alfred Gautier, Imprimerie Stamppli, Berna 1914, p. 149-150.

39. Angel Gustavo Cornejo, *Derecho Penal - Parte especial*, T.I, Librería e Imprenta Gil, Lima 1937, p. 30; Peña, *Derecho Penal Peruano*, p. 35.

40. *Derecho Penal Peruano*, T.I, p. 90.

41. Ejecutoria del 8 de julio de 1966, in *Revista de Jurisprudencia Peruano* 1966, p. 1470. Ver: Ejecutoria del 17 de enero de 1947, in *Revista de los Tribunales* 1947, p. 109.

42. Ejecutoria del 5 de junio de 1953, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1953, p. 1108.

43. Freire, *Derecho Penal Peruano*, T.I, p. 90.

44. Ejecutoria del 14 de setiembre de 1971, Exp. 681/71, procede de Arequipa.

que obró con premeditación y **perfidia**, ya que luego de ganarse la confianza del agraviado lo condujo hacia otro sitio despoblado donde lo mató" (45).

¿Cómo los juristas y los jueces han llegado a elaborar esta noción de "perfidia"? Respecto a los primeros, ha primado, fundamentalmente, un criterio conceptualista, inspirado por doctrinarios extranjeros. Lo que se nota, en particular, por la referencia a la noción de "alevosía". En cuanto a los segundos, es de tener presente los antecedentes jurisprudenciales, en los que se aplicaba el artículo 237 de nuestro viejo código. Esta disposición estatúa "Hay perfidia cuando con simulación de amistad, o de cualquier otro modo, se atrae a la víctima que no tiene motivo para desconfiar del asesino u ofensor". Creemos que debe recordarse, además, que el artículo 152 es una reproducción literal del artículo 99 del proyecto suizo de 1918; en cuyo texto francés se habla de "perfidie". Nuestro codificador no escogió entre "perfidia" y "alevosía", siguió fielmente el texto helvético. En éste no podía encontrarse un vocablo equivalente a alevosía por no existir en francés (46). El término "perfidia" fue comprendido por los redactores del texto suizo como el acto "consistente en las astucias, maquinaciones, engaños dirigidos a una persona credula" (47).

Otro criterio que se utiliza para determinar el significado de la ley, es el **teleológico**. Consiste en tener en cuenta el fin de la norma que se interpreta y el sentido inmanente del Derecho en general o de un instituto. En relación a esto último se señalan "la naturaleza de las cosas", "la equidad", "seguridad", etc. No se trata, pues, de las circunstancias accidentales que dan lugar a la dación de la norma legal, sino más bien de las necesidades sociales a las cuales el legislador ha querido dar solución (48). En este punto, se debe tener cuidado en no oponer el fin realmente querido por el legislador al elaborar la ley y la "finalidad actual del precepto" (criterios subjetivo y objetivo). En algunos casos es posible identificar el fin o el ideal que inspiró al legislador, pero si no se logra reconocerlo "habrá que preguntar que fin puede tener **razonablemente** una regulación; para lo que habrá que tener en cuenta los **finés objetivos del Derecho**".

Alf Ross considerando que aún cuando el propósito de una actividad puede ser establecido en forma inequívoca, no proporciona la única guía para esa actividad; que a menudo es imposible de establecer, sin ambigüedad, el propósito de una ley; y, por último, que frecuentemente es imposible atribuir algún propósito a una ley; sostiene que "es menester

subrayar que **telos** no designa el propósito aislado de la ley individual, sino que **par pro toto** se refiere a todas las consideraciones admisibles". El prefiere denominar a esta forma de interpretación "**pragmática**", en lugar de "teleológica". En su opinión, consistiría en la "integración de una multiplicidad de valoraciones; y el propósito de la ley solamente indica una consideración única dentro de esa multiplicidad" (49).

Como ejemplo de este hecho, podemos referirnos al delito de encubrimiento, al cual ya hemos hecho referencia con anterioridad (50). Mediante el artículo 243, se busca proteger el bien jurídico patrimonial evitando que el agente continúe, perpetúe el daño ocasionado por el primer delincuente; a la vez que trata de obtener un provecho. En el artículo 332, por el contrario, se trata de proteger el bien jurídico "buena administración de la justicia". El agente actúa **para** entorpecer la acción de la justicia (51). Es de tener en cuenta, por tanto, el fin perseguido para comprender cabalmente el significado de las normas.

La Corte Suprema ha recurrido, sin mucha fortuna, al sentido inmanente del Derecho; en particular, al principio de equidad y proporcionalidad de las penas, en relación a la sanción a imponerse a los reincidentes simples.

El artículo 112 del Código Penal señala que a estos reincidentes se les debe imponer, necesariamente, pena no menor que el máximo señalado para el

45. Ejecutoria del 3 de abril de 1972, inédita, Exp. 1893/71, procede del Cuzco.

46. El profesor Roy Freyre no hubiera tenido que preocuparse, de haber tenido en cuenta de este hecho, por "la razón por la que nuestro codificador ha preferido la especie 'perfidia', en lugar del género 'alevosía', expresión que no le es desconocida, puesto que la utiliza en el artículo 174". La utiliza en este artículo porque no hace sino repetir lo estatuido en el artículo 260 del Código penal derogado, de

inspiración española. Ver: *Derecho penal peruano*, T.I, p. 90.

47. Emile Zurcher, *Exposé de motifs de l'avant-projet de 1908*, p. 121.

48. Claude du Pasquier, *Introduction a la théorie générale et a la philosophie du droit*, Delachaux-Niestlé, Neuchâtel-Paris 1967, p. 189.

49. Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, p. 142.

50. Ver *Infra* No. 6: p. 13.

51. Soler, *Derecho Penal Argentino*, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1963, T.V, p. 249.

delito especial. ¿En los casos en que no se señala el máximo en la disposición especial, se deberá imponer de todas maneras al reincidente el máximo genérico de la pena?

Nuestro máximo tribunal responde afirmativamente, por considerar que no se debería tener en cuenta las circunstancias en que se cometió el hecho juzgado (52). En algunos casos ha estimado por el contrario, que no cabe imponerle el máximo genérico (20 años), "porque ello daría lugar a la imposición de sanciones desproporcionadas a la naturaleza de la infracción y a las condiciones personales del agente (53).

El recurrir a este criterio, si bien significó un medio para evitar la imposición de penas injustamente severas y que corresponde mejor a la concepción original del Código Penal; no era necesario por existir otros criterios muchos más precisos. Pensamos que si desde un comienzo, se hubieran esclarecido las circunstancias en que se elaboró y estructuró el Código Penal, este problema de interpretación hubiese sido correctamente resuelto.

Tomemos un ejemplo. En el **sistema de sanciones penales** de nuestro Código Penal se consideran penas y medidas de seguridad. No se trata de un sistema puramente dualista o monista. Es un sistema mixto, que se inspira en este aspecto en los proyectos suizos. Nos interesa destacar, que en la parte especial nuestro legislador adopta el sistema de los márgenes penales. En muchos casos determina el máximo y el mínimo dentro de los cuales el juez, de acuerdo con el artículo 50, ha de escoger la pena para el autor del delito en particular. En otros casos, se limita a establecer el máximo de la pena sin señalar el mínimo o señala éste último pero no el máximo. En pocos casos, por último, se limita a nombrar simplemente la pena.

El artículo 50 del Código Penal estatuye que "los jueces aplicarán la pena adoptando el máximo señalados por la ley para el delito o imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeran necesaria". Esto significa que en toda disposición de la parte especial se fijan ambos límites. Cuando no han sido establecidos expresamente, es de remitirse a la máxima o mínima de la pena. Esto es admitido, en la actualidad, tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia.

Cuando en el artículo 150 del Código Penal, nuestro legislador establece de que el que matare a otro, intencionalmente, será castigado con una pena de penitenciaría no menor de seis años, significa de

que el máximo será de veinte años. Por el contrario, cuando únicamente señala el máximo se tendrá que entender que el mínimo es en el caso de penitenciaría un año y en el de prisión de dos días.

La aplicación de esta regla presenta dificultades en relación a los casos en que el legislador recurre al sistema de penas paralelas; por ejemplo, en las disposiciones sobre los **delitos contra las comunicaciones públicas** (Título IV de la Sección séptima "Delitos contra la seguridad pública").

Si nosotros consideramos las disposiciones penales pertinentes, notaremos lo siguiente: que según el artículo 268 que prevé el delito de impedir o perturbar la circulación pública, especialmente en vías públicas, cuando es cometido intencionalmente, el actor será reprimido con prisión no mayor de dos años. Esto significa que el límite mínimo que podrá aplicar el juez es de dos días. Pero, el párrafo segundo de dicho dispositivo, establece que la pena será penitenciaría no mayor de diez años, significando con ello que el mínimo será un año. Pero también, se señala "o prisión no menor de seis meses" ¿Cuál es el máximo de esta pena? De acuerdo a la regla general, será de veinte años. Es decir, que el Juez podrá escoger la pena de prisión e imponer una pena mayor de diez años, duración establecida como máxima para la pena de penitenciaría. El problema se complica aún más, si analizamos el párrafo tercero de esta disposición, que señala como pena la de "presión o multa de tres a treinta días si el delincuente hubiere obrado con negligencia". Al decir únicamente prisión, se refiere a la clase de pena, no estableciendo ni mínimo ni máximo. ¿Significa esto que el juez puede tener como márgenes dos días y veinte años? En la jurisprudencia nacional, parece que se tiende a dar una respuesta afirmativa. Esto significa que el juez podría imponer en el caso culposo de este delito una pena mayor

52. Ver ejecutoria del 22 de febrero de 1933, in *Revista de los Tribunales* 1933 p. 8; del 27 de junio de 1946, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1946, p. 540; del 1o. de octubre de 1952 in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1952, p. 2860; del 22 de noviembre de 1966, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1967, p. 213; del 18 de abril de 1968, in *Anales Judiciales* 1967-68-69, p. 155.

53. Ejecutoria del 21 de abril de 1945, in *Revista de Jurisprudencia Peruana* 1945, p. 362. Ver: Ejecutoria del 6 de marzo de 1968, in *El Peruano*, 14 de marzo de 1968.

que para el caso doloso. Esto no concuerda con las otras disposiciones del Código, de las que se deduce que la pena es menor para los casos de comisión culposa. ¿Es que el legislador ha querido considerar algunos casos culposos que se caracterizan por su gravedad material, y dejar al criterio del juez el imponer penas mucho más severas que en ciertos casos intencionales en que el agente revela quizás menor peligrosidad? Parecería casi insoluble este problema, si es que nosotros nos negáramos a tener presentes "las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión".

Nosotros sabemos que la influencia más importante que tuvo nuestro legislador al elaborar nuestro Código Penal proviene de la legislación penal suiza; particularmente, de los proyectos de 1916 y 1918. En cuanto a las disposiciones públicas, es de señalar que éstas constituyen una traducción literal de las normas helvéticas y las escalas fijadas son las mismas. El legislador peruano incorporó estas disposiciones tal como figuraban en los proyectos suizos, pero olvidó modificarlos en el aspecto de las penas; modificación necesaria por cuanto no seguía el modelo suizo en relación al sistema general de penas. En nuestro Código Penal, en los artículos 12 y siguientes se señala la pena de reclusión, de prisión (que son las que nos interesan) y se establece como *mínimum* para la penitenciaría un año y como *máximum* veinte; para la prisión, como *mínimum* dos días y como *máximum* veinte años. En los proyectos suizos, por el contrario, no era lo mismo; en éstos se establece una pena semejante a la penitenciaría que es la reclusión con un *mínimum* de un año y un *máximum* de veinte. En cambio en la pena de prisión no sucede lo que se da en nuestro Código, pues el proyecto suizo señala como *mínimum* dos días y como *máximum* tres años, salvo disposición expresa de la ley.

Por esto, cuando los juristas suizos interpretan el artículo 237 de su Código penal —idéntico a nuestro artículo 268— no tienen problemas, ya que en el caso en que se señala únicamente la pena de prisión —como sucede en la forma culposa del delito de impedir o perturbar la circulación pública— no se puede pensar en que la pena será de dos días a veinte años (como entre nosotros), sino sólo de dos días a tres años, conforme a las normas generales. De esta manera existe concordancia entre las escalas de penas correspondientes a las infracciones dolosa y culposa. Nuestro legislador no se percató que el abandonar el modelo suizo al elaborar el sis-

tema general de penas y seguir con las escalas penales en la parte especial, falseó todo el sistema del código.

7. Interpretación declarativa, restrictiva o extensiva.

En casi todos los estudios sobre la interpretación se trata de las denominadas interpretaciones declarativa, restrictiva y extensiva. Clasificación que según el común de los tratadistas se realiza teniendo en cuenta los resultados obtenidos mediante la interpretación (54).

Se afirma que la interpretación "declarativa" se dirige a explicar el texto de la ley, tanto cuando es claro como cuando es oscuro y ambiguo; pero, especialmente, en este último caso (55). Esta interpretación precisa de entre los varios significados de la expresión, aquél que responde exactamente a la voluntad de la ley (56). Pero, en esto consiste —precisamente— la tarea de la interpretación en general. Es, por tanto, artificiosa la creación de esta "clase" de interpretación. Con mucha razón, el profesor Jean Graven ha podido decir que la interpretación debe ser únicamente declarativa, "limitarse a declarar el verdadero sentido del texto a aplicar y en todo su sentido, sin quitar ni agregar nada. Para esto, ella debe ser al mismo tiempo gramatical y lógica —y asimismo teleológico e histórica— en tanto que traduce exactamente el texto legal, y al mismo tiempo remite a la razón de la ley, a su fin y si es necesario a su origen para esclarecer su pensamiento y verificar la aplicación al caso particular" (57).

Respecto a la interpretación "restrictiva", se dice que es la "que ofrece como resultado restringir el significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan más de lo que el legislador quiso" (58); y, en cuanto a la interpretación "extensiva", que "tie-

54. Ver. Karl Engisch *Introducción al pensamiento jurídico*; Ediciones Guadarrama; Madrid 1967; p. 129 y s.

55. José Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operatoria en Derecho Privado positivo)*, Instituto Editorial Reus, Madrid 1947, p. 259.

56. Luis Bramont Arias, *La ley penal - Curso de Dogmática Jurídica*, Lima 1950, p. 98.

57. *Les principes de la légalité, de l'analogie et de l'interprétation*, in *Revue Pénale Suisse* 1951, p. 411.

58. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 260.

ne por resultado extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando éstas expresan menos de lo que el legislador quiso decir" (59).

Estas definiciones suponen dos factores seguros entre los cuales se hace la confrontación. De un lado, el "significado de las palabras" legales; y, de otro lado, "lo que quiso el legislador decir".

En cuanto al primero, señalemos que el "sentido literal no es una magnitud fija, sino siempre variable" (60). Al tratar de determinar los alcances de las palabras, surgen casi siempre dudas respecto a la llamada "textura abierta del lenguaje" (61).

En relación al segundo, diremos que no se puede saber lo que "quiso decir el legislador" sino a través de ciertas manifestaciones externas: exposición de motivos, actas de las comisiones, proyectos anteriores y, fundamentalmente, el texto mismo de la norma a interpretar. Al pretender oponer la "voluntad del legislador" al "significado de las palabras", se concibe a aquella como algo que es posible de detectar sin consultar las palabras legales. Se reincide, de esta manera, en la tentativa de contraponer intención y comunicación. Ya hemos afirmado que esta pretensión es artificiosa (62). Esto es más evidente en autores como Jiménez de Asúa, que oponen "alcances de las palabras legales" y "espíritu y voluntad del texto" (63).

Siguiendo a Larenz, denominamos **interpretación restrictiva** a la que "limita el significado de una expresión estrictamente al núcleo de la representación" e **interpretación extensiva** a la que comprende "hasta el límite del sentido literal posible, hasta el 'sector marginal'" (64). En el caso del término "matrimonio" empleado en el artículo 214 del Código penal, si se entiende sólo "el matrimonio civil" estamos ante una interpretación restrictiva; por el contrario, si se entiende "matrimonio civil y religioso", será extensiva (65).

8. Límites de la interpretación: Reducción teleológica y analogía.

La interpretación —para ser consideradas como tal— debe permanecer dentro de los límites del "sentido literal posible" del texto legal. Es decir, hasta el extremo de la zona de penumbra que rodea al núcleo connotativo de la expresión. Los límites de extensión del significado de las palabras no están "predeterminadas" de manera "natural" y "obvia". No se debe olvidar que el contexto en el cual son empleados es el que determinará los alcances de las palabras. El significado de una expresión no es el

resultado de la adición de los significados parciales de los términos empleados (66).

Rebasar el sentido literal posible de la expresión o reducir los alcances del núcleo connotativo no es interpretar la norma. Lo primero, se realiza, generalmente, mediante la "analogía" y, lo segundo, a través de la "reducción teleológica".

Por ejemplo, el artículo 71 del Código penal estatuye que "la obligación de la reparación civil pasa a los herederos del ofensor...". La cabal comprensión del sentido literal posible de esta regla depende, en gran parte, de los alcances que se reconozcan al término "ofensor". El legislador no ha calificado de modo particular este sustantivo, de modo que se refiere de manera general a quien es autor del delito. Sin embargo, la Corte Suprema ha distinguido entre "ofensor o condenado" y "ofensor no condenado". Señalando, primero, en su Ejecutoria del 4 de noviembre de 1936 que en los delitos contra el honor sexual, la obligación de pagar la dote se extingue, si antes de pronunciar sentencia fallece la agraviada, "sólo la reparación civil... es transmisible a los herederos del ofendido" (67). De donde se desprende que se estimó que la obligación de reparar pasa a los herederos aún cuando el ofensor fallecía antes de ser condenado. Criterio distinto sostiene en su ejecutoria del 6 de mayo de 1939, al decir que "la disposición del artículo 71 del Código penal... no puede entenderse sino en el sentido de que éste (el ofensor) fallezca después de condenado y con la obligación preexistente de esa responsabilidad; por lo que si uno de los acusados fallece en el

59. Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 261.

60. Larenz; *Metodología de la Ciencia del Derecho*; p. 272.
61. Ver: *infra* No. 4; p. 4.

62. Ver: Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 225.

63. Jiménez de Asúa, *La ley y el delito - Principios de Derecho penal*, 3a. edición, Editorial Hermes, México - Buenos Aires 1959, p. 116-117. Ver: Bramont Arias, quien sigue fielmente a Jiménez, *La ley penal*, p. 94-95.

64. Contra: Castán Tobeñas, *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, p. 259.

65. Ver: *supra* No. 7, p. 20

66. Ver: *supra* No. 4

67. In *Revista de los Tribunales* 1936, p. 454; *Revista del Foro* 1936, p. 761.

68. In *Revista de los Tribunales* 1939, p. 242.

curso de la instrucción, no se puede condenar a sus herederos al pago de reparación civil" (68). Esta opinión ha prevalecido en los fallos supremos. Pero, en realidad, aquí no existe sólo una "interpretación restrictiva", sino un caso de "reducción teleológica". El alcance del término legal es disminuido en base al fin o a la conexión de sentido de la disposición (69).

Algo semejante sucede con el párrafo cuarto del **artículo 212 del Código penal**, en el que se señala con relación a la acción penal en caso de adulterio que "tampoco podrá intentarla, si previamente no ha pedido (el cónyuge ofendido) el divorcio por razón de adulterio". El significado de la expresión es de considerar suficiente la interposición de la demanda civil para que proceda la persecución penal. La Corte Suprema, en reiterada jurisprudencia, sostiene que es necesaria "la declaración previa del divorcio por la causal de adulterio". De esta manera, restringe los alcances de la disposición. Sin embargo, es imposible considerar que nuestro máximo tribunal llega a esta conclusión pensando que la letra de la norma dice más de lo que el legislador quiso decir. Se trata, en buena cuenta, de una "reducción teleológica" del significado de la disposición. Se ha invocado "un principio de moralidad y justicia" y "el peligro de llegar a conclusiones implicantes y contradictorias", para evitar que se prosigan dos juicios —uno civil y otro penal— en torno a un mismo hecho. El asidero más fuerte para llegar a este resultado de la interpretación ha sido la aplicación del artículo 4o. del Código de Procedimientos Penales, que regula las cuestiones prejudiciales, cuya admisión hacen suspender la prosecución del proceso penal. No se puede pensar en una oposición entre el "sentido literal de la norma" y "la voluntad del legislador" (el profero Bramont habla de "voluntad de la ley"), por cuanto el artículo 212 es, en realidad, una traducción literal del artículo 181 del proyecto suizo de 1918, que era diferente al artículo 138 del anteproyecto de 1908. Esta disposición exigía la "declaración del divorcio". Esta norma debió conocerla nuestro legislador, sin embargo se decidió por el texto del proyecto de 1918 (70). Al menos, es de admitir que el codificador nacional conocía el artículo 268 del Código que derogaba. Según esta norma: "Cuando se siga ante el juez eclesiástico juicio de divorcio por adulterio, no podrá intentarse la acción penal; y aunque se declare el divorcio, habrá necesidad de nuevo juicio ante la autoridad civil, para la aplicación de la pena". Es decir, que la diso-

lución del vínculo matrimonial era indispensable para que proceda la persecución penal.

Se trata, igualmente, de un caso de "reducción teleológica" del texto legal, cuando la Corte Suprema considera que "no constituye reincidencia prevista en el artículo 111 del Código penal, la comisión de un nuevo delito reprimido con pena privativa de la libertad, si la condena anterior suspendió condicionalmente la ejecución de la pena, pero deberá agregarse a la que se impuso en la primera sentencia, la que corresponde al segundo delito conforme al artículo 56 del mismo cuerpo legal" (71). Esta disposición, párrafo 1o. in fine, estatuye que "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**". Los jueces supremos dejan de lado esta frase final, en la que se establece la "**reincidencia ficta o impropia**", como excepción a la regla del artículo 111 que admite la "**reincidencia verdadera o propia**" (72). Es de lamentar que en la Resolución Suprema transcrita, no se hayan expuesto las razones en que fundamentan su decisión los Magistrados supremos. Sería recomendable, de otro lado, que junto a la Resolución Suprema se publique la sentencia del Tribunal Correccional cuya nulidad se reclama; sólo de est manera, las resoluciones supremas cumplirían su rol orientador en relación a los jueces de las instancias inferiores.

Para comprender de qué manera se puede ir más allá del límite extremo del "posible sentido literal del texto legal", veamos el siguiente caso jurisprudencial (73): Juan, mayor de edad, con "el pretexto del juego entre hermanos", venció la resistencia de su hermana de 17 años de edad y le hizo sufrir el acto sexual (74). El Señor Fiscal consideró,

69. Diferente, Bramont Arias, *La ley penal*, p. 94. Ver: Larenz, *Metodología de la ciencia del Derecho*, p. 308.

70. El legislador helvético retomó la concepción del anteproyecto de 1908, al elaborar la disposición definitiva del Código penañ; art. 214, pf. 1o.

71. Ejecutoria del 6 de agosto de 1974, in "*El Peruano*", del 14 de agosto de 1974.

72. Ver: José Hurtado Pozo, *La Condena Condicional, in Derecho*, No. 72, 1973, p. 78.

73. In: *Anales Judiciales 1964*, p. 272.

74. Antes del Decreto Ley 20583, la víctima del delito de violación debía ser mayor de 16 años, actualmente el límite es 14 años.

en primer lugar, que es "preciso hacer notar que el Tribunal Correccional sentenciador, discurriendo sobre conceptos estrictamente legalistas, apoyando su decisión sobre la falta de un requisito legal, ha otorgado su absolución al acusado convicto y confeso, lo que constituye un grave error que es urgente enmendar". Luego niega —con razón— que se trata de un delito de seducción, teniendo en cuenta la relación de parentesco existente entre ofensor y víctima (75). Por el contrario, afirma que debe aplicarse el artículo 196 que sanciona a quien haga sufrir el acto sexual a una mujer (fuera de matrimonio), empleando violencia o amenaza grave. Los argumentos que esgrime son:

1. que teniendo en cuenta el grado de educación del autor, "no puede exigirse que haya mediado violencia física, para la comisión de los hechos instruidos, sino que, probada como está la estrecha relación familiar entre acusado y agraviada, tiene que darse por establecido que, el acusado, abusando de su calidad de hermano mayor de la ofendida, venció su resistencia física y moral y la sometió...";
2. el absolver al acusado, "establece un funesto precedente, porque de seguirse apreciando así estos hechos, importaría hacer ambiente para que los delitos incestuosos queden también impunes, y esto no puede ser...";
3. "el hecho cometido... no sólo es contrario a la moral, sino que es un acto manifiestamente punible, porque va contra las bases sustanciales de nuestra organización, jurídicamente organizada".

Todo el problema se reduce a determinar qué se debe entender por "violencia". Se debe tener en cuenta el contexto en que es utilizada esta palabra. El artículo 196 dice: "Será reprimido con... el que por **violencia** o grave amenaza obligara a una mujer a sufrir el acto sexual fuera de matrimonio". Es evidente que con el término "violencia", se hace referencia al empleo de la fuerza bruta con el fin de vencer la resistencia de la mujer. Cabría preguntarse, si también se refiere al empleo de la "fuerza moral" (vis compulsiva). Pero, es dudoso que abarque los casos de "abuso de autoridad o del ascendiente que se tiene sobre la víctima". En el con-

texto del artículo 196, no se puede responder afirmativamente a la pregunta, de si el término "violencia" comprende el empleo de la "fuerza moral". Precisamente, porque a ella se refiere la palabra "amenaza", utilizada en el mismo texto. Ahora bien, si la amenaza no es aludida mediante la palabra "violencia", menos lo será "el abuso del ascendiente que se tiene sobre una persona".

De acuerdo al primer argumento del Señor Fiscal, parecería que se trata de una interpretación extensiva. Pero, es evidente de que no se puede admitir que el hecho de que el hermano venza la resistencia de su hermana menor mediante el abuso de su ascendiente sobre ella, pueda ser comprendido dentro del posible sentido literal del texto legal. Sólo violentando el lenguaje podría afirmarse que el acusado ha ejercido "violencia".

Se trata más bien de un ejemplo de cómo se utiliza el razonamiento analógico. El juzgador considerará, primero, que la "violación" (acto descrito en artículo 196) y el "incesto" (no previsto como delito independiente en nuestra legislación) deben ser reprimidos por ser actos que van "contra las bases sustanciales de nuestra organización, socialmente organizada" y "no pueden permanecer impunes". En segundo lugar, que es semejante la situación de hecho; en ambos casos se trata de un acto sexual contra la voluntad del sujeto pasivo. La diferencia radica en que para la "violación" se requiere "violencia o grave amenaza", elemento que no se presenta en el caso juzgado. De esta manera, se aplica una disposición legal a un caso no previsto en ella. Esto constituye una violación del principio de la legalidad.

9. Conclusiones.

En derecho penal la sumisión del juez a la ley, en virtud del principio de la legalidad, es más acentuada que en otros campos del ordenamiento jurídico. Esto no significa que la función judicial sea puramente mecánica; basada en una mera operación lógica: la interpretación. Debido, precisamente, a la naturaleza del lenguaje, al abandono de las fórmulas

75. El Decreto Ley 20583 modifica el artículo 201 en cuanto a la edad y a la agravante. Esta última consiste en la existencia de una relación especial entre el agente y la víctima; por ejemplo, familiar. De modo que el legislador parece admitir que es posible que el padre seduzca a su hija.

casuísticas y al empleo de los denominados "elementos normativos" en la estructuración de las disposiciones legales, el juez —el intérprete en general— goza de mayor libertad con respecto a la ley, y tiene la obligación de esclarecer el significado de su "formulación lingüística". El marco dentro del cual ha de desarrollarse la actividad del intérprete es el "posible sentido literal del texto legal". Este sentido no puede ser obtenido mediante la adición de las significaciones de las palabras empleadas en la formulación de la expresión. Debe tenerse en cuenta, siempre, el sentido de lo que se dice en conjunto (contexto). Ha de recurrirse para su esclarecimiento a las circunstancias personales y de hecho ligadas a la estructuración de la expresión y a su adecuación; así como a los datos que son discernibles por el destinatario en la situación en que se halla al aprehender la expresión (criterios objetivos y subjetivos).

No es pertinente tratar de contraponer intención y comunicación, voluntad del legislador y voluntad de la ley. Toda tentativa que tienda a su logro se revela artificiosa. Está fuera de lugar, por tanto, plantear el problema de la justeza del resultado de interpretación en relación al descubrimiento de la "voluntad del legislador" o de la determinación del "espíritu o voluntad de la ley". El intér-

prete ha de tratar de calar en el sentido de la disposición, recurriendo a todos los medios necesarios y teniendo en cuenta todos los factores objetivos y subjetivos, contemporáneos a su formulación o presentes al momento de su aplicación. Esto determina que la interpretación sea un acto de cognición y un acto de valoración. El intérprete comprende la proposición jurídica, que es la materialización de toda una tradición cultural. Condicionado por esta tradición realiza sus actividades el intérprete; el juez toma su decisión.

Violentar la significación de las palabras y subsecuentemente de la expresión en su conjunto, implica el empleo de la "analogía" o de la "reducción teleológica". La primera está prohibida en la aplicación de las normas especiales de Derecho penal, ya que el principio de la legalidad impide reprimir un acto que no haya sido previamente regulado como delito en una ley.

El estudio de la interpretación no debe reducirse —como tradicionalmente ha sucedido— a la elaboración de reglas destinadas a orientar la aplicación del Derecho, por esto hemos analizado algunas ejecutorias supremas, a fin de determinar cómo los jueces aplican el Derecho y qué conceptos y métodos manejan.

Lima, setiembre de 1974.

EL NOMEN JURIS EN RELACION CON LAS CAUSALES DE INVALIDEZ DE NEGOCIO JURIDICO

Un negocio jurídico produce los efectos que le son propios, pudiendo concluir de un modo que cabe ser llamado como normal. Así en el caso del cumplimiento del negocio. Pero otras veces el negocio jurídico puede resultar que deja de surtir efecto, por ciertas causales que no representan su conclusión normal. Son causales que importan que el negocio venga a ser ineficaz, que pierda, pues, vigencia, o que pueda sufrir modificaciones importantes sobre sus resultados.

Tratándose de negocios jurídicos obligacionales, además del pago propiamente dicho, que significa una conclusión normal, hay también otras causales que análogamente representan tal conclusión extintiva, si consideramos éstas en cuanto a como se producen, es decir, por voluntad de la persona o personas interesadas adquiriendo, así, lo que antológicamente se llama el primer análogo (en buena cuenta el elemento analogante). Así, la dación en pago, la compensación, la novación, la transacción, la condonación. En lo que respecta a la imposibilidad de la prestación, también el resultado es la extinción de la obligación si ello se debe a caso fortuito o fuerza mayor, o si se presenta el efecto sustitutorio del pago por lo equivalente, ya sea en forma natural, ya por resarcimiento de daños y perjuicios. En cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, viene a representar una ineficacia (por lo que llamamos resolución del negocio, según nuestra explicación *ut infra*) más el pago de daños y perjuicios no es caso de ineficacia.

Todos los anteriores supuestos no los consideramos en conexión con las causales de afectación contra el negocio jurídico de que ahora tratamos.

Nuestra atención se refiere a otras causales que afectan el negocio jurídico, dirigiendo nuestra aten-

ción a los nombres que, como indicación significantes de ellas se formulan.

Estas causales son varias y no hay, en verdad, una precisión o pulcritud terminológica en lo que les respecta. Ya en el derecho romano se delata equívocidad en cuanto al *nomen juris* en el aspecto que ahora nos preocupa. Se hablaba sobre el particular de negocio inoficioso, *inanis nullum, inutilis, vitiosum, infectus, inofficiosus*. Si nos atenemos a nuestro Código Civil hay un empleo nomínico definido en cuanto a ciertas causales: nulidad y anulación. De ahí que existe un título sobre esta materia (art. 1123 y siguientes). Entra las causales de nulidades no se habla en dicho título de la carencia de consentimiento propiamente tal que, empero, debía ser considerado, fuera del caso de simulación absoluta, o cuando haya mediado violencia absoluta (art. 1089), hablándose en esta última hipótesis impropriamente de consentimiento ineficaz, cuando sólo existe un aparente consentimiento, ocurriendo esa carencia de consentimiento cuando la declaración de voluntad se hace en un estado de obnubilación de la conciencia que no permita considerar que la gente obró con libertad y con discernimiento (lo que se halla consagrado, por ejemplo, en el art. 246 del Código de Portugal).

Decimos que el término "ineficaz" utilizado en el art. 1089 es impropio, debido a que en verdad no cabe hablar de consentimiento eficaz o ineficaz respecto a las nulidades o anulaciones del negocio jurídico, como tampoco respecto a los supuestos de revocación, resolución, rescisión, o resciliación de él. La eficacia o ineficacia debe ser apreciada por el resultado, no por la causa de la situación negocial producida. Al respecto Pontes de Miranda en su

“Tratado de Derecho Privado” escribe: “Cuando se excluye todo efecto al acto jurídico *strictu sensu*, dícese que él es ineficaz. Puede también ser ineficaz para ciertas personas, tiempo o lugar, o en lo tocante a otros datos de la realidad de la vida. Es la ineficacia relativa”. (Tomo V, p. 169).

El negocio viene a ser ineficaz cuando adolece de ciertas deficiencias, o faltas de exigencia en su aparición, ya conciernes ellas al consentimiento, como también a otras causales que dé lugar a ineficacia: por ejemplo, incapacidad de goce en el agente, ilicitud del fin, no acatamiento a las formalidades necesarias, objeto físicamente imposible, no determinado o indeterminable.

De modo que hay, pues, determinativamente a nuestro Código enunciación en cuanto a las causales de nulidad o la anulación del negocio. Las primeras son las antes recordadas. Las segundas conciernen a la incapacidad relativa de ejercicio de la gente y a los vicios de voluntad. Así, pues, nosotros consideramos la ineficacia en cuanto ella representa una producción de los efectos del negocio por diferentes causales, entre las cuales están las antes expresadas sobre nulidad y anulación.

El art. 1125 mienta el fraude en los negocios contra los acreedores. Se refiere al remedio pauliano. En verdad, no cabe hablar aquí de anulación, para dejar sin efecto el negocio, para producir como resultado su ineficacia. El art. 1098 habla de revocación (lo que nos parece inadecuado). Pero el art. 1099 habla de acción de anulación, de modo que promiscuamente se hace referencia a dos denominaciones. La acción también puede ser llamada, con propiedad, impugnatoria o fraudatoria. La consecuencia es que queda sin efecto, que viene a ser ineficaz, pues, el negocio jurídico celebrado entre el deudor y un tercero *in fraudem creditoris*.

La simulación puede merecer una atención especial, aunque muy sumaria ahora. Si aquélla es absoluta el resultado es la nulidad absoluta del negocio, la ineficacia completa. No se puede hablar, claro está, de que el consentimiento sea ineficaz (a semejanza de lo que tan desusadamente se dice en cuanto a la violencia en el art. 1089), ya que como se ha expresado antes, no hay consentimiento eficaz o ineficaz, sino el que sobrevenga una ineficacia a un negocio jurídico porque de alguna manera deja de producir sus efectos. Lo que ocurre en la simulación absoluta es que el consentimiento es ficticio, aparente, no es real. En relación a la simulación relativa lo mismo pasa en lo que concierne al acto ostensible, mientras que en el acto oculto el consentimiento

existe sólo que él puede llegar a ser ineficaz si se perjudica a un tercero o tiene un fin ilegal o ilícito.

Hay algo más que decir sobre el consentimiento en cuanto él no puede ser calificable como ineficaz, ya que, aún en los casos en que no ha habido consentimiento idóneo para la realización de un negocio jurídico (falta de conciencia libre e inteligente, violencia física) el negocio puede llegar a ser ineficaz, si recordamos que el art. 1169 dice que la acción para entablar una nulidad absoluta prescribe a los 30 años, salvo en caso de simulación absoluta (dentro de lo indicado en el art. 1096). Pero aún aquí, desde otro punto de vista, cabe que se oponga a la nulidad determinados recursos o excepciones que impiden que se despoje al negocio de toda eficacia: así típicamente el supuesto de usucapion. Si aún tratándose de nulidad absoluta no cabe pensar en consentimiento eficaz, menos se puede pensar en cuanto a causales de anulación o en otros casos en que el negocio llegue a dejar de tener efecto como ocurre con la acción pauliana.

Fuera de las causales de nulidad y anulación y de la causal consistente en la acción revocatoria, hay otras causales que pueden dejar sin efecto, hacer por tanto ineficaz el negocio; de lo cual nos ocuparemos brevemente.

Pero antes digamos algo que tiene que ver con las causales de anulación antes aludidas. La primera cosa es que no siempre hacen ineficaz el negocio, sino que lo modifican. Eso ocurre con el error de cuenta (art. 1083), y con el dolo incidental (art. 1086). La segunda cosa es que se incluye entre las causales de anulación algunas que deberían ser de nulidad, como ocurre con el error obstativo y con la violencia física. En cuanto a ésta última es evidente que no simplemente existe un consentimiento imperfecto, sino que no hay consentimiento propiamente tal aportado por la persona que aparece como autora de la declaración. Luego, no debe hablarse de vicio de consentimiento, pues esto último, en verdad no existe. En cuanto al error obstativo, es también más que un vicio del consentimiento; es que no ha habido consentimiento, sino disentimiento, pues las dos voluntades no se han juntado. Como se comprende, este error bilateral no permite considerar que haya surgido realmente una declaración jurídica; se está más allá de un vicio del consentimiento, a diferencia de lo que ocurre en el error recayente en una cualidad sustancial pues aquí de todos modos hay consentimiento, sólo que se ha incurrido en un defecto gnoseológico recayente en una cualidad esencial. No importa cómo se

caracterice a ese error sustancial; nunca es tan grave hasta el punto que **consensus non est**, como ocurre en el error obstativo.

Ahora queremos decir que aunque el art. 1123 y siguientes se refieren a nulidades absolutas o relativas, de manera general, el Código contiene preceptos en que habla de nulidad para ciertos negocios específicamente. Se trata en unos casos de incapacidad de goce, o de imposibilidad en el objeto jurídico, o carencia de formalidad sustancial, o de algún requisito para la constitución del acto, recayéndose en buena cuenta dentro de la ubicación general del inciso IV del art. 1123.

Por otra parte, no siempre el Código emplea la palabra nulidad para hacer del negocio uno ineficaz, sino otras expresiones, pero que sólo pueden significar la nulidad; así cuando habla de que para la constitución de un acto "se necesita" (art. 1623, 1701), "se requiere" (art. 1628, 1031, 981, 1726, 1574, 1131), "se hará por escritura pública" (art. 1308), "se debe hacer" (art. 1608, 1689, 1711, 65), "debe constar" (art. 1776), "debe celebrarse" (art. 1689).

En cuanto a la anulación, el Código ha destinado esta expresión para algunos preceptos. Así, en los arts. 1394, 1314.

Fuera de las causales que conducen a ineficacia del negocio que se insumen dentro de la llamada nulidad y anulación de aquél, hay otras causales que llevan el mismo resultado **in nuce**, pero que no se confunden con las primeras. Son esas otras causales de ineficacia. Unas son congénitas al negocio; otras son sobrevinientes.

En las congénitas hay algunas deficiencias o irregularidades en la celebración del negocio (de no ser así, no se podría pensar en que éste dejara de surtir efectos), pero no están asimiladas a las causales de nulidad y anulación, porque no son genéricas como éstas, es decir, para toda clase de negocios, sino que sólo funcionan en cuanto a ciertas relaciones de negocios.

Nuestro Código utiliza una variada terminología sobre el particular. Habla de rescisión; así tratando de la acción redhibitoria (art. 1341, 1358, 1361), de la lesión (art. 391, 1439), no entrega de la cosa en la compraventa (art. 1401, 1402, 1405), por no pago del precio (art. 1414, 1416, 1418), con relación a diferencia en la cabida del inmueble vendido **ad corpus** (art. 1421), de causales para poner fin a una locación y conducción (art. 1529, 1535), de causales para que termine parcialmente la sociedad

(art. 1713).

Nuestro codificador incluye la palabra resolución como otra expresión que emplea para causales que hagan ineficaz, que dejen sin efecto, el negocio; así encontramos la llamada condición resolutoria tácita, instalada en el art. 1341. También existe la llamada condición resolutoria como elemento modal de los negocios y entonces, a diferencia de la anterior, no se trata de un incumplimiento imputable a alguna parte obligada.

El Código utiliza el término revocación para referirse a ciertos casos en que el negocio deja de seguir produciendo sus efectos. Se trata de circunstancias sobrevinientes o de una decisión unilateral. Así ocurre en los casos de los arts. 342, 1480; en otros casos como el contemplado en el art. 1477 y en el 717 se produce la revocación **ipso jure**, si acaece la respectiva causal que se indica. Por lo demás, el codificador también ha empleado la expresión "revocación" relativa a la acción pauliana (art. 1098, 1102) lo que en realidad es inadecuado como se dijo antes. Como decisión unilateral realizable **ad libitum**, se habla de revocación en los arts. 748, 749, 750, 751, sobre testamento, y análogamente en atinencia al mandato (art. 1641, 1649 primer inciso). En algunos casos se utiliza como sinónimo en cierta manera de revocación, el término de remoción: art. 743 ("pueden ser removidos").

La palabra disolución se ofrece en varios dispositivos legales. Se la emplea para indicar que el negocio concluye por diversas circunstancias que no hace posible su subsistencia. Así, en cuanto a la asociación (art. 60), la fundación (art. 68), los espousales (art. 80), el matrimonio en que adviene el divorcio (art. 253, 276), contrato de empresa (art. 1565), con respecto a la sociedad (art. 1714, 1715, 1734). Como hemos anotado, son causales por diferentes circunstancias. Algunas pueden no depender de la voluntad del agente; otras, sí unas representan no una causal propiamente tal para que concluya el negocio, sino que es el efecto de una causal que viene a generar dicha consecuencia. Se puede comprender que existen algunos preceptos que importan el que se produzca la disolución del negocio, sin que se mienta a esta **ad exemplum** los arts. 1593, 1594, 1609, 1623, 1653.

El Código emplea la palabra impugnación en algunos artículos. La impugnación hace ineficaz, deja sin efecto un acto o hecho pasado; así se ve en los dispositivos que corresponden a los números 58,

324, 580, 138, 363, 365. Se estima que el hecho o el acto adolecen de un defecto legal congénito, sin que sea insumible dentro de la figura de la nulidad o anulación propiamente dichas. La impugnación parece ser un término muy aprovechable para significar una causal invocable a fin de dejar sin efecto el negocio por defecto que se presenta originariamente. Esto es muy propio con relación al remedio pauliano. Una causal que puede producir ineficacia del negocio es la llamada resciliación, aunque en nuestro Código no aparece esta palabra. Ocurre cuando por mutuo disenso se deja sin efecto el negocio, que es el caso contemplado en el art. 1317. Podría aplicarse al supuesto del divorcio por mutuo disenso. Falta decir algo en cuanto a la terminología del Código en ciertas hipótesis sobre el acabamiento del negocio jurídico. Se halla la expresión "se acaba" (art. 153), "1649, 1551, 1591)", "se extingue" (art. 1361, 1396), "caduca" (art. 752, 1546), "cesa" (art. 150 infine). Siempre se trata de causales sobrevinientes que vienen a producir la ineficacia del acto, ya sean imputables o no lo sean a algún agente, y puede acá considerarse el vencimiento normal de un negocio *cum dies*. No se puede confundir estas causales con las de impugnación, pues estas últimas respectan a defectos concomitantes a la producción del negocio.

Si se quisiera dentro de este léxico un poco complicado, que delata cierta falta de perspicuidad, poner como un "poco de orden en la casa" se podría asignar a las diferentes causales que conducen de alguna manera a la ineficacia del negocio, un determinado carácter informante, para atribuir las denominaciones adecuadas o que pueden llegar a considerarse como adecuables a las diferentes causales de ineficacia.

Desde luego, cabe hablar de causales de nulidad absoluta y relativa, y no hay por qué no aceptar que sean utilizadas indicaciones nominativas, que representan estas causales, como ocurre en nuestro Código con preceptos de que hemos hecho mención *ut supra*. Las causales de nulidad y de anulación respectan siempre como lo hemos anotado, a carencia de requisitos o a ciertas deficiencias en la constitución misma del negocio. Al respecto no hay duda en cuanto al carácter informante respectivo.

En lo que atañe a la impugnación podría ser utilizada ésta para causales basadas en defectos también congénitos en el negocio y que sean tratados particularmente para ciertas situaciones (de modo que no queden comprendidos dentro de la denominación de nulidad y anulación). Así, la impugnación está bien utilizada en los artículos que ante-

riormente fueron citados. Además, también podría hablarse de acción impugnatoria atinente a la lesión (los artículos 1439 y 1432 hablan de rescisión). La acción mencionada con propiedad, como redhibitoria en el art. 1358, es una en el fondo impugnatoria. Otro caso de impugnación es el referente al remedio pauliano. Otro caso es el que deriva del art. 1394 (el Código habla de acción de anulación).

En lo que hace de rescisión, debe ser reservado para causales que sobrevienen con posterioridad al negocio, y que sean imputables al agente respectivo. Por lo tanto, la expresión de condición resolutoria tácita del art. 1341 sería mejor que fuese llamada condición rescitoria tácita. En el contrato de sociedad los supuestos del art. 1313 representan casos de rescisión, y este es el término que precisamente utiliza este artículo.

En cuanto al término de resolución, sería recomendable servirse de él para causales sobrevinientes que hagan ineficaz el negocio y que no sean imputables a algún agente. Así, por vencimiento del plazo resolutorio, por operancia de la condición resolutoria puesta como modalidad, por el hecho fortuito o de fuerza mayor, por muerte de una persona (en ciertos casos, como tratándose del comodato, de la renta vitalicia del usufructo, de locación de servicios, del contrato de empresa), por llegar a cierta edad una persona (art. 944) o en el supuesto del art. 69, en la extinción de una obligación por prescripción extintiva como también en los casos del inciso primero, tercero, sexto y séptimo del art. 1531 (los incisos 2, 4 y 5 serían causales de rescisión). La disolución puede quedar reservada a las causales que dejan sin efecto el negocio jurídico por rescisión del agente respectivo; así se puede comprender en tal supuesto los casos en que hay revocación, remoción, renuncia, para poner fin a una situación negocial. En el caso de que tenga lugar el llamado mutuo disenso se estaría en el supuesto de disolución, aunque se habla aquí por algunos de resciliación, sin embargo de que este vocablo no es castizo.

Desde luego, ha de reconocerse que tiene que haber un criterio discrecional para la asignación de denominaciones a ciertas causales que hagan ineficaz a un negocio jurídico centro de ciertos tipos informantes, como ocurre con la rescisión, la revocación la disolución. Además, si se observa que hay equívocos al respecto en la utilización de este término en conexión a las causales de que se viene hablando, es deseable que exista un poco de mayor precisión terminológica sobre este asunto. La dificultad reside en la variedad de causales que se vinculan a

la ineficacia del negocio jurídico, conformándose así lo que expresara el Digesto, de **natura rerum conditum est ut plura sint negotia quam vocabular.**

En lo atinente a la nulidad y anulación no hay dificultad, ya que se usa esta palabra de un modo suficientemente connotativo dentro del lenguaje civilístico. En lo que atañe a la impugnación también se puede utilizar y se utiliza dentro de la significación de que antes se ha hablado. En lo que respecta a la rescisión también en general se emplea para la ineficacia que proviene de causales imputables a agentes del negocio. Pero hay vacilación en cuanto a servirse de los términos de disolución y resolución, pues a veces una y otra importan el resultado de ineficacia del negocio, indistintamente tomadas para hacer referencia a causales de tal ineficacia, ya proveniente o no proveniente del agente; y de ahí que nosotros hemos preferido el reservar una u otra denominación según que se trate de una clase y otra clase de causales de ineficacia en un esfuerzo, a derechas o a tuertas, para superar la equivocidad en este punto tratando, ya que al **verbum mentis** le debe corresponder un respectivo **verbum manifestatus**.

Puede presentarse siempre una tensión funcional entre derecho y lenguaje, como ha escrito Henckel, en su "Tratado de Filosofía del Derecho": "La dificultad se pone ya de manifiesto en que el lenguaje con su vocabulario y su aservo de reglas gramaticas-

les representa un producto enormemente complejo, cuya vinculación con otras estructuras, asimismo complejas, de contenido de sentido espiritual, los preceptos jurídicos, presenta multitud de posibilidades de fricción. A esto hay que añadir que esta tarea lingüística no tiene una existencia simple y estática, sino que se desenvuelve y su desarrollo ulterior está en que se halla en continuo movimiento".

Pero, de todos modos, y precisamente por razones de las anteriores circunstancias, conviene hacer esfuerzos en procurar el conseguir precisiones dentro de la terminología jurídica. La palabra es la manifestación del concepto exteriorizado. Como dijo Goethe en Fausto, "toda palabra debe contener siempre una idea". En lo posible es conveniente tender a que palabras distintas correspondan a conceptos distintos.

El presente trabajo, aunque modesto, se inspira en el propósito de ayudar a una mayor precisión lingüística sobre el tema tratado, y puede acaso estimar que acerca de un asunto que en general ha sido, desde luego, tratado sobre ineficacia del negocio jurídico, cabría siempre añadir algo a lo analizado, pudiendo, al respecto, recordarse el verso de Hesiodo, citado en el Crátilo de Platón, sobre que "añadir un poco a otro poco no es trabajo perdido".

EL CONCEPTO DE RENTA EN LA LEGISLACION TRIBUTARIA

El impuesto sobre la renta constituye, sin duda, el tributo de mayor importancia en el mundo de hoy debido a su aplicación generalizada, a la proporción de ingresos que significa para el Estado y a la posibilidad que tiene de ser utilizado como instrumento de desarrollo. Como quiera que no todas las utilidades o ganancias que una persona puede percibir tienen la condición jurídica de renta, ello supone que sólo algunos beneficios económicos están sujetos a tributación. En consecuencia, eventualmente, una persona determinada puede percibir elevados ingresos y —sin embargo— quedar sujeta al tributo sólo por la reducida porción de tales ingresos susceptibles de calificarse como renta desde el ángulo jurídico.

Además de esta consideración de orden general debe recordarse que, específicamente en nuestro país, este punto tiene una importancia adicional ya que —con pocas variantes— la renta neta que se determine para fines tributarios es la misma que el legislador ha tomado en cuenta para calcular la participación de las comunidades laborales, la participación de los trabajadores en las utilidades de la empresa y el porcentaje para la investigación científica y tecnológica.

Sentadas las bases expuestas se comprende fácilmente la trascendencia de precisar, desde el punto de vista legal, la noción de renta, pues sólo a partir de esta determinación puede estudiarse el tributo correspondiente.

Las normas vigentes en el Perú sobre esta materia (básicamente el Decreto Supremo 287-68-HC) no contienen definición del concepto de renta, de manera que sólo puede llegarse a constatar el criterio adoptado finalmente por nuestro legislador hurgando

en los términos utilizados en la redacción de nuestra norma positiva. Para comprender mejor este análisis, resulta indispensable hacer una breve referencia a los distintos criterios que pueden utilizarse para considerar como renta un determinado ingreso.

Desde el punto de vista del idioma renta es “la utilidad o beneficio que rinde anualmente una cosa o lo que de ella se cobra”; “lo que paga en dinero o frutos un arrendatario”, conforme aparece de la definición del Diccionario de la Real Academia. Estas y las otras definiciones que puedan ofrecerse sólo desde el ángulo gramatical no bastan para ilustrar el concepto que nos interesa para los fines impositivos.

En efecto, para establecer lo que deben entenderse por renta desde el punto de vista jurídico tributario existen —básicamente— dos criterios reflejados en la teoría de la fuente y en la teoría del incremento patrimonial. Hagamos una breve reseña de tales teorías y veremos enseguida la posición tomada en nuestra ley impositiva.

Teoría de la fuente.

De acuerdo con esta teoría sólo tiene la condición jurídica de renta aquel ingreso de naturaleza periódica o susceptible de ser obtenido periódicamente, de una fuente más o menos durable. En consecuencia, dentro de este concepto renta presupone periodicidad en el beneficio y permanencia en la fuente generadora.

Las fuentes productoras de renta son el capital y el trabajo. La unión de estas dos fuentes da lugar a una tercera: la empresa. Siguiendo la teoría que comentamos sólo tendrían la naturaleza de renta y,

por eso, sólo serían gravables aquellos ingresos derivados de las fuentes citadas. En consecuencia, si una persona obtuviera un premio en la lotería o en las carreras de caballos o encontrara un tesoro en un inmueble de su propiedad, no estaría obligada a tributar el impuesto a la renta, aún cuando tales ingresos fueran cuantiosos, ya que el beneficio o utilidad obtenido no reuniría las características que hemos señalado. En efecto, en ninguno de los casos mencionados puede afirmarse que la utilidad lograda es periódica o susceptible de ser obtenida periódicamente y, por el contrario, todo parecería indicar que se trata de una ganancia eventual, aislada, que no habrá de repetirse.

Lo que tratamos de explicar se apreciara, seguramente, con más claridad en el caso de la herencia, donde al morir el causante los causa habientes perciben una riqueza adicional, obtienen un ingreso incrementando su propio patrimonio y, sin embargo, conforme a la teoría de la fuente el beneficio así recibido no estaría sujeto a tributación sobre la renta, pues dicho beneficio no se origina en una fuente durable ni es susceptible de ser obtenido periódicamente.

El doctor Luis Carlos Rodrigo (1) cita la norma ecuatoriana con arreglo a la cual "se considera renta para los propósitos de esta ley los ingresos en dinero, especie o servicios que obtenga una persona natural o jurídica **anual o periódicamente** del ejercicio de una actividad económica". Se aprecia claramente en este caso la adopción de la teoría que comentamos por el legislador ecuatoriano.

La teoría de la fuente tiene importancia no sólo para la determinación del tributo sobre la renta que afecta a las personas naturales sino también del que gravaba a las personas jurídicas. Resulta claro que una empresa no se constituye con el objeto de negociar con bienes de su activo fijo, sino que por el contrario, son precisamente éstos los que ella debe utilizar para la producción. En consecuencia, si una sociedad anónima vendiera sus activos fijos por una suma superior al valor con que tales bienes aparecen contabilizados en Libros, la utilidad así lograda no estaría afecta al gravamen, excepto quizá en la parte que significara recuperación de castigos.

Es fácil apreciar que en el caso propuesto no existiría una utilidad susceptible de ser obtenida pe-

riódicamente ni tampoco una fuente más o menos durable, ya que justamente la empresa del ejemplo estaría enajenando aquellos bienes que debería emplear para la producción. En otras palabras, estaría enajenando la fuente productora de la renta obteniendo de esta manera simplemente una "ganancia de capital", no susceptible de ser gravada. La utilidad se habría derivado de la liquidación del Activo Fijo que —al desaparecer— impediría la generación de nuevas rentas para ese mismo contribuyente. Esto equivale a decir que el beneficio logrado en la venta de los Activos Fijos sólo podría obtenerse una única vez en razón de que desaparecería la fuente productora de dicho beneficio.

La teoría de la fuente era precisamente la que informaba nuestra derogada Ley de Impuesto a la Renta No. 7904, tal como se desprende de la jurisprudencia sentada por el Consejo Superior de Contribuciones, aún cuando posteriormente el Tribunal Fiscal, como veremos brevemente más adelante, modificó dicho criterio. Durante la vigencia de la primera interpretación se estableció que para determinar si un ingreso constituía o no renta gravable en el caso de las personas jurídicas, había que analizar dos extremos: los estatutos de la sociedad y la habitualidad de las operaciones. En otras palabras, si el ingreso se obtenía como consecuencia de una actividad no prevista como objeto social en los estatutos y sí, además, dicha actividad no era realizada habitualmente por la sociedad, el ingreso resultante no era considerado como renta gravable.

De acuerdo con ello se comprende fácilmente que si una empresa vendía su activo fijo lucrando en la operación, el beneficio así obtenido no podría constituir renta afecta, en la medida en que los estatutos —por cierto— no podrían establecer como objeto la enajenación de sus bienes de capital ni, desde luego, tal enajenación podría ser habitual. Obsévese que, por esta razón, al referirse al objeto social resultaba inadecuado consignar en los estatutos como finalidad de la empresa dedicarse "a cualquier actividad permitida por las leyes", ya que en tal caso los estatutos de tan amplio objeto permitirían considerar que la enajenación de los bienes del activo fijo formaba parte de las operaciones sociales, de manera que si en esa operación se obtenía una utili-

(1) Rodrigo Luis Carlos "Impuesto a la Renta", Materiales de Enseñanza, Tomo I, Página 95.

dad, la misma era susceptible de ser gravada. En otras palabras, lo que hubiera tenido normalmente la condición de "ganancia de capital" se convertía en renta y recibía el tratamiento de tal sólo por una inadecuada redacción del objeto estatutario (véase, sin embargo, más adelante nuestra referencia a la Resolución del Tribunal Fiscal No. 1068).

La ley 7904 no tenía sólo una norma general única en la cual se recogiera la teoría de la fuente, sino que ello se derivaba de la interpretación de varios de sus artículos. Esto se comprende por el hecho de que dicha ley no creó "un" impuesto a la renta, sino una pluralidad de tributos, por cuanto nuestro legislador escogió la ruta de los impuestos cedulares, existiendo en consecuencia un tributo especial para gravar independientemente cada una de las distintas posibilidades de renta.

Los autores peruanos sostuvieron siempre que la ley 7904 seguía la teoría de la fuente y así, por ejemplo, el doctor Manuel García Calderón refiriéndose al derogado impuesto a las utilidades industriales y comerciales puntualiza que la reglamentación (artículo 10) sólo considera como pérdidas de un negocio las que provengan exclusivamente de su explotación normal, o sea de su actividad comercial habitual, pero no las que procedan de inversiones o especulaciones ajenas a su giro. Si la pérdida que pudiera haber resultado de una operación de comercio esporádica no es deducible por provenir de inversiones ajenas al giro comercial de la sociedad, por las mismas razones se desprende de la reglamentación citada que tampoco resultará imponible el beneficio que eventualmente se obtuviera en dicha operación de comercio (2).

Por su parte, el doctor Juan Lino Castillo en "Tributación y Derecho" (3) señala:

"El criterio de renta adoptado por nuestra legislación fiscal es el de riqueza obtenida periódicamente o susceptible de obtenerse también periódicamente de una fuente durable".

Finalmente el doctor Luis Carlos Rodrigo (4) al comentar la Resolución No. 11320 del Consejo Superior de Contribuciones, precisa:

"...no puede, válidamente, pretenderse que impuestos a la renta graven ganancias de capital o beneficios de inversiones ajenas al giro del contribuyente..."

El criterio doctrinario expuesto fue mantenido durante largo tiempo por la jurisprudencia del Consejo Superior de Contribuciones (pueden verse entre otras Resoluciones Nos. 3788 de 13 de diciembre de 1946, 6283 del 20 de noviembre de 1955, 9813 de 14 de julio de 1959 y 11320 de 21 de mayo de 1963). El Tribunal Fiscal (que reemplazó al Consejo) modificó dicha jurisprudencia y estableció que las utilidades derivadas de actos de comercio, practicados por comerciantes eran gravables, aún cuando el beneficio se derivara de actividades ajenas al giro social, pues de lo contrario bastaría un cambio del objeto social para excluir actividades del pago del impuesto (Resolución del Tribunal Fiscal 1068 de 18 de enero de 1965). En el dictamen sustentatorio de esta resolución se señala:

"...La doctrina de la ganancia de capitales necesita aún de mayores precisiones... No podría tenerse como incorporada a nuestra legislación sin una reglamentación adecuada que garantizando el verdadero activo fijo, para sustraer su mayor valor del impuesto, no sirva, de otra parte, como fácil medio de evasión del impuesto..."

Esta y posteriores resoluciones del Tribunal Fiscal ampliaron considerablemente el campo de aplicación del impuesto a las utilidades, al estimar como gravables las ganancias de capital. Con igual criterio debió admitirse —desde luego— las pérdidas extraordinarias sufridas por el contribuyente, abandonándose así la teoría de la fuente que había inspirado la ley 7904 desde su promulgación.

Teoría del incremento patrimonial.

A diferencia de la vista anteriormente, la teoría del incremento patrimonial considera como renta susceptible de ser gravada la totalidad de los beneficios recibidos por el contribuyente, sin importar la fuente que los origina y prescindiendo de la periodi-

(2) Revista del Foro, 1965, Página 118.

(3) Castillo Juan Lino "Tributación y Derecho", Pág. 9, Ediciones Studium, 1965.

(4) Rodrigo, Luis Carlos "Informativo Legal", No. 31, Pág. 761.

cidad o no de su percepción. En consecuencia, si una legislación determinada adoptara esta teoría en la correspondiente norma positiva ello significaría que los premios de loterías, juegos de azar, carreras de caballos, herencias, indemnizaciones, etc. serían considerados como rentas gravables. Desde luego, quedarían incluidas dentro del concepto de rentas gravables todas aquellas utilidades que en el punto anterior hemos considerado afectas con arreglo a la teoría de la fuente. Mientras que en esta última el concepto de renta abarca ingresos más o menos precisos, en la teoría del incremento patrimonial —llamada también del balance— se afecta toda clase de beneficios y utilidades percibidas en el curso del ejercicio económico. En otras palabras, la teoría de la fuente limita el concepto de renta sólo a una porción determinada de la riqueza percibida, mientras que en la teoría del balance existiría una identificación entre renta y beneficio, careciendo de trascendencia determinar el origen de la utilidad y su carácter periódico o eventual, por cuanto aquí sólo importa saber que se ha percibido una ganancia que, por este único hecho, será objeto de gravamen después de deducirse, por supuesto, los egresos necesarios para generarla.

El doctor Juan Lino Castillo (5) define el concepto de renta dentro de esta teoría como:

“...la diferencia entre el valor en capital del conjunto de bienes en poder del contribuyente al final de un periodo determinado y el existente al comienzo de dicho periodo”.

Un ejemplo de la aplicación de esta teoría en un texto positivo está constituido por la ley colombiana, conforme a la cita que hace Isaac López Freyle (6): “El artículo 23 de la ley (se refiere) a la suma de los ingresos ordinarios y extraordinarios realizados en el año o periodo gravable, cualquiera que sea su origen y siempre que constituyan enriquecimiento...”

“El artículo 21 del Decreto 437 de 1961 define renta bruta (como) la suma de todos los ingresos en dinero o en especie, ordinarios o extraordinarios que constituyan enriquecimientos, realizados por un contribuyente en el año gravable menos los costos imputables a tales ingresos”.

Aún cuando —según entendemos— el impuesto nacional sobre la renta fue modificado en Colombia sucesivamente en 1963, 1967, 1968 y 1969, consi-

deramos que las citas transcritas resultan útiles para visualizar la aplicación en un texto positivo del principio teórico que estamos comentando.

Por su parte, Enrique Piedrabuena al estudiar el impuesto a la renta establecido en Chile por la ley 8419 transcribe el artículo 14, el cual establece:

“Todas las rentas, beneficios y utilidades, cualquiera que fuera su origen, naturaleza y denominación... serán gravadas con arreglo a la tasa y demás disposiciones de esta categoría...”

El mismo autor agrega que la norma legal chilena puede interpretarse señalando “con mayor certeza todavía, toda renta, beneficio o utilidad no exceptuada está gravada”.

También en Chile, posteriormente, la ley 15564 en su artículo 2 definió renta como... “...los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda periódicamente una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades o incrementos de patrimonio que se perciban o devenguen, cualquiera sea su origen, naturaleza o denominación”.

Hasta donde nosotros conocemos, en el Perú ninguna disposición legal ha seguido nunca estos principios, aún cuando la ley vigente ha superado los marcos de la teoría de la fuente, tal como reseñamos en el punto siguiente.

El texto legal peruano.

Como se sabe, las normas reguladoras del impuesto a la renta en nuestro país se encuentran contenidas —básicamente— en el Decreto Supremo 287-68-HC promulgado el 9 de agosto de 1968, en uso de las facultades extraordinarias otorgadas al Poder Ejecutivo por el Congreso de la República mediante ley 17044.

El mencionado dispositivo legal derogó la ley 7904 e inició la reforma tributaria en nuestro país, modificando no solamente el texto legal anterior sino cambiando también el concepto mismo de renta gravada, como puede apreciarse del artículo 1o. de dicho Decreto Supremo, en el cual se precisa:

(5) Castillo Juan Lino “*Tributación y Derecho*”, Página 9

(6) López Freyle Isaac “*Principios de Derecho Tributario*” Página 196, Ediciones Lerner, 1962.

“El impuesto sobre la renta que provenga del capital, del trabajo o de la aplicación conjunta de ambos factores y sobre las ganancias, beneficios considerados expresamente por este título como rentas gravadas se aplicará...”.

Después de los comentarios efectuados arriba puede notarse que el legislador peruano adopta básicamente la teoría de la fuente, pero sin limitarse a ella, ya que extiende el carácter de renta a otros beneficios, pero sin llegar al extremo de la teoría del incremento patrimonial. Ello significa que nuestro legislador ha adoptado una fórmula intermedia entre las dos teorías reseñadas, por cuanto no son gravables cualesquiera otras ganancias, utilidades o beneficios, sino sólo las específicamente consideradas como tales en el referido dispositivo legal. Nuestra norma legal no identifica “beneficio” con “rentas”, como se hace en la más pura teoría del incremento patrimonial y como aparece en las normas chilena y colombiana antes citadas, sino que circunscribe los efectos del tributo a un campo de aplicación que pretende ser más o menos preciso.

En efecto, la primera parte del artículo mencionado (“...rentas que provengan del capital, del trabajo o de la aplicación conjunta de ambos factores...”.) no hace sino recoger la teoría de la fuente. De acuerdo con ello, si la norma sólo estuviera redactada en esta primera parte, únicamente sería gravable el beneficio periódico derivado de fuente durable obtenido por un contribuyente y quedarían excluidas las ganancias derivadas de la enajenación ocasional de bienes. Sin embargo, como ya se ha dicho, el artículo 1o. abarca a otras ganancias y beneficios considerados expresamente

Tales “otras ganancias” están constituidas por los beneficios que pudieran obtener sociedades o empresas al enajenar bienes incluidos en sus activos, o como resultado de operaciones comerciales, aún cuando ellas no estén previstas en sus estatutos o no sean habituales, de manera que, dentro del texto legal vigente, dichos beneficios han perdido su condición de ganancias de capital no gravadas. En cambio, continúan excluidos del tributo los beneficios obtenidos por personas naturales en operaciones no habituales, tal como reseñamos más adelante. Para

aproximarse a esas “otras ganancias” en el caso de sociedades y empresas debe citarse el artículo 2o., inciso C del Decreto Supremo 287-68-HC, conforme al cual constituyen rentas gravadas, cualquiera sea su denominación, especie o forma de pago:

“Los beneficios, utilidades y ganancias provenientes del comercio y la industria, de las explotaciones mineras, agropecuarias o de otros recursos naturales; de la prestación de servicios comerciales, industriales o similares y, en general, los provenientes del ejercicio habitual de una actividad lucrativa o de comercio, compra-venta, cambio o disposición de bienes”.

Para tener una idea completa del concepto de renta plasmado en la norma positiva, es necesario referirse al artículo 3o. y, más específicamente, al inciso A6 donde se precisa que se encuentran comprendidos en el ya citado artículo 2o., inciso C:

“...Los resultados provenientes de la enajenación de... bienes de cualquiera naturaleza que constituyen activo de empresas o sociedades que desarrollen actividades comprendidas en el artículo 27, inciso A”.

En consecuencia tratándose de sociedades o empresas son consideradas gravables las utilidades obtenidas en operaciones comerciales, industriales, etc., aún cuando ellas no sean propias del giro del negocio o no se efectúen habitualmente, incluyéndose como renta afecta el beneficio derivado de la enajenación de bienes, inclusive de aquellos que forman parte del activo fijo.

En cambio tratándose de personas naturales, las utilidades que pudieran obtenerse en la enajenación de bienes sólo son gravables si ellas derivan de operaciones habituales, tal como aparece expresamente de la parte final del artículo 19 del Decreto Supremo 287-68-HC.

“No están sujetos al impuesto... los resultados provenientes de transferencia de bienes, cuando no sea producto de la actividad habitual o comercio a que se refiere el artículo 2o. inciso C ni el caso que esté comprendido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3o.”.

Es el caso aclarar que la ley no contiene una definición de lo que debe entenderse por "ejercicio habitual"; es decir, no es posible precisar con exactitud cuándo una persona es habitual en determinada actividad lo que dificulta, ciertamente, la aplicación de las normas citadas, ya que para gravar o excluir del tributo todas ellas se basan en una habitualidad que no se define. ¿Cuántas transferencias de cierta clase de bienes requiere para que ello constituya "actividad habitual"? ¿Cómo puede el contribuyente saber que la enajenación que efectúa en un momento determinado lo convertirá en "habitual" dentro de los términos de la ley tributaria? ¿Cuáles son los criterios que adoptará la entidad acotadora para precisar que una persona natural es o no habitual en cierta clase de operaciones? En vista de que no existe jurisprudencia acerca del particular no es posible emitir una opinión definitiva, ya que cada caso debe analizarse por separado para lo cual, creemos nosotros, podrían tomarse en cuenta los factores siguientes:

A. Clase de Bienes.

Es decir que no siempre el número de operaciones que se efectúan puede determinar la habitualidad, sino que la reiteración de operaciones debe estar íntimamente ligada con la naturaleza de los bienes objeto de tales operaciones. En otras palabras, el mismo número de ventas de bienes distintos, efectuadas por dos diferentes contribuyentes podría significar el calificativo de habitual sólo para uno de los dos. Por ejemplo, si en el curso de un mismo ejercicio una persona compra y vende en 10 ocasiones 10 libros distintos, la utilidad que pudiera lograr en esas operaciones (al margen de las dificultades de fiscalización) no podría ser considerada gravable ya que no bastarían tales operaciones para calificarlo habitual en la compra-venta de libros. En cambio, otra persona que en un mismo ejercicio compra y vende en 10 oportunidades, 10 automóviles podría ser considerado "habitual", quedando afectada al gravamen por la ganancia obtenida en esta actividad.

A. Destino de los Bienes.

Con ésto queremos indicar que si los bienes objeto de la transferencia han sido adquiridos para uti-

lizarse por el contribuyente y, posteriormente, tales bienes son vendidos no podría considerarse que se trata de una actividad habitual. En cambio, si tales bienes fueron adquiridos de un tercero con el deliberado propósito de revenderlos y ello se realiza en más de una oportunidad, habría mérito suficiente para considerar a dicha persona como habitual y, consecuentemente, gravar el beneficio que pudiera haber obtenido. En otras palabras, sólo debería considerarse habitual aquella persona natural que reiteradamente adquiere bienes con la intención de venderlos y lucrar en la reventa.

En vista de la ausencia de un criterio oficial sobre la materia la interpretación legal ha generado diversos problemas especialmente en el caso de la compra-venta de acciones. En efecto, si una persona natural accionista de una sociedad anónima decide vender sus títulos y percibe una utilidad ¿debe gravarse esa utilidad? ¿cómo podría determinarse la habitualidad en este caso? De acuerdo con las pautas señaladas anteriormente nosotros creemos que esta persona natural sólo podría ser gravada si efectuó la compra con el objeto de especular, esperando el alza de tales valores para venderlos enseguida. En cambio, si dicha persona adquirió los títulos dentro de la idea de invertir verdaderamente en la empresa, si se comportó realmente como accionista concurriendo a las juntas generales, si fue designado director, o miembro del Consejo de Vigilancia, etc., nosotros consideramos que no podría interpretarse que la venta de títulos efectuada por este accionista implique habitualidad.

En realidad, tratándose de personas naturales la "habitualidad" sólo ha sido legislada en el caso previsto por el artículo 12 del Decreto Supremo 015-69-HC, reglamentario del Decreto Supremo 287-68-HC que está referido, específicamente, a la enajenación de inmuebles. Dicha norma establece, en resumen, que la venta de inmuebles hecha por una determinada persona se considera habitual "... cuando... haya efectuado en el curso de los dos años precedentes por lo menos una compra y una venta...".

Tratándose de sociedades o empresas, como hemos dicho, basta que los bienes enajenados formen parte de sus activos para que la utilidad lograda en la operación, se encuentre sometida al tributo. Como quiera que la ley considera que pueden existir empresas unipersonales, ello significa que una perso-

na natural que no realiza habitualmente operaciones de venta de bienes podría —sin embargo— verse gravada con el impuesto a la renta al efectuar enajenaciones eventuales si el bien objeto de la transferencia estuviera contabilizado en los libros respectivos.

Sin embargo, debe desvirtuarse la generalizada creencia de que actualmente toda ganancia de las sociedades y empresas está gravada, pues ello no es exacto ya que, como hemos visto, nuestra ley no adopta la teoría del incremento patrimonial, sino que sólo amplía la teoría de la fuente. Así, por ejemplo, si una empresa con cargo a sus fondos adquiere un billete de lotería que resulta premiado, el ingreso así obtenido no tendría la condición jurídica de renta, pues no se derivaría de ninguna de las actividades mencionadas. Desde luego, el egreso incurrido para la adquisición del billete de lotería no sería admisible como un gasto para los fines del impuesto a la renta ya que no se trataría de un egreso propio del giro del negocio o actividad gravada.

Esto último confirma el carácter no gravable de este tipo de beneficios, pues en caso de que el billete comprado no hubiera salido agraciado, tampoco se hubiera admitido como gasto la suma empleada para su adquisición. No existiría razón para variar el criterio si el billete resultara favorecido. En consecuencia si determinado egreso no se acepta como gasto, tampoco tiene que considerarse como renta gravable la utilidad derivada de ese egreso.

De la misma manera, si una empresa demanda a otra judicialmente exigiendo una determinada suma como reparación por daños y perjuicios, la cantidad que se pague por el mérito de la sentencia no tendría la condición jurídica de renta gravable.

Otro de los beneficios no susceptible de ser gravado en sociedades o empresas está constituido por las indemnizaciones que abonan las compañías aseguradoras al producirse un siniestro. Aún cuando es verdad que de acuerdo con los principios que informan el derecho de seguros, el asegurado no puede lucrar con la póliza, en ciertos casos sucede que, por lo menos nominalmente, los asegurados perciben beneficios económicos. Esto podría ocurrir, por ejemplo, en los seguros que son contratados sobre la

base del valor de reposición de los bienes y no sobre su valor en libros (obviamente menor al primero). En estos casos, si bien la suma que el seguro entrega al asegurado supera el costo computable de los bienes con lo que se produce una utilidad formal, nosotros estimamos que dicho beneficio no constituye renta gravable conforme a nuestro ordenamiento legal, por cuanto la utilidad no se deriva del capital, trabajo o empresa ni ella está considerada expresamente como renta afecta en el texto legal.

Respecto a esta clase de ingresos nuestro legislador sólo grava indemnizaciones pagadas por compañías de seguros por accidentes de trabajo del personal de las empresas aseguradas, tal como se desprende de la parte final del artículo 18 inciso J del Decreto Supremo 287-68-HC. Este dispositivo exonera del tributo sobre la renta "las indemnizaciones que se reciban por causa de muerte o incapacidad producida por accidentes o enfermedades, sea que se origine en el régimen de seguridad social, en un contrato de seguros, en sentencia judicial o en transacciones. **La exención prevista en este inciso no comprende las indemnizaciones en favor de empresas por accidentes de trabajo de su personal**".

En resumen, el concepto de renta que sigue nuestra ley tributaria varía según se trate de negocios o de personas naturales, pues, si bien es cierto que en ambos casos se grava la utilidad derivada de actividades comerciales, industriales, etc., tratándose de enajenaciones la utilidad es siempre gravable en el caso de los negocios, mientras que en las personas naturales ese beneficio constituye renta afecta sólo en caso de existir habitualidad.

Ante la ausencia de normas precisas para determinar la habitualidad en la enajenación de bienes muebles, corresponderá a la jurisprudencia establecer los requisitos que deben cumplirse para calificar a un contribuyente determinado como "habitual" en cierto tipo de operaciones. Asimismo, la jurisprudencia determinará cuáles son los beneficios que no obstante representar utilidad en un negocio no implican, sin embargo, obligación de pago del tributo, por no estar "... considerados expresamente como rentas gravadas. ...".

COMPRAVENTAS MARITIMA INTERNACIONALES

CONTRATOS FOB Y CIF

II PARTE (*)

1. La estipulación c.i.f.
2. Los documentos de embarque
 - 2.1. El conocimiento de embarque
 - 2.2. La póliza de seguro marítimo
 - 2.3. La factura comercial
 - 2.4. Otros documentos de embarque
 - 2.5. El rechazo de los documentos
3. Las obligaciones de las partes
 - 3.1. Obligaciones del vendedor
 - 3.2. Obligaciones del comprador
4. Contratos erróneamente denominados c.i.f.
5. Variantes del contrato c.i.f.
6. La estipulación c.i.f.
7. El Decreto Ley 20019 y la contratación c.i.f. en el Perú.
8. El término c.i.f. en el comercio aéreo.

1. La estipulación c.i.f.

Bajo esta estipulación — una de las más complejas y, por tanto, más ricas en problemas legales, del comercio de exportación —, el vendedor se compromete a entregar las mercancías, objeto del contrato de compraventa a bordo de un buque determinado, que él mismo ha contratado para transportar las referidas mercancías hasta el puerto convenido, y a contratar, asimismo, un seguro marítimo que las proteja durante el viaje. No obstante, sus obligaciones sólo terminan cuando, luego de obtener del porteador y de la aseguradora los documentos respectivos — esto es, el conocimiento de embarque y la póliza de seguro marítimo —, los transfiere al comprador conjuntamente con la factura comercial. Estos tres documentos, llamados "documentos de embarque" ("shipping documents"), aluden a los tres contratos involucrados en una estipulación c.i.f. (compra-

venta, transporte y seguro) y, como se verá, tienen una singularísima importancia dentro de esta transacción mercantil internacional.

A diferencia, pues, de la estipulación f.o.b., el vendedor no solamente tiene que correr con los riesgos de las mercancías hasta que éstas sobrepasen la borda del buque, sino que tiene que contratar — y correr con los costos consiguientes — el transporte y el seguro hasta el puerto de destino convenido. De allí entonces, como ya se ha adelantado en la primera parte de este trabajo, el origen de la denominación c.i.f. ("cost, insurance, freight" o "costo, seguro y flete").

Repetidamente se ha sostenido que, desde el punto de vista comercial, el propósito de la estipulación c.i.f. no es la venta de las mercancías en sí mismas, sino la venta de los documentos relativos a ellas. "No es un contrato que establezca que las mercancías deberán llegar, sino un contrato para embarcar determinadas mercancías, de conformidad con un contrato de venta; para obtener — a no ser que el contrato disponga lo contrario — el contrato ordinario de transporte al lugar de destino y el contrato ordinario de seguro sobre las mercancías durante el viaje; y para la entrega de los documentos relativos a estos tres contratos contra el pago del precio" sostuvo el Juez Scrutton en el caso británico *Arnold Karberg Co. vs. Blythe, Breen, Jourdain & Co.*, citado por Schmitthoff (1). Un contrato de com-

(*) La primera parte de este artículo —referida al contrato f.o.b.— fue publicada en el número anterior de la revista "Derecho". En ella el autor incluyó algunas consideraciones comunes a los contratos f.o.b. y c.i.f. Aunque aquél ha tratado ambas partes de manera tal que puedan tener una existencia, en lo posible, autónoma, su intención es que ellas sean consideradas como un solo trabajo. *El Consejo Editorial*.

(1) Schmitthoff, Clive, *The Export Trade, The Law and Practice of International Trade*, 5a. edición, Stevens, Londres, 1969, p. 23.

pra-venta en términos c.i.f. que estableciera que las mercancías deberán llegar y que será contra la recepción de las mismas, y no de los "documentos de embarque, que deberá pagarse el precio, no sería un verdadero contrato c.i.f.; su esencia habría sido alterada sustancialmente.

En realidad, el objeto de esta transacción es que el comprador pueda obtener, lo antes posible, el derecho a disponer de las mercancías — simbolizadas por los documentos — para poder estar en condiciones de obtener el financiamiento bancario que pueda requerir para la transacción comercial que está realizando o para revender las mercancías mediante la transferencia de los derechos contenidos en los documentos o para obtener las mercancías mismas a su llegada o, en caso de pérdida, el dinero del seguro. El vendedor, por su parte, tiene como propósito el proporcionar mayores facilidades al comprador, liberándolo de tener que hacer por sí mismo los arreglos relativos al transporte y al seguro, obteniendo para sí mayores utilidades por la tramitación de estos últimos; ceder el derecho de disposición sobre las mercancías solamente mediante el pago del precio — el mismo que se materializa contra la presentación de los documentos —, y, por tanto, bastante antes que las mercancías lleguen a su destino —; y, no ser responsable por la pérdida o deterioro que pueda sobrevenir a aquéllas durante el viaje.

El acuerdo contractual relativo a que la entrega de los documentos al comprador contra el pago del precio sea equivalente a la entrega de las mercancías, es de particular importancia, pues esto posibilita que el vendedor pueda cobrar el precio aún cuando las mercancías se hayan perdido durante la travesía marítima, si él, por su parte, cumplió con transferir los documentos; y, más aún, que él pueda transferirlos válidamente cuando, habiendo embarcado las mercancías y obtenido los documentos respectivos, ellas se hayan perdido. En esta eventualidad, el comprador obtendrá los documentos que compró y podrá, en virtud de ellos, accionar contra la compañía naviera o contra la compañía de seguros, esgrimiendo el conocimiento de embarque y la póliza de seguro marítimo, respectivamente.

"Es irrelevante para el vendedor — dice Sassoon

(2) — el hecho de que al momento de transferir los documentos, las mercancías embarcadas hayan sido dañadas o se hayan perdido en tránsito. El vendedor cumple con su obligación mediante la remisión al comprador de los documentos de embarque (. . .) Está contemplado que el comprador obtendrá una indemnización con respecto al daño o a la pérdida al amparo de uno u otro documento (el autor alude al conocimiento y a la póliza), aunque el hecho de que esté capacitado para hacerlo depende de los términos del conocimiento de embarque y de la póliza, así como de las circunstancias del daño o de la pérdida". Esto último es claro, pues la protección que ambos documentos confieren a su legítimo tenedor está limitada por las características que las partes contratantes les han reclamado. Así, por ejemplo, si en una determinada transacción c.i.f., vendedor y comprador hubieran pactado que el seguro a contratar por el primero no cubriera riesgos de guerra y las mercancías se perdieran por esta causa, el comprador no podría disponer de las mercancías ni podría cobrar el seguro, estando, no obstante, obligado a pagar el precio pactado, si no lo hubiere hecho aún, e impedido de reclamar la devolución del mismo, en el caso contrario.

El autor británico citado (3) dice enfáticamente "no tiene ninguna importancia desde el punto de vista legal el hecho de que el vendedor al momento de transferir los documentos sepa que las mercancías se hayan perdido. En el caso *Mambre Saccharine Co. vs. Corn Products Co.* se celebraron contratos para la venta de algodón y jarabe c.i.f. Londres. El 12 de Marzo de 1917 el vapor "Algonquin" fue hundido por un submarino o por una mina. Los vendedores, sabiendo de la pérdida, remitieron los documentos al comprador el 14 de Marzo. Se sostuvo que el conocimiento del vendedor acerca de la pérdida era irrelevante.

Dijo el Juez McCardie: "Si el vendedor cumple con su parte del contrato embarcando las mercancías apropiadas, de la manera apropiada, en el contrato de transporte apropiado, y, si así mismo, obtiene los documentos apropiados para ser remitidos al comprador, me siento incapaz de ver cómo los derechos o deberes de cada una de las partes se ven afectados por la pérdida de la nave o de las mercancías, o por el conocimiento de tal pérdida por parte del vendedor antes de la efecti-

(2) Sassoon, David, C.i.f. and F.o.b. Contracts *en* British Shipping Laws; vol. 5; Stevens & Sons; Londres; 1968; p. 168.

(3) Sassoon, David, op. cit. p. 168.

va remisión de los documentos. Si el barco se hubiera perdido antes de la remisión de los documentos sin que el vendedor lo supiera, sería, me parece, siempre claro que él podría remitir los documentos al comprador. En mi opinión es también claro que él puede hacer una remisión efectiva al comprador aunque sepa al momento de hacer la remisión real de la pérdida del buque o de las mercancías, ya que el comprador en caso de pérdida obtendrá los documentos que negoció; y si la póliza es aquella referida por el contrato, y si la pérdida estaba cubierta por aquélla, él cobrará el dinero proveniente del seguro. La contingencia de pérdida está dentro y no fuera de la contemplación de las partes de un contrato c.i.f." El comprador, por lo tanto, cuando los documentos apropiados le son remitidos, está obligado a pagar por las mercancías aunque éstas estén al fondo del mar, o aunque a consecuencia de alguna circunstancia imprevista ellas puedan no llegar nunca, o aunque ellas se hayan perdido por alguna causa no cubierta por ellas se hayan perdido por alguna causa no cubierta por el tipo de póliza convenido y aunque el vendedor tuviera o no conocimiento de la pérdida al momento de la remisión".

Todo esto no hace sino confirmar la aseveración de que el propósito del contrato c.i.f. no es la venta de las mercancías mismas, sino la venta de los documentos relativos a ellas y tiene su fundamento legal en la bien conocida circunstancia de que en una compraventa c.i.f. el riesgo es transferido del vendedor al comprador en el momento en que las mercancías sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque, hecho éste que se produce, necesariamente, con anterioridad a la remisión de los documentos. Surgirá, probablemente, a propósito de este interesante aspecto del contrato c.i.f., la cuestión relativa a la transferencia de la propiedad y al principio *res perit domino*, pues si se sostuviera que el dominio en estos casos se transfiere junto con los documentos y ellos no han sido aún remitidos al comprador, éste no sería aún el dueño de las mercancías, y, no obstante, estaría soportando el riesgo relativo a ellas, lo que estaría contrariando la formulación de que "la cosa se pierde para su dueño". Se examinará detenidamente el problema más adelante.

Como ya será posible vislumbrar, no es exagerado afirmar que la compraventa c.i.f. no está exenta de complejidades, no sólo legales sino aún comerciales. El exportador y el importador, que, con inu-

sitada frecuencia, realizan transacciones de esta naturaleza, incorporan a ella elementos de tres contratos; esto es, los contratos de compraventa, de transporte y de seguro. Y si, como es habitual, la operación es financiada mediante un crédito documentario, elementos de un contrato más se añaden a ella. Por estas razones, tampoco resultará exagerado sostener que la celebración de una compraventa c.i.f. deberá estar rodeada de las mayores seguridades si las partes contratantes desean reducir o evitar los conflictos que puedan derivarse de tan complicada transacción.

Una de las mayores fuentes de conflictos, es, precisamente, la peculiar acepción que ha ido adquiriendo la estipulación c.i.f. en las diversas plazas mercantiles, a medida que los usos y prácticas propios de ellas o de la exportación de determinados productos han ido atribuyéndole a la noción originaria matices singulares y propios, cuyo desconocimiento puede acarrear serias consecuencias económicas. Así, un exportador y un importador, que celebraran una hipotética operación de compraventa internacional en términos "c.i.f. La Guaira, Venezuela", sin definir con toda precisión los alcances de sus respectivas obligaciones, podrían verse eventualmente envueltos en un serio litigio, pues ambas, a partir de la concepción original del término, podrían entender determinadas características del mismo de manera distinta. Uno de ellos podría entender que los riesgos sobre las mercancías se transfieren en el momento en que ellas sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque y el otro, cuando aquéllas son estibadas en las bodegas respectivas. Si las mercancías se deterioraran o perdieran durante las operaciones de carga, se desataría de inmediato una disputa en torno a quién debería soportar la pérdida, la misma que, por su considerable significación económica, terminaría siendo puesta en conocimiento de algún tribunal, con la consiguiente obstaculización de las operaciones mercantiles de las partes y con el inevitable incremento de sus costos.

Se anticipó en la parte introductoria de este trabajo cómo han sido muchos los esfuerzos desplegados por entidades o agrupaciones de índole diversa, para unificar criterios respecto de estas estipulaciones propias de las compraventas internacionales. Uno de los más trascendentes por la seriedad con que fue acometido y por el general reconocimiento que

ha recibido, es el realizado por la Cámara de Comercio Internacional (CCI) a través de la publicación de **Incoterms 1953**(4), folleto recientemente difundido en nuestro medio por el entonces Ministerio de Industria y Comercio, con la colaboración del diario La Nueva Crónica y el Banco Popular del Perú (5).

La Cámara de Comercio Internacional, como ya ha sido dicho, a partir de la constatación de las divergencias interpretativas anotadas, se propone, mediante la publicación de **Incoterms 1953**, facilitar un conjunto de reglas que permitan interpretar de manera uniforme los principales términos comerciales empleados en las compraventas internacionales en su conjunto (es decir, no circunscritas a ramas especiales de tal o cual comercio), para lo que define las obligaciones del vendedor y del comprador en once de los aludidos términos comerciales (6), de forma tal que las diversas partes en una transacción de exportación por el solo hecho de referir expresamente sus estipulaciones a las reglas de **Incoterms 1953**, estarán adoptando una interpretación homologada de las mismas. Así, si las partes en el hipotético contrato "c.i.f. La Guaira, Venezuela" propuesto líneas arriba, hubieran contratado en términos "c.i.f. La Guaria, Venezuela, **Incoterms 1953**", habrían definido los alcances de sus derechos y obligaciones tal como los había definido de antemano el mencionado texto referencial, con lo que el nivel de conflictualidad queda considerablemente reducido.

Conviene destacar, sin embargo, que **Incoterms 1953** no pretende dar una respuesta a todos los aspectos y problemas derivados de la formalización de una relación contractual dada, sino que se limita a la conclusión del contrato entre el comprador y el vendedor y, en particular, a aquellos aspectos que afectan de manera especial el cálculo del precio. "Su campo — dice Eisemann (7) — se limita a unos pocos aspectos concretos del contrato de venta: la oferta y la entrega de las mercancías, la transferencia del riesgo, la asignación de costos, la obtención de los documentos necesarios para el transporte y (en el caso del contrato c.i.f.) el seguro y otras obligaciones inherentes a la exportación o importación de mercancías (por ejemplo, documentación consular y aduanera)".

"Los **Incoterms** — continúa diciendo — regulan

una parte definida del contrato de venta, más que las condiciones fundamentales comunes a todos los contratos de venta, las que ya los contratos tipo que se utilizan en ciertas ramas del comercio (8) determinan con frecuencia en gran detalle, como son los asuntos que afectan la validez de los contratos, la transferencia de la propiedad, la imposibilidad de ejecución, los errores y falsedades, el rechazo de las mercancías defectuosas o los recursos por incumplimiento de contrato".

Igualmente, parece oportuno hacer notar que las reglas contenidas en **Incoterms 1953** ni son normas legales ni gobiernan automáticamente todos los contratos de compraventa internacional. La aplicación de aquéllas a un contrato determinado es consecuencia de que las partes, en base al principio de la libertad contractual, han pactado expresamente que su contrato se regirá por **Incoterms 1953**. No obstante, habrá circunstancias en que, aún no mediando referencia expresa a estas reglas, si se tiene presente

(4) Cámara de Comercio Internacional, Documento 166.

(5) Este folleto fue publicado en Junio de 1973 bajo la supervisión de la División de Exportaciones del Ministerio de Industria y Comercio. Lamentablemente, esta edición contiene serias imprecisiones, las cuales provienen, evidentemente, de una defectuosa traducción de la versión oficial en inglés. Ellas son de una naturaleza tal que podrían resultar distorsionando el contenido de determinadas cláusulas y, por tanto, generando conflictos interpretativos en lugar de obviarlos, como es el propósito del trabajo realizado por la Cámara de Comercio Internacional. Podría llegar a suceder que, no obstante haber ambas partes contratantes referido sus obligaciones derivadas de un mismo término de comercio (por ej. f.o.b.) a **Incoterms 1953**, por usar una de ellas una versión oficial de esta publicación y la otra, una apócrifa, estuvieran entendiendo sus obligaciones de manera diferente y se vieran, por este hecho, involucradas en un litigio. La situación anotada desmerece, pues, esta interesante iniciativa del Ministerio referido y obligaría a enmendar estas imprecisiones a la brevedad, máxime cuando existe una versión oficial de **Incoterms 1953** en español, autorizada por la C.C.I., que es la publicada por el Ministerio de Comercio de España en 1969, difundida también por la propia C.C.I.

(6) Para una información un tanto más detallada ver la primera parte de este trabajo, p. 95.

(7) Eisemann, Frederick, **Incoterms and the British Export Trade**, *en* Journal of Business Law, Londres, 1966.

(8) O también los contratos particulares que las partes puedan diseñar en función de sus propios intereses y de la transacción específica de que se trate.

la naturaleza eminentemente consuetudinaria del derecho comercial internacional, ellas puedan resultar siendo aplicables, atribuyéndoles características de la *lex mercatoria*, desde el momento que ellas reproducen las prácticas y usos más generalizados en el ámbito del comercio internacional en materia de términos comerciales. En este sentido, hay evidencias del reconocimiento tácito que ellas han recibido de parte de los tribunales británicos (9) y nada impediría que procedieran de igual forma los tribunales arbitrales a los que habitualmente son sometidos los litigios derivados de transacciones de esta índole.

2. Los documentos de embarque.

Antes de pasar a examinar las obligaciones propias del vendedor y el comprador en un contrato *c.i.f.*, tal como ellas han ido siendo configuradas por los usos y costumbres mercantiles, y posteriormente sistematizadas por Incoterms 1953, conviene estudiar, lo más detalladamente que sea posible dentro de las limitaciones de un trabajo de esta naturaleza, los llamados "documentos de embarque" propios de este peculiar contrato de compraventa internacional marítima: la factura comercial, el conocimiento de embarque y la póliza de seguro marítimo.

Dos de ellos — el conocimiento y la póliza — proporcionan una cobertura continúa desde el puerto de embarque hasta el puerto de destino, de manera tal que el comprador *c.i.f.*, pase lo que pase con las mercancías, podrá accionar directamente contra la compañía naviera, en virtud del conocimiento de embarque, y contra los aseguradores, en virtud de la póliza. Es usual remitir al comprador cuando menos dos juegos de documentos en dos envíos postales aéreos sucesivos, para así reducir el riesgo de extravío de aquéllos, aunque lo más corriente es que ellos se envíen a través de un banco de la localidad del comprador, el que los entregará a éste contra el pago del precio.

2.1 El Conocimiento de Embarque.

Nunca serán suficientemente aliviadas las circualidades de este documento en el transporte marítimo y en el comercio de exportación. De él ha dicho Schmitthoff (10) que desde el punto de vista legal es:

- a. un recibo formal emitido por el porteador que acredita que mercaderías de determinada especie, cantidad y condición, han sido embarcadas a un determinado destino en un buque también determinado, o, al menos, recibidas en custodia por el porteador con el propósito de ser embarcadas;
- b. un memorándum del contrato de transporte, que repite en detalle los términos del contrato, el mismo que ha sido concluido con anterioridad a la firma del conocimiento; y,
- c. un documento de título de las mercancías que capacita al consignatario a disponer de las cosas por endoso y entrega del mismo.

El había sido definido en 1883, con singular acierto, por el Juez británico Lord Bowen en el caso *Sanders vs. Maclean* (11) de la siguiente manera: "La carga, mientras está en poder del porteador durante la travesía marítima, es absolutamente incapaz de ser objeto de entrega física. Durante este período de tránsito y de viaje, por mérito del derecho mercantil, el conocimiento de embarque es reconocido universalmente como símbolo de aquéllas y su endoso y entrega operan como una entrega simbólica de la carga. La propiedad sobre las mercancías es transferida mediante el endoso y la entrega del conocimiento — siempre que sea intención de las partes el transferir la propiedad —, de la misma manera en que la propiedad hubiera sido transferida por la entrega real de las mercancías. Y con el propósito de transferir tal propiedad sobre las mercaderías y de completar el título del endosatario con relación a la posesión plena de aquéllas, el conocimiento de embarque mantiene su carácter de símbolo de las mercancías y lleva consigo no sólo el derecho pleno de propiedad sobre aquéllas, sino también todos los derechos originados por el contrato de transporte entre el cargador y el porteador, hasta que haya sido hecha la entrega completa de la carga a aquella persona que la reclamara debidamente en virtud de aquél. Es la llave que en las manos de su

(9) Eisemann, Frederick, *op. cit.*

(10) Schmitthoff, Clive, *op. cit.* p. 291.

(11) *en* Carver, Thomas, *Carriage of Goods by Sea*, 12a. edición *en* *British Shipping Laws*, vol. 3, tomo 2, Stevens, Londres, 1971, p. 1044.

legítimo tenedor está destinada a abrir las puertas al almacén —flotante o fijo— en el que las mercancías se encuentran”.

El conocimiento que el vendedor c.i.f. tiene que gestionar y remitir junto con los otros documentos de embarque, suele ser “embarcado”, “limpio” y “negociable”.

Será “embarcado” o “a bordo” (“shipped” o “on board” bill of lading), cuando acredite que las mercancías por él representadas han sido realmente embarcadas. De no existir un acuerdo expreso entre las partes sobre el particular, dependerá de la costumbre imperante en una determinada rama del comercio el que un conocimiento “recibido para embarque” (“received for shipment” bill of lading) o una orden de entrega (delivery order) (12) puedan sustituir a un conocimiento “embarcado” dentro de un contrato c.i.f.

En algunas circunstancias vendedor y comprador podrían haber pactado expresamente que el conocimiento fuera “recibido para embarque”, pero si el contrato no estableciera tal cosa y no existiera ninguna costumbre mercantil en este sentido, el comprador tendría expedito su derecho para exigir que el conocimiento fuera “embarcado”. Igualmente, las partes podrían haber acordado que el vendedor estaría facultado para reemplazar el conocimiento de embarque por una orden de entrega, por exigirlo o hacerlo recomendable así las circunstancias. A no ser que las partes hayan definido la orden de entrega de una manera distinta, se entenderá por ella una orden de entrega dirigida al buque (“ship’s” delivery order), dando al comprador un derecho directo de acción contra el porteador con relación a la carga transportada.

El contrato c.i.f. que dispusiera que el conocimiento de embarque pudiera ser reemplazado por una orden de entrega de diferente naturaleza (dirigida a un agente del vendedor en el puerto de destino, por ejemplo); dejaría de ser un verdadero contrato c.i.f., pues su tenedor no tendría, en virtud de ella, ninguna relación directa con el porteador y para poder ejecutarla tendría que esperar a que las mercancías llegaran al puerto de destino y que ellas fueran retiradas del barco por el tenedor del conocimiento — probablemente, un agente del vendedor —

para recién poder tener acceso a ellas mediante la presentación de la orden de entrega aludida a quien tuviera en su poder las mercancías. El vínculo directo con el porteador habría quedado así interrumpido.

El conocimiento tendrá que ser, adicionalmente, “limpio” (“clean” bill of lading); es decir, no deberá contener anotaciones sobreañadidas que aludan al defectuoso estado de la carga o del embalaje que las contiene (13). Vale la pena recordar que el porteador que emita un conocimiento que establezca que las mercancías han sido embarcadas “en aparente buen orden y condición”, está emitiendo un conocimiento “limpio”. Esta es una mención corriente en todos los formatos impresos de conocimientos de embarque y ella no “ensucia” al documento.

Y, por último, el conocimiento tendrá que ser “negociable”. Por las funciones que cumple dentro del contrato c.i.f., no es dable pensar — en circunstancias normales — en un conocimiento de embarque que no sea emitido contando con esta importante característica. Sólo siendo “negociable” es que

(12) A diferencia del conocimiento “embarcado”, el “recibido para embarque” sólo acredita que determinadas mercancías han sido recibidas por el porteador para su posterior embarque, por lo que, al no confirmar que el embarque ha comenzado, su valor mercantil es bastante menor que aquél del primero. La orden de entrega es un documento utilizado con frecuencia para fraccionar el conocimiento de embarque cuando el comprador recibirá sólo parte de un lote de mercancías mayor cubierto por un sólo conocimiento, caso en el que, como es evidente, no sería práctico transferirle este último. Ella es dirigida contra la persona que está en posesión de las mercancías: el porteador o un agente del vendedor en el puerto de destino y, según sea el caso, se llamará orden de entrega “sobre el buque” (“ship’s” delivery order) o “sobre los agentes del vendedor”. Solamente la primera confiere a su tenedor similares derechos que el conocimiento de embarque vis a vis el porteador y, por tal razón, sólo ella puede reemplazar válidamente al conocimiento en un contrato c.i.f.

(13) Ver la primera parte de este trabajo, p. 102, y, en particular, las notas No. 22 y No. 23 a pie de página.

el conocimiento permitirá disponer, en una o en sucesivas y diversas transacciones de compraventa o de crédito, de las mercancías en viaje por él representadas. Si se recuerda que en realidad el conocimiento "es" las mercancías en viaje, un documento de este tipo emitido como "negociable" hace a aquéllas "negocialbes".

Incoterms 1953 — y no sólo la práctica mercantil que él sistematiza y propone — exige que, salvo pacto expreso en contrario, el conocimiento de embarque en un contrato c.i.f. ortodoxo ha de ser "embarcado", "limpio" y "negociable".

2.2 La póliza de seguro marítimo.

La póliza que el vendedor c.i.f. remite a su comprador ha de proveer una cobertura contra los riesgos usuales en el tipo de comercio específico del caso durante toda la travesía, ya que de no ser así, el comprador no estaría recibiendo la protección que contrató obtener al celebrar el contrato c.i.f. (14). Es en virtud de este documento que en caso de pérdida el comprador podrá recobrar el monto del daño sufrido por él de los aseguradores y, por tanto, sus características han de ser suficientes como para posibilitar esta acción. No escapará a ningún lector avisado la enorme importancia de este documento, y menos a quien intervenga, directa o indirectamente, en una transacción en términos c.i.f., caso en el cual es aconsejable tomar el mayor cuidado al precisar los alcances de la cobertura de la póliza a obtener por el vendedor.

Esta precisión deberá descender al detalle de los riesgos que serán cubiertos por ella (por ejemplo, si debiera ser una póliza, "contra todo riesgo" o si debiera cubrir riesgos de guerra), como también al monto de la cobertura (usualmente, el "valor razonable", de las mercancías, que incluye el costo de éstas, la comisión, los gastos de embarque y la prima de seguro).

Si en particular el comprador no fuera lo suficientemente precavido como para solicitar una cobertura de seguro adecuada a sus intereses, bien po-

dría suceder que habiendo pagado el precio y habiéndose perdido las mercancías, él no pudiera recobrar suma alguna de los aseguradores, por no estar cubierto el riesgo que acabó con ellas, como ya ha sido dicho.

A propósito de esto, cuando se analicen las obligaciones del vendedor y del comprador tal como Incoterms 1953 las propone, llamará la atención observar que el seguro allí considerado es uno en condiciones FPA ("free of particular average" o "libre de avería particular"); y, que los riesgos de robo, pillaje, rotura, derrame y otros muy comunes, son tenidos como "especiales" y, por tanto, como merecedores de un acuerdo de cobertura expreso entre vendedor y comprador.

No parece necesario insistir en dejar en claro que el requisito de la obtención del seguro por el vendedor es una condición esencial del contrato c.i.f. y que en la eventualidad de que el vendedor no lo hubiera contratado, el comprador tendrá expedido su derecho para rechazar las mercancías no aseguradas, aún cuando éstas hubieran llegado al puerto de destino en perfectas condiciones, pues, entre otras consideraciones, el precio c.i.f. pagado por él incluía el costo del seguro. Sassoon (15) refiere el caso inglés, *Orient Co. Ltd. vs. Brekke and Howlid*, en el que los compradores rechazaron las mercancías no aseguradas, no obstante haber llegado éstas en buen estado a su poder.

Conviene hacer notar que la práctica moderna ha sustituido, en buena parte de los casos, el uso de pólizas por el de certificados de seguros. Si los vendedores tienen un movimiento mercantil en términos c.i.f. más o menos considerable, probablemente tendrán una **póliza flotante** que cubre una cantidad no especificada de mercancías que han de ser embarcadas dentro de un período de tiempo determinado, la misma que describe el seguro en términos generales. En cada caso concreto, el vendedor, mediante la presentación de una aplicación o declaración a los

(14) Se ha hecho habitual que las pólizas incluyan la cláusula "de almacén a almacén" ("warehouse to warehouse") que extiende la protección desde antes del embarque hasta después de él, bajo determinadas condiciones.

(15) Sassoon, David, op. cit., p. 134.

aseguradores, materializará el seguro correspondiente a cada embarque. En estos casos no obtendrá una póliza para ser remitida al comprador, sino simplemente un certificado de seguro o una nota de cobertura, que confieren al comprador similares derechos que una póliza. El contrato de compraventa proveerá, en estos casos, que el comprador deberá aceptar "una póliza y/o certificado y/o notas de cobertura". En ausencia de expresiones de esta naturaleza, el comprador podría exigir que se le remitiera una póliza y no un certificado de seguro. Incoterms 1953 contempla la posibilidad de sustitución de la póliza por un certificado.

2.3 La factura comercial

Ella debe ser emitida en estricto acuerdo con los términos del contrato de compraventa, al que alude directamente, describiendo las mercancías embarcadas y consignando el precio a pagar por el comprador. Con frecuencia, éste recibe, antes que el juego completo de documentos de embarque, una factura provisional que le proporciona información sobre las mercancías que le han sido destinadas y que no es otra cosa que una anticipación de la forma como el vendedor pretende cumplir su parte del contrato.

En ocasiones la factura tiene que ser extendida en un formato oficial o ella tiene que ser consular. No obstante, es el "documento de embarque" menos complicado en lo que a sus características y forma de generación se refiere (lo emite el propio vendedor).

2.4 Otros documentos de embarque.

Las partes podrían haber acordado expresamente que, además de los tres documentos principales propios del contrato c.i.f., se incluyeran otros, como, por ejemplo, la póliza de fletamento o un certificado de origen o de calidad. Sólo en este caso la omisión en remitirlos tendrá las mismas consecuencias que la omisión en remitir los documentos principales. Usualmente, la frecuente mención aparecida en los conocimientos de embarque de "todas las condiciones y excepciones según la póliza de fletamento..." no hace obligatoria la remisión de ella junto con los demás documentos (16). Debe haber pacto expreso sobre el particular. No obstante, como se verá, Incoterms 1953 sostiene lo contrario al

presentar las obligaciones del vendedor c.i.f. (No. 7, in fine).

2.5 El rechazo de los documentos.

El comprador en un contrato c.i.f. tiene abierto su derecho para rechazar tanto los documentos como las mercancías, si ellos no se ajustan a las estipulaciones contractuales, pero hay que destacar que ambos derechos son autónomos. El derecho a rechazar los documentos surge cuando éstos son presentados al comprador y el derecho a rechazar las mercancías, cuando éstas son desembarcadas. Ambos se presentan al comprador en el orden en que vienen de ser consignados.

En el momento en que el comprador considera, por alguna razón fundada, la posibilidad de rechazar los documentos, no solamente todavía no habrá pagado el precio, sino que no habrá tomado posesión de las mercancías, pues, como es sabido, ellas sólo le serán entregadas por el porteador cuando aquél las canjee por el conocimiento de embarque.

Si pagado el precio y recibidas las mercancías, el comprador decide rechazar estas últimas, las circunstancias pueden ser diametralmente distintas, pues en el intervalo él puede haberlas ya prendado o revendido, en virtud de los documentos que las representan.

Por virtud de estos dos derechos de rechazo, que no son otra cosa que formas particulares de rescisión del contrato, el comprador no pierde su derecho a reclamar por los daños derivados del incumplimiento de alguna obligación relacionada con los documentos por haber ya perdido su derecho a rechazar las mercancías (17).

3. Las obligaciones de las partes.

Como se había anticipado, se examinarán a continuación las obligaciones del vendedor y del com-

(16) Sassoon, David, op. cit., p. 78, a propósito del caso *Finska Cellulosaforeningen vs. Westfield Paper Co. Ltd.*

(17) Cuando, por ejemplo, se ha establecido expresamente en el contrato un plazo para ejercitar este derecho. Para más detalles sobre este punto ver Sassoon, David, op. cit., p. 227 y s.s.

prador en una compraventa en términos c.i.f. Si se recuerda que la estipulación en estudio ha ido siendo perfilada a lo largo de muchísimas décadas (18) por los usos y costumbres mercantiles, y si se reconoce que en ese hecho se sustentan no sólo su riqueza, sino el universal acuerdo sobre sus características esenciales, probablemente se tendrá que reconocer, igualmente, la enorme utilidad de Incoterms 1953 como texto que propone una acepción unívoca de aquellas obligaciones, para con ella evitar o reducir los conflictos interpretativos que aquella gran riqueza y amplísima y diversificada utilización traen inevitablemente consigo.

El método a seguir será el mismo utilizado para el caso de la estipulación f.o.b. en la primera parte de este trabajo (19). Es decir, se irán repasando, una a una, las obligaciones del vendedor y el comprador c.i.f. tal como las presenta Incoterms 1953. No obstante, como algunas de estas obligaciones son similares a las de las partes en una estipulación f.o.b., este hecho obviará, en ciertos casos, el examen exhaustivo de aquéllas y evitará innecesarias reiteraciones.

3.1 Obligaciones del vendedor.

El vendedor deberá:

1. **Enviar las mercancías de acuerdo con los términos del contrato de compraventa, así como todos los documentos exigidos en dicho contrato, en prueba de conformidad.**

Esta elemental obligación del vendedor tiene como contraparte el derecho del comprador de rechazar las mercancías a su llegada si ellas no se ajustan en calidad y cantidad a las descritas en el contrato de compraventa. Este derecho, como ya se ha mencionado, sólo puede ejercitarse luego de haberse pagado el precio contra la presentación de los documentos y luego de haber recabado la entrega de aquéllas.

Los documentos a los que alude esta obligación no son los llamados "documentos de embarque", sino aquellos requeridos para evidenciar la naturaleza de las mercancías. Una defectuosa traducción de la versión oficial de Incoterms 1963 podría hacer pensar que los "documentos" aquí aludidos son el conocimiento de embarque, la póliza de seguro maríti-

mo y la factura comercial y no es así (20). A ellos harán referencia expresa otras obligaciones del vendedor.

2. **Contratar a su costa, y en las condiciones usuales, el transporte de las mercancías hasta el punto de destino convenido, y por la ruta habitual, en un buque trasatlántico (que no sea un velero) del tipo normalmente empleado para transportar las mercancías del género de las descritas en el contrato; deberá asimismo pagar los fletes y los gastos de descarga de las mercancías en el puerto de desembarque que puedan cobrar las líneas regulares de navegación en el momento de cargarlas en el puerto de embarque.**

Esta es la primera obligación propia de un vendedor c.i.f.: la contratación, a su costa, del transporte de las mercancías hasta el puerto de destino convenido. Se había mencionado que el orden en el que Incoterms 1953 iba presentando los diversos términos comerciales que eran su objeto, aludía a un incremento progresivo de las obligaciones del vendedor, a partir del primero de ellos ("En Fábrica"), que implica para quien vende poner en su fábrica, almacén, etc., las mercancías objeto del contrato a disposición del comprador. Aquí el vendedor tiene, por lo pronto, una obligación más — con el consiguiente incremento de sus costos — que el vendedor f.o.b.

El vendedor c.i.f. deberá celebrar un contrato de transporte marítimo (de fletamento parcial o total o, simplemente, de mercancías sueltas bajo el régimen de conocimientos de embarque) con una compañía naviera, que tenga por objeto transportar las mercancías vendidas hasta el puerto convenido con el comprador, pagando él el flete y los gastos de carga y descarga que pueda cobrar dicha compañía y obteniendo el correspondiente conocimiento de embarque.

Respecto de los gastos de descarga, hay que

(18) El primer caso c.i.f. registrado por los tribunales británicos data de 1862.

(19) Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 31, Lima, 1973, p. 94.

(20) La obligación examinada dice en su versión oficial en inglés: "Supply the goods in conformity with the contract of sale, together with such evidence of conformity as may be required by the contract".

aclarar que pagará los gastos de esta índole que se vayan a originar en el puerto de desembarque, sólo cuando la compañía naviera así lo exija al momento de cargar las mercancías en el puerto de embarque. Ellos, en cualquier caso, le serán transferidos al comprador en el precio c.i.f. que él deberá pagar. Esta aclaración parece necesaria, pues una lectura poco acuciosa de la obligación del comprador No. 2 (21) podría hacer suponer que la compañía naviera cobra los gastos de descarga tanto al vendedor como al comprador.

Incoterms 1953 precisa, en términos más o menos amplios, cuáles deben ser las características del contrato de transporte a celebrar por el vendedor, dejando mayores precisiones a pactos contractuales expresos. Así, el contrato deberá ser el "usual y razonable en el mercado" (22). El vendedor no está, por lo tanto, obligado a desplegar especiales esfuerzos para contratar un transporte particularmente poco costoso, ni deberá incurrir en contrataciones más onerosas que las usuales. Serán, probablemente, los servicios de compañías navieras "conferenciadas", con tarifas de fletes regulares y adecuadamente publicitadas, los que aquél contratará preferentemente.

La elección del vendedor en lo que al buque respecta, no sólo tendrá una incidencia directa en el precio a pagar por el comprador — a través de la ponderación del flete en aquél —, sino en la ruta a seguir, en los puertos a tocar antes de llegar al de destino, en eventuales transbordos y, en definitiva, en el tiempo que transcurrirá antes de la llegada de las mercancías.

En la mayor parte de los puertos comerciales de los países involucrados en transacciones de exportación existen puntos de referencia, más o menos claros, para determinar, en lo que a todos estos aspectos respecta, lo que es "usual y razonable en el mercado". En los casos en que así no sea, las partes harán bien en tomar las precauciones debidas.

Si en el contrato c.i.f. se estipulara un tipo específico de buque a contratar por el vendedor, esta cláusula deberá ser rigurosamente cumplida. En el viejo caso británico *Ashmore & Son vs. C.S. Cox & Co.* (23), se aludía a que el transporte debía efectuarse en un "velero o veleros" y esto se convirtió

en una condición del contrato y el transporte, por tanto, debió ser hecho en un velero. Un contrato c.i.f. hecho al amparo de Incoterms 1953 excluiría el transporte en un buque a vela, el que, por lo demás, resulta anacrónico en la mayor parte de los puertos del mundo hoy en día.

En el caso norteamericano *Scaramelli & Co. vs. Courteen Seed Co.* (24) relativo a un contrato de venta de semillas de clavo de olor a ser embarcadas en Italia c.i.f. Nueva York, la Corte Suprema de Wisconsin sostuvo que el vendedor había incumplido al embarcar las mercancías en un buque "tramp" (25) que demoró 45 días para llegar al puerto de destino, cuando lo usual en el mercado era contratar un buque que hiciera la travesía directa.

En un contrato c.i.f. puede también establecerse que el embarque se efectúe en un puerto específico y que el transbordo de las mercancías quede expresamente prohibido. En estos casos, el comprador tiene derecho a un conocimiento de embarque que pruebe el transporte continuo desde el puerto de embarque hasta el de puerto destino. El conocimiento no podría tener una cláusula de transbordo y, si la tuviera, el comprador podría rechazarlo si en virtud de aquella las mercancías hubieran sido embarcadas en otro puerto o transbordadas.

(21) Cuando dice "... pagar todos los gastos que hayan producido las mercancías durante el transporte por mar . . . , así como también los gastos de descarga . . . ," pero ella continúa diciendo, "a menos que esos gastos hubieran quedado incluidos en el flete o los hubiera cobrado la compañía de navegación en el momento de pagar el flete . . .".

(22) *Sassoon, David*, op. cit. p. 71.

(23) Comentado en *Sassoon, David*, op. cit. p. 45. El caso data de 1899.

(24) *Sassoon, David*, op. cit. p. 45.

(25) "Debemos distinguir aquí el buque de línea del buque "tramp", es decir, el buque que opera en forma regular y según itinerarios fijos, del buque ocasional dedicado principalmente al transporte de mercaderías a granel: cereales, carbón, minerales y que opera comúnmente mediante fletamentos totales o parciales en los tráficos más remunerativos" de *González Lebrero, Rodolfo A.*, *Manual de Derecho de la Navegación*, Depalma, Buenos Aires, 1964, p. 54. El buque "tramp" es llamado también "changero" en nuestro medio.

Cuando el transbordo ha sido expresamente convenido o no ha sido prohibido, el comprador puede reclamar un conocimiento extendido por el último porteador o solicitar que se le extienda un conocimiento de embarque "directo" ("through" bill of lading).

La estipulación relativa al puerto de destino también es determinante. Si en un contrato c.i.f. Liverpool, las mercancías fueran desembarcadas en Manchester y de allí transportadas, sanas y salvas, en una barcaza hasta Liverpool, el conocimiento de embarque podría ser rechazado válidamente. Diversos casos jurisprudenciales respaldan esta afirmación.

Cabe la posibilidad de que el vendedor — quien incluirá en el precio que él cobre al comprador el flete originalmente pagado por él a la compañía naviera — se beneficie con este arreglo y obtenga así una utilidad adicional. Si el vendedor mantiene una relación comercial sustancial y regular con el país del comprador, puede resultar favorecido con la contratación del transporte, pues puede obtener un flete por debajo del ordinario, a través de alguno de los sistemas que las conferencias de fletes tienen establecidos para este efecto; o, puede estar en condiciones de agrupar varias partidas de carga dirigidas por él con destino a uno o más compradores en el mismo puerto, a fin de hacer mejor uso del espacio que ha contratado en el buque, con el consiguiente beneficio.

Asimismo, puede beneficiarse con la eventual diferencia existente entre el demurrage (26) liquidado entre él y el porteador y el que pueda recobrar del comprador. (27) Este último puede haber sido el pactado en el contrato de transporte; y, el realmente cobrado por el porteador al cargador (vendedor en el contrato de compraventa), puede haber sido inferior.

3. Obtener, por su cuenta y riesgo, las licencias de exportación o cualquier otra autorización administrativa que resulte necesaria para exportar las mercancías.

Esta obligación no requiere de mayor comentario. Es obvio que si el vendedor actúa como exportador, sea él, y no el comprador, quien gestione por su cuenta y riesgo estos documentos, a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en una venta "en fábrica".

4. Cargar las mercancías, a su costa, a bordo del buque, en el puerto de embarque, en la fecha fijada o dentro del período convenido, o bien, de no haberse fijado fecha o período, en un plazo razonable, y notificar al comprador, sin pérdida de tiempo, que las mercancías han sido cargadas a bordo del buque.

En cierta medida, esta es una obligación complementaria de la contienda en el numeral 2.

El vendedor puede optar entre embarcar efectivamente las mercancías en el puerto de embarque o comprar — para luego vender — mercancías "a flote" de las descritas en el contrato de compraventa. La opción de cumplimiento del contrato mediante la elección de uno de estos métodos alternativos es, en ausencia de estipulación expresa, en contrario, privilegio del vendedor. Si, no obstante, uno de los métodos se torna imposible, el vendedor está obligado a adoptar el otro.

Así, por ejemplo, cuando el vendedor intenta embarcar las mercancías en el puerto, pero no puede hacerlo por razones que escapan a su control (prohibiciones de exportación, huelgas, embargos o causas similares), debe, salvo que ello sea ilegal, obtener las mercancías "a flote" para poder cumplir con las obligaciones adquiridas con el comprador. En cualquiera de los casos, debe remitir al comprador los "documentos de embarque" adecuados; entre ellos, el conocimiento o la orden de entrega que lo facultan para reclamar las mercancías a su llegada.

Sin embargo, las partes pueden haber modificado esta regla mediante un pacto contractual expreso que obligue a embarcar las mercancías en el puerto especificado en el contrato. Si, en esta eventualidad, el vendedor no pudiera embarcar en el puerto por razones del tipo de las expresadas en el párrafo precedente, no tendría que probar que, de la misma manera, se vió impedido de comprar mercancías "a flote".

(26) Sobrestadías. Para mayores detalles, ver la primera parte de este trabajo, p. 106, nota No. 27.

(27) Así fue establecido en *Houlder Bros. vs. Commissioner of Public Works*, caso citado por *Sassoon, David, op. cit.*, p. 76.

Ya se ha comentado el aspecto relativo a la obligación de cargar las mercancías en el puerto de embarque. Las estipulaciones del contrato c.i.f. relativas a la oportunidad y lugar de embarque deben ser consideradas como condiciones ordinarias del contrato y su incumplimiento posibilita el rechazo de los documentos.

En lo que a la oportunidad se refiere, Incoterms 1953 contempla:

- a. que se haya fijado una fecha o convenido un período para cargar, en cuyo caso esta operación deberá llevarse a cabo en esa fecha o período, ya que, de lo contrario, se pueden generar perjuicios para el comprador y éste puede rechazar los documentos; y,
- b. que no se haya fijado ni fecha ni período para cargar, caso este en el que la operación deberá realizarse en un plazo razonable.

No obstante, el vendedor será, casi siempre, el más celoso guardián de estos plazos, ya que en su calidad de cargador en el contrato de transporte celebrado con el porteador, habrá aceptado las estipulaciones que éste último le haya presentado en lo que a estadías, sobrestadías (o demurrage) y despatch money respecta (28), todas ellas con un importante contenido económico.

Aunque pueda resultar curioso, en la jurisprudencia internacional sobre la materia existe un conocido caso (29) en el que en un contrato c.i.f. para la venta de arroz a ser embarcado en la India "durante marzo o abril de 1874", se falló en el sentido de que el contrato había sido incumplido al haberse producido el embarque en febrero. Este hecho tuvo implicancias en lo que al pago del precio y a las operaciones de reventa respectaba. Los compradores habrían calculado disponer de la financiación requerida para el pago del precio en una oportunidad condicionada a que los embarques se efectuaran durante marzo y abril y no antes; e, igualmente, habrían adquirido compromisos de venta con terceros compradores a materializarse en una oportunidad también condicionada al período de embarque aludido.

Es claro que cuando una compraventa c.i.f. establece un período de envío — como, por ejemplo,

"durante marzo o abril" — éste favorece al vendedor, quien puede embarcar entre el primer día del mes de marzo y el último de abril, salvo que se haya pactado alguna limitación expresa en este sentido.

Como, normalmente, el contrato c.i.f. provee que el vendedor remita al comprador un conocimiento de embarque "embarcado", la fecha de este documento será una evidencia inequívoca del cumplimiento de la obligación de cargar en una oportunidad convenida. Pero si se hubiera pactado expresamente que el vendedor podría obtener — y remitir al comprador — un conocimiento "recibido para embarque", deberá entenderse que la fecha o período establecidos para el embarque quedan satisfechos no cuando éste efectivamente se produce, sino cuando las mercancías han sido entregadas al porteador. Sin embargo, como en casos como éste puede transcurrir un tiempo considerable — al menos para los intereses del comprador —, entre el momento en el que las mercancías son entregadas al porteador y aquel en el que se produce el embarque efectivo y el inicio del transporte, convendría fijar ciertos límites de tiempo dentro de los cuales la operación de carga debería producirse necesariamente.

Según Incoterms 1953, esta obligación del vendedor debe terminar con la notificación al comprador, "sin pérdida de tiempo", de que las mercancías han sido cargadas a bordo del buque. Esto último, porque el texto referencial de la Cámara de Comercio Internacional no contempla el caso de contratos c.i.f. con conocimientos "recibidos para embarque", pero si ellos fueran expresamente pactados, habría que entender que la notificación al comprador debería referirse a la entrega de las mercancías al porteador. En cualquiera de los casos, la fecha del conocimiento de embarque será, como ya se ha dicho, la mejor prueba de la fecha en que aquellas fueron cargadas o entregadas al porteador.

Esta notificación podría ser de suma importan-

(28) Estos conceptos han sido ya definidos en la primera parte de este trabajo, p. 106, nota No. 27, y p. 111, nota No. 40.

(29) Bowes vs. Shand, comentado por Sassoon, David, op. cit. p. 47.

cia para el comprador si él deseara tomar, por su propia cuenta, un seguro adicional (que cubriera riesgos no incluidos de ordinario en la póliza usual en el mercado) tan pronto como las mercancías fueran cargadas.

- 5. Obtener, por su cuenta y con carácter transferible, una póliza de seguro marítimo que cubra los riesgos de transporte a que da lugar el contrato. El seguro deberá ser contratado con aseguradores o compañías de seguro de buena reputación, en las condiciones FPA, enumeradas en el apéndice I (30), debiendo cubrir el precio c.i.f. más un 10 por ciento adicional; si es posible obtenerla, el seguro se concertará en la moneda del contrato. Salvo estipulación en contrario, los riesgos del transporte no incluirán riesgos especiales de un tráfico determinado o que el comprador desee asegurar por separado. Entre esos riesgos especiales que deben ser objeto de acuerdo expreso entre vendedor y comprador figuran los de robo, pillaje, derrame, rotura, desconchado, condensación, contacto con otras mercancías y otros riesgos peculiares de un determinado tráfico. A petición del comprador, y por cuenta de éste, el vendedor concertará un seguro contra riesgos de guerra en la moneda del contrato, si es posible obtenerla.**

Como ya ha sido visto, en un contrato c.i.f. es esencial que las mercancías objeto del mismo sean aseguradas contra pérdida por cuenta del vendedor y que éste obtenga una póliza de seguro marítimo (o un certificado) para ser transferida al comprador como uno de los "documentos de embarque".

La obligación del vendedor es, pues, de ordinario, procurar la cobertura de seguro pactada en el contrato de venta y transferir al comprador el documento que el mismo contrato prescriba.

Incoterms 1953 se refiere a una póliza "que cubra los riesgos de transporte a que da lugar el contrato". Esto podría hacer suponer que, en cada caso concreto, aún en ausencia de pacto expreso al respecto, el vendedor tendría que tomar un seguro contra todos los riesgos propios del contrato de transporte que él mismo ha celebrado con la compañía naviera. Así, por ejemplo, si al momento de

celebrar aquel contrato, las circunstancias hicieran aconsejable tomar un seguro contra riesgos de guerra, el vendedor debería hacerlo. No obstante, esto no es así. Como se verá, el texto referencial aludido especifica luego cuáles serán las características del seguro a tomar si no mediara acuerdo expreso en contrario en este sentido y conviene adelantar que aquellas características son bastante favorables a los intereses del vendedor.

Usualmente, en ausencia de estipulaciones distintas, el vendedor debería contratar un seguro con una compañía de buena reputación, con el objeto de cubrir, durante el tránsito contemplado en el contrato de transporte, a las mercancías objeto del contrato de venta de los riesgos propios del mercado (con referencia a las mercancías concretas de que se tratare, al tipo de buque, a la ruta establecida, al puerto de destino, así como a cualquier otra consideración que pudiera tener incidencia en los riesgos), por un monto que represente el valor razonable de aquéllas (31).

No es indispensable que la póliza sea obtenida para beneficio inmediato del comprador, sino que ésta puede ser obtenida a nombre del vendedor y luego endosada al comprador, sin que este hecho enerve el contrato c.i.f.

Se ha dicho ya que el documento representativo del seguro a transferir o remitir al comprador puede ser una póliza o un certificado de seguro. Si es este último, debe conferir al comprador tantos derechos como le conferiría la póliza en caso de haberle sido remitida.

En lo que a los términos de la póliza concierne, dejarlos librados a los usos del mercado puede no ser una buena práctica, ya que por una inadvertencia derivada, por ejemplo, de la falta de uniformidad con que aquéllos son entendidos, podría surgir una seria divergencia interpretativa entre las partes; el comprador podría pretender rechazar los docu-

(30) Incoterms 1953 explica que ellas han sido recogidas previa consulta con la Unión Internacional de Seguros Marítimos. Para conocerlas, consultar cualquier edición del texto referencial mencionado.

(31) En determinados ramos comerciales puede ser usual, inclusive, tomar una póliza que incluya riesgos previos al embarque.

mentos; y, aún, haber quedado éste sin la protección que el seguro debe prestarle, al haberse perdido las mercancías a consecuencia de un riesgo no cubierto o excluido.

El seguro usualmente contratado excluye, sin embargo, riesgos de guerra. Por tanto, si la póliza contiene la cláusula "libre de captura y secuestro" (32) seguirá siendo una póliza adecuada para un contrato c.i.f. ordinario.

Incoterms 1953 dispone que el seguro a tomar por el comprador sea "en las condiciones FPA". Las siglas corresponden a "free of particular average"; esto es, a "libre de avería particular". Bajo estos términos, los aseguradores no responden por pérdidas parciales ("averías particulares"), sino por pérdidas totales ("averías generales"). "Cuando el comprador desee ampliar el grado mínimo de responsabilidad en el contrato tendrá que especificar claramente que las bases del contrato son los "Incoterms 1953" con las condiciones adicionales que desee. Por ejemplo, si desea el seguro WA en lugar del FPA, el contrato deberá estipular "Incoterms 1953 c.i.f. más seguro WA". (33).

Las condiciones WA ("with average" o "con avería") implican que el seguro no sólo cubre la pérdida total, sino también la pérdida parcial. "Generalmente el término "with average" es usado sólo en casos de seguros de carga y los riesgos cubiertos por él están limitados a aquellos impresos en el formulario de la póliza. Los riesgos pueden ser ampliados por convenio con el asegurador, en cuyo caso deberán ser específicamente incorporados a la póliza" (34).

Lo que llama la atención es que el seguro propuesto por Incoterms 1953 no incluya, salvo estipulación en contrario, los "riesgos especiales de un tráfico determinado", con lo que la afirmación contenida en el primer párrafo del enunciado de esta obligación, relativa a que el seguro deberá cubrir "los riesgos de transporte a que da lugar el contrato", no tiene mayor sentido, pues muchos de estos últimos quedan expresamente excluidos por la precisión comentada. El texto de la CCI alude a que la póliza tampoco incluirá los riesgos que el comprador desee asegurar por separado.

Más aún, sorprende que Incoterms 1953 consi-

dere como "riesgos especiales", que deberán ser materia de acuerdo expreso entre vendedor y comprador, al robo, pillaje, derrame, rotura, desconchado (o astillado), condesación, entre otros, siendo que algunos de estos son riesgos particularmente presentes en las transacciones de exportación.

El seguro propuesto tampoco incluye riesgos de guerra y esto se concilia con la práctica más generalizada sobre el particular, que, como se ha visto, establece que habitualmente la póliza incluya la cláusula "free of capture or seizure", por lo que si se desea que este riesgo sea cubierto, lo será por cuenta del comprador. Muchos son los casos que en la jurisprudencia internacional respaldan esta tesis (35).

Incoterms 1953 establece también que el monto del seguro cubra el precio c.i.f. más un 10 por ciento adicional. Es corriente convenir que la suma cubierta sea el "valor razonable" de las mercancías, pero la determinación de este último puede ser materia de conflicto. En todo caso, se tratará del valor de aquéllas en el puerto de embarque y no en el puerto de destino, ya que el vendedor, comúnmente, desconocerá cuál será éste.

Se ha discutido si el flete a pagar deberá o no ser incluido. Normalmente lo es. Incoterms 1953 lo establece claramente, al disponer que el seguro cubra el valor c.i.f. (36) más un 10 por 100 adicional.

(32) "Free of Capture and Seizure" ("f.c. and s.") en inglés.

(33) Esta observación aparece en Incoterms 1953 en una nota a pie de página relativa a la obligación de vendedor No. 5 que ahora se examina.

(34) Brown, R. H. Dictionary of Marine Insurance Terms, 3a. edición, Witherby, Londres, 1968.

(35) C. Groom Ltd. vs. Barker; Oulu Osakayetio vs. Laver, entre otros. Citados y comentados en Sassoon, David, op. cit.; Carver, Thomas, op. cit.; y, Schmitthoff, Clive, op. cit.

(36) El valor c.i.f., como es evidente, incluye, además del precio de las mercancías, el precio del transporte y el del seguro.

Aunque no queda especificado, este porcentaje adicional probablemente representa una cobertura promedio por cualquier incremento en el valor que pueda producirse entre la fecha de celebración del contrato de compraventa y la fecha de embarque o por cualquier otra contingencia de esta naturaleza no prevista.

Antes de concluir este análisis, parece conveniente insistir, una vez más, en el hecho de que la protección provista por el tipo de seguro que Incoterms 1953 plantea es precaria y que el comprador que desee — siempre dentro del marco de Incoterms 1953, en lo que a los demás aspectos del contrato se refiere — una protección más adecuada, debe pactarla expresamente con el vendedor, si no quiere ver sus intereses eventualmente desguarnecidos.

6. A reserva de lo dispuesto en el número 4 del apartado B (37) asumir los riesgos de las mercancías hasta el momento en que éstas hayan efectivamente sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque.

No parece necesario reiterar lo dicho ya — extensamente — al comentar las obligaciones del vendedor f.o.b. (38), respecto del tan peculiar momento en el que el riesgo es transferido del vendedor al comprador en un contrato c.i.f., puesto que éste es el mismo: el momento en que las mercancías hayan sobrepasado la **borda del buque** ("the ship's rail"). Valgan aquí también todas las críticas y recomendaciones hechas en esa oportunidad respecto, éstas últimas, de la conveniencia de que las partes modificaran expresamente esta cláusula, para introducir en ella una estipulación que establezca — de manera inequívoca y comprobable — el momento en que los riesgos son transferidos. Esta cláusula debería hacer referencia a un hecho más concreto y objetivo que el sobrepasar la borda del buque, ej., el colocar la carga sobre cubierta.

Lo que es incuestionable es que, por pacto contractual expreso, las partes en un contrato c.i.f. establecen que el riesgo será transferido del vendedor al comprador al momento mismo del embarque, con la "precisión" ya comentada de la referencia a la borda del buque; esto es, bastante antes de que se remitan al comprador los "documentos de embarque", pues, al mismo tiempo, se le confiere la protección del seguro, a la que ya se ha hecho alusión.

Esto plantea la interesantísima cuestión de la transferencia de la propiedad en una compraventa c.i.f., pues, aunque Incoterms 1953 no se pronuncie sobre ella, tradicionalmente se ha entendido que riesgos y propiedad son usualmente transferidos en forma conjunta, pues, en virtud del principio **res perit domino**, quien soporta el riesgo debe ser el **res perit domino** titular del dominio y, viceversa, el titular del dominio debe soportar el riesgo de las mercancías.

¿Sucede en un contrato c.i.f. lo mismo? ¿Riesgo y propiedad son transferidos al momento del embarque? o ¿es que el riesgo pasa al momento del embarque (al sobrepasar las mercancías la borda del buque) y la propiedad es recién transferida con la remisión de los documentos, produciéndose una clara distinción entre ambos momentos y, por tanto, una situación que no se concilia con el principio **res perit domino**, pues en el intervalo que media entre el embarque y la remisión de los documentos está soportando el riesgo quien aún no es dueño? o ¿es que la propiedad se transfiere al momento del embarque junto con el riesgo, pero que ella es, en ese momento, una propiedad que no será plena hasta que se transfieran los documentos al comprador, pues sólo entonces éste podrá ejercer los derechos inherentes al dominio, con lo que el principio **res perit domino** no resulta contrariado? Se tratará de responder en forma conjunta a estos interrogantes en los párrafos siguientes. No obstante, resultará ilustrativo tener en cuenta lo dicho en la primera parte de este trabajo respecto de la transferencia de la propiedad en el contrato f.o.b., pues, a propósito de ella, se analizaron las consideraciones generales de este interesante problema en las compraventas internacionales en sentido amplio (39).

Antes, conviene destacar la circunstancia ya anotada de que el hecho de que el comprador soporte el riesgo desde el embarque — con prescindencia de que se le considere o no propietario desde ese momento — tiene su contrapartida en la protección que le confiere, desde ese mismo momento — y en ocasiones excepcionales aún desde antes (40) — el seguro obtenido en su favor por el comprador.

(37) El apartado B es aquél en el que se consignan las obligaciones del comprador.

(38) Derecho, No. 31, p. 101-102.

(39) Derecho, No. 31, p. 116 y s.s.

(40) Ver la nota No. 31 *ante*.

La posición más consistente en torno a la problemática planteada parece ser aquella que sostiene que riesgos y propiedad son transferidos en un contrato c.i.f. en momentos distintos y separados. Los riesgos serán transferidos, según Incoterms 1953, en el momento en que las mercancías sobrepasen la borda del buque en el puerto de embarque, o, en definitiva, en el momento del embarque. La propiedad será transferida, usualmente, con la transferencia de los documentos de embarque y el pago del precio.

El hecho de que esta tesis no se concilie con el principio **res perit domino** no debería ocasionar preocupación alguna, no sólo porque el principio no es inmovible y admite excepciones, sino porque aunque quien soporte el riesgo sobre las mercancías pueda no ser titular del dominio durante un período determinado —el que transcurre entre el embarque y la remisión de los documentos—, él estará adecuada y suficientemente protegido por el seguro obtenido en favor suyo por el vendedor.

Así, por ejemplo, si en un contrato que implicara embarcar determinadas mercancías en el Callao "c.i.f. Guayaquil", ella se perdieran después del embarque y antes de que los documentos respectivos hubieran llegado a poder del comprador, este último soportaría el riesgo sobre aquéllas aún no siendo propietario, no sólo porque así lo había establecido con el vendedor, sino porque el seguro contratado por éste último en favor suyo le permitiría recobrar una indemnización razonable de la compañía de seguros.

Esta posición es acorde con el sistema consagrado por el ordenamiento legal peruano en lo que a transferencia de dominio en compraventas de muebles se refiere y, por consiguiente, con la regla del art. 847 del Código Civil, que contiene la figura de la tradición ficta, simbolizada por la transferencia de los documentos, para los casos de artículos en viajes o sujetos al régimen de almacenes generales.

El elaborar especulaciones mayores en torno a este problema responderá, en muchos casos, o a una concepción demasiado rígida de los principios relativos a la transferencia del riesgo y de la propiedad en la compraventa, ya que es usual que ambos se transfieran en el mismo momento; o, a una supuesta

calidad monolítica atribuida —sin mayor reflexión— al principio **res perit domino**.

No obstante lo dicho, las partes podrían convenir un momento diferente no sólo para la transferencia de los riesgos, sino también para la transferencia de la propiedad, mediante, por ejemplo, un pacto de reserva de dominio hasta que el pago del precio se produjera. Pero como en la mayoría de los casos el vendedor enviará los documentos al comprador a través de un banco, el mismo que ha recibido instrucciones de entregarlas a aquél contra el pago del precio, será este hecho —la entrega de los documentos y el pago respectivo— el que producirá la transferencia de propiedad.

Puede ser útil mencionar que las Reglas de Varsovia —Oxford sobre compraventas c.i.f. aprobadas por la Conferencia de Oxford el 12 de agosto de 1932 (la misma que fue promovida por la Asociación de Derecho Internacional) recogen también el principio generalmente aceptado de que el riesgo es transferido en el momento del embarque y que la propiedad lo es en el momento en que el vendedor pone al comprador en posesión de los documentos (41).

7. **Facilitar, por su cuenta, al comprador, sin pérdida de tiempo, un conocimiento de embarque limpio y negociable para el puerto de destino convenido, así como también la factura de las mercancías embarcadas y la póliza de seguros, o bien, si la póliza no está disponible en el momento de presentar los documentos, un certi-**

(41) Ellas fueron invocadas por el *Tribunal Fiscal* en el dictámen (No. 695) y en la resolución (No. 9174) de 1o. de abril de 1974, en el procedimiento de *tercería excluyente de dominio* sobre 100 barras de oro seguido por *Swiss Bank Corporation*, elevado en consulta al referido tribunal por el Juzgado Coactivo de Lima. La resolución mencionada fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el 26 de abril de 1974. Dicha resolución tiene gran trascendencia, pues ella inicia una interesante línea jurisprudencial en nuestro ordenamiento legal, al reconocer validez a los usos y costumbres del comercio internacional y a las Reglas referidas para las características de las compraventas c.i.f.

Para una mayor información, ver la sección de *Jurisprudencia Comentada* en este mismo número de la revista *Derecho*. Allí se transcribe el texto de la resolución y el dictámen aludidos y se consigna un comentario de los mismos.

ficado de seguros expedido por los aseguradores y que conceda al portador del mismo idénticos derechos que los que tendría de estar en posesión de la póliza; el certificado reproducirá las cláusulas fundamentales de la póliza. El conocimiento de embarque debe amparar las mercancías contratadas, estar fechado dentro del período convenido para el embarque y permitir la entrega de dichas mercancías al comprador o a su representante autorizado mediante endoso o cualquier otra fórmula. Dicho conocimiento de embarque debe incluir todos los ejemplares de los conocimientos "a bordo" o "embarcados", o bien ser un conocimiento "recibido para embarque", debidamente endosado por la compañía naviera en prueba de que las mercancías se encuentran a bordo del buque. El endoso debe de llevar una fecha comprendida dentro del período de embarque estipulado. Si el conocimiento de embarque hace referencia a la póliza de fletamento, el vendedor deberá también facilitar una copia de este último documento. (42).

Esta es la obligación del vendedor que alude directamente a los "documentos de embarque" que aquél ha de obtener y remitir al comprador y a las características que ellos han de tener. Se ha hecho ya amplia referencia a cada una de ellas en este trabajo, sin perjuicio de lo cual se dejarán anotadas algunas peculiaridades más de los mismos que pueden ayudar a una más cabal comprensión de su naturaleza y sus funciones.

Cabe destacar que Incoterms 1953, al formular las obligaciones del vendedor c.i.f., ya ha hecho referencia directa y precisa al contrato de transporte y al de seguro (obligaciones No. 2 y No. 5, respectivamente). No obstante, ha considerado conveniente dejar suficientemente remarcada —en un numeral específico— la obligación referente a los documentos de embarque, haciendo mención pormenorizada de las características del conocimiento de embarque, de la póliza o certificado de seguro y de la factura comercial.

En lo que al conocimiento de embarque se refiere, Incoterms 1953, exige, pues, que el sea "embarcado" o "a bordo" (43), "limpio" y "negociable", calidades éstas que ya han sido descritas, permitiendo que él pueda ser "recibido para embarque", exigiendo, en este caso, que se encuentre de-

bidamente endosado por la compañía naviera en prueba de que las mercancías se encuentran a bordo. Lo que la CCI desea es que este documento acredite siempre que las mercancías han sido efectivamente embarcadas y que, por tanto, el transporte ya se ha iniciado, para, de esa manera, ofrecer al comprador las seguridades que éste requiere. Un conocimiento emitido originalmente como "recibido para embarque" se convierte, para efectos prácticos, en "embarcado" cuando la compañía naviera lo endosa en prueba de que las mercancías ya se encuentran a bordo.

No hay que olvidar que originalmente el comprador no ha sido parte en el contrato de transporte y que es sólo mediante la obtención de un conocimiento que reúna estas características que él y los terceros con quienes, a su vez, pueda tener relaciones crediticias, financieras o comerciales, estarán adecuadamente protegidos, lo que no es óbice para que, mediante pacto expreso, las partes puedan extenderse conocimientos que no reúnan todas estas calidades.

Aunque Incoterms 1953 no haga referencia a la posibilidad de sustituir el conocimiento de embarque por una orden de entrega sobre el buque, es claro que esta sustitución no es sólo perfectamente válida y posible, sino que puede ser indispensable en ciertos casos (44). Una orden de entrega de este tipo confiere al comprador similares derechos sobre la carga que aquéllos que le conferiría un conocimiento de embarque. Si, en cambio, la orden de entrega fuera sobre los agentes del vendedor en el puerto de destino, el contrato c.i.f. quedaría desvirtuado.

(42) A continuación del enunciado de esta obligación, Incoterms 1953 incluye una nota en la que describe lo que debe entenderse por conocimiento de embarque "limpio" y una relación de las cláusulas que, siendo frecuentemente utilizadas, no "ensucian" un conocimiento de embarque: a. las que no indican expresamente que las mercancías o el embalaje son efectivos ("cajas de segunda mano"); b. las que subrayan la irresponsabilidad del porteador por los riesgos derivados de la naturaleza de las mercancías o del tipo de embalaje; y, c. aquéllas en virtud de las cuales el porteador declara ignorar el contenido, peso, medida, calidad o especificaciones técnicas de las mercancías.

(43) "On board" bills of lading. Los conocimientos "embarcados" también suelen ser llamados, aunque menos frecuentemente, "a bordo".

(44) Cuando se desea fraccionar un conocimiento de embarque que cubre una cantidad mayor de mercancías que aquélla que se transfiere al comprador c.i.f., caso en el que sería imposible remitirle a éste el conocimiento original.

Es necesario llamar la atención acerca del hecho de que la versión de Incoterms 1953 publicada en nuestro país en el año 1973 por el Ministerio de Industria y Comercio, alude, al transcribir la obligación del vendedor c.i.f. que ahora se analiza, a "conocimiento neto", traduciendo impropriadamente de esa manera el término "clean bill of lading" (conocimiento de embarque "limpio") de la versión oficial en inglés. Es probable que esta falta de precisión provenga de una traducción literal de la versión oficial en francés, en la que el término equivalente es "net". Hecha esta salvedad se podrán obviar problemas interpretativos.

En la versión oficial en español de Incoterms 1953 se dice, también, que el conocimiento "debe incluir todos los ejemplares de los conocimientos "a bordo" o...". Esto alude, en realidad, a que el vendedor debe transferir el juego completo (original y copias) del conocimiento que corresponda al comprador (45).

Se ha dejado anotada ya la circunstancia de que, de ordinario, la póliza de fletamento no es remitida al comprador junto con los documentos de embarque, aún cuando el conocimiento aluda a ella, salvo estipulación expresa en contrario. Incoterms 1953, sin embargo, sostiene que si el conocimiento hace referencia a la póliza de fletamento, "el vendedor deberá también facilitar una copia de este último documento", confiriéndole a la póliza —en estos casos— una jerarquía semejante a la de los documentos de embarque típicos.

Al referirse a la póliza de seguro, Incoterms 1953, reconociendo la práctica más moderna, admite que ella sea sustituida por un certificado de seguros, pero exigiéndole a este dos condiciones: que sea expedido por los aseguradores (y no por los corredores o agentes de seguros); y, que conceda al portador del mismo idénticos derechos que los que tendría de estar en posesión de la póliza. Este texto referencial reclama, asimismo, que el certificado reproduzca las cláusulas fundamentales de la póliza.

Incoterms 1953 no dice mucho respecto de la factura. Simplemente la menciona junto con los otros documentos que el vendedor debe remitir al comprador. Sin embargo, ello no significa que la factura sea un documento de embarque de segundo orden en un contrato c.i.f.

8. **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 enunciado de esta obligación es idéntico al de la obligación del vendedor f.o.b. No. 5, por lo que el análisis de la misma hecho en la primera parte de este trabajo (46), hace innecesarios comentarios adicionales. Se reitera, no obstante, la recomendación relativa a que esta estipulación —aparentemente intrascendente— no debería ser descuidada o quedar librada siempre a las costumbres mercantiles o a la buena voluntad del vendedor.

Hay que considerar que, de ordinario, la compañía naviera no asume ningún tipo de responsabilidad por los daños que puedan sobrevenir a las mercancías por insuficiencias de embalaje y que estos son de exclusiva responsabilidad del vendedor. Hay que tener en cuenta también el caso de los deterioros que pudan sufrir las mercancías durante la travesía por no haber estado ellas —y no el embalaje— en condiciones de soportar el viaje.

9. **Sufragar los gastos derivados de las operaciones de verificación (como las del control de calidad, de medida, de peso, de recuento) que resulten necesarias para cargar las mercancías.**
10. **Pagar los derechos e impuestos que deban satisfacer las mercancías hasta el momento de ser cargadas, incluyendo los impuestos, tasas o gastos derivados de la exportación, así como también los derivados de los trámites que haya que realizar para cargar las mercancías a bordo del buque.**

Es evidente que lo normal será que el vendedor en un contrato c.i.f. asuma todos los gastos que puedan originarse —por cualquier concepto— hasta el momento de cargar las mercancías a bordo. En ellos estarán comprendidos los provenientes de eventuales controles de calidad o de peso, los derechos e impuestos portuarios y aduaneros y los impuestos, tasas o gastos derivados de la exportación, desde que

(45) La versión inglesa dice: "Such bill of lading must be a full set of "on board" or "shipped" "bills of lading..."

(46) Derecho, No. 31, p. 102. y s.s.

es el vendedor quien asume el rol de exportador. De la misma manera, será el comprador quien deberá hacerse cargo de los impuestos derivados de la importación, salvo que se pacte expresamente lo contrario, por ejemplo, mediante la cláusula "c.i.f. derechos pagados" ("c.i.f. duty paid").

11. Facilitar al comprador, siempre que éste lo pida y lo pague (véase el No. 5 del apartado B (47), el certificado de origen y la factura consular.

Al certificado de origen y a la obligación incidental de facilitarlo, siempre que el comprador "lo pida y lo pague", se hizo referencia al comentar la obligación del vendedor f.o.b. No. 8 (48).

Igual obligación incidental existe respecto de la factura consular, que no es otra cosa que una factura extendida en un formulario oficial con una visación del cónsul del país del comprador en el país o puerto de embarque para acreditar fehacientemente la veracidad de los datos en ella contenidos. Ella es exigida, por lo general, en los países latinoamericanos y su tramitación difiere de país a país. En casi todos ellos su obtención implica la presentación del conocimiento de embarque, la licencia de exportación y la factura comercial, entre otros documentos, a la oficina consular.

En el Perú, a raíz de la promulgación de la Ley General de Aduanas (D.L. 20165), y su Reglamento (D.S. 020-74-MINCOM), ha quedado abolido el uso de facturas consulares en las operaciones de comercio internacional.

Si el certificado de origen y la factura consular son exigidos en el país del comprador, es posible que la obligación del vendedor de gestionar y pagar por estos documentos sea incluida en el contrato como una de las estipulaciones principales.

12. Prestar al comprador, siempre que éste así lo solicite y corra con los riesgos y gastos, toda la ayuda necesaria para obtener cualquier 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 las mercancías en el país de destino (y, cuando sea necesario, para su tránsito por terceros países).

Tal vez resultaría interesante comentar brevemente la última parte de este numeral —aquella consignada entre paréntesis— relativa al tránsito de las mercancías por terceros países.

Así, podría imaginarse un hipotético contrato c.i.f. celebrado entre un importador de un país mediterráneo, ej., Bolivia, y un exportador cualquiera. Es probable que el vendedor tendría que embarcar en su país las mercancías objeto del contrato de compraventa con destino a un puerto marítimo convenido en Chile (el contrato sería, por ejemplo,

"c.i.f. Arica"), desde donde aquéllas serían transportadas por tierra hasta el punto interior de destino en Bolivia. Sin entrar a analizar los problemas derivados de la alocaión de gastos y responsabilidades en un contrato c.i.f. de esta naturaleza, los que —en definitiva— serían resueltos por las estipulaciones de las partes, los documentos a los que alude la obligación del vendedor que ahora se comenta alude son aquéllos que serían requeridos para el tránsito de las mercancías por territorio chileno con destino a Bolivia. El vendedor los gestionará a pedido y por cuenta del comprador, salvo que se haya pactado expresamente lo contrario.

3.2. Obligaciones del comprador (49)

El comprador deberá:

1. Aceptar los documentos cuando se los presente el vendedor, si están de acuerdo con lo estipulado en el contrato de compraventa, y pagar el precio convenido.

Si los documentos de embarque reunieran todas las características pactadas en el contrato de compraventa, el comprador estaría obligado a aceptarlos cuando el comprador se los presente —generalmente, a través de un banco— y a pagar el precio convenido. Si el comprador se rehusara infundadamente a aceptar los documentos, el vendedor podría deman-

(47) El apartado B es el que contiene las obligaciones del comprador.

(48) Derecho, No. 31, p. 104.

(49) Como muchas de las estipulaciones contenidas en ellas son contrapartidas de las estipulaciones propias de las obligaciones del vendedor c.i.f., puede que algunas hayan sido ya analizadas en el numeral 3.1

darlo por incumplimiento de contrato. Nada se dice, sin embargo, respecto del plazo dentro del cual el comprador deberá aceptar los documentos, siendo esta estipulación de gran importancia, si se tiene en cuenta que cualquier dilación en este sentido tendrá una evidente repercusión en el pago del precio y en el interés que tiene el vendedor de percibirlo oportunamente.

El vendedor presentará los documentos al comprador ya sea enviándoselos directamente por correo aéreo —alternativa ésta poco frecuente y riesgosa—, o a través de un agente suyo o de un banco en el lugar de operaciones del comprador. En estas dos últimas alternativas, el comprador será notificado por quien corresponda de que los documentos se encuentran a su disposición, con el objeto de que los retire y pague por ellos dentro de un plazo razonable. No obstante, el vendedor haría bien en establecer, con toda precisión, cuál deberá ser la extensión máxima de este plazo, para que una vez vencido éste sin que se haya producido el pago, el comprador deba abonar intereses o aquél pueda demandar el incumplimiento del contrato.

El comprador, de otro lado, siempre tendrá expedito su derecho para rechazar los documentos si ellos no se encuentran conformes con lo pactado.

Como el contrato c.i.f. establece que el pago se haga contra la presentación de los documentos, sería absolutamente impropio posponer el pago hasta la llegada de las mercancías, salvo que ello hubiera sido expresamente pactado mediante cláusulas tales como "pago a la llegada de las mercancías" o "pago X días después de llegadas las mercancías". Esto quedó definitivamente establecido en el caso británico *Biddell Bros. vs. E. Clemens Horst Co.* (50).

2. **Recibir las mercancías en el puerto de destino convenido y, con excepción del flete y del seguro marítimo, pagar todos los gastos que hayan producido las mercancías durante el transporte por mar hasta su llegada al puerto de destino, así como también los gastos de descarga, incluidos los de gabarraje y muellaje, a menos que esos gastos hubieren quedado incluidos en el flete o los hubiera cobrado la compañía de navegación en el momento de pagar el flete. Caso de que se concierte el seguro contra riesgos de guerra, éste correrá por cuenta del comprador (véase el No. 5 del apartado A) (51)**

Si la compraventa lleva la cláusula "c.i.f. puesta en muelle", los gastos de descarga, con inclusión de los de gabarraje y muellaje, serán de cuenta del vendedor.

Conforme se había sostenido que era propio de la compraventa c.i.f. que el vendedor corriera con todos los gastos que se originaran hasta el momento de cargar las mercancías, también es propio de aquélla que el comprador asuma directamente todos los gastos que se generen durante el transporte y con ocasión de la descarga de las mercancías en el puerto de destino. Esta obligación precisa cuáles serán estos gastos.

No obstante, hay que tener presente que, en definitiva, el comprador resultará pagando por todos los gastos. Los asumidos directamente por el vendedor hasta el momento del embarque, le serán transferidos en el precio c.i.f., que los incluirá. Los demás gastos serán pagados directamente por él. De esta manera, lo que importa establecer es sólo quién tiene la obligación inmediata y directa de efectuar un determinado pago y no quién deberá soportarlo, pues, como ya se ha dicho, todos los gastos de la transacción c.i.f. serán soportados, en última instancia, por el comprador.

Quando los gastos de descarga, comprendidos los de gabarraje (52) y muellaje, hubieran sido incluidos por la compañía naviera en el flete y exigidos al vendedor en el momento del embarque, es evidente que ellos ya no serán pagados por el comprador (53). Esta obligación incluye, asimismo, una estipulación complementaria de la obligación del vendedor No. 5 relativa al seguro —el mismo que, como se vio, debe ser de ordinario contratado en condiciones F.P.A.—, al volver a establecer que los gastos derivados del seguro contra riesgos de guerra serán de cuenta del comprador.

Igualmente, se deja aclarado que si la compraventa lleva la cláusula "c.i.f. puesta en muelle"

(50) Citado, entre otros, por Schmitthoff Clive, op. cit.; Carver, Thomas, op. cit.; y, Sassoon, David, op. cit. (Ver las implicancias de cláusulas de este tipo en el numeral 5).

(51) El apartado A es aquél en el que se consignan las obligaciones del comprador en Incoterms 1953.

(52) "Gabarra" es sinónimo de "barcaza" ("lighter", en inglés). El gabarraje alude a la utilización de barcasas para la descarga.

(53) Ver obligación del vendedor No. 2, *in fine*.

("c.i.f. landed"), todos los gastos de descarga serán de cuenta del vendedor.

No obstante lo afirmado más arriba en el sentido de que, en última instancia, será el comprador quien soporte todos los gastos, todo el esfuerzo desplegado por Incoterms 1953 para determinar la alocación precisa de los mismos entre vendedor y comprador tiene importancia para el cálculo del precio. Al serle cotizadas determinadas mercancías en condiciones "c.i.f. puerto de destino convenido", el comprador debería poder establecer cuáles son todos los gastos que tal precio incluye. Si no existiera uniformidad al respecto, las cotizaciones c.i.f. de dos vendedores de un mismo tipo de producto diferirían entre sí, con las consiguientes desventajas para todas las partes involucradas en la transacción.

3. Asumir los riesgos de las mercancías desde el momento en que éstas hayan, efectivamente, sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque.

Esta es la contrapartida de la obligación del vendedor No. 6 y bastante es lo que se ha dicho sobre ella.

No parece inconveniente volver a recordar que si el comprador soporta los riesgos de las mercancías desde el momento en que ellas han sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque, no siendo aún propietario, es porque tiene la protección que el seguro contratado por el vendedor le confiere. Lo que siempre habría que cuidar celosamente es, pues, que esta protección sea adecuada y suficiente, precisando cuándo comienza y cuándo termina (54), cuáles son los riesgos cubiertos y excluidos por la póliza y cuál es el monto de ésta.

Es necesario mencionar que la versión de Incoterms 1953 editada por el Ministerio de Industria y Comercio en 1973, consigna esta obligación de la siguiente manera:

"Asumir cuantos riesgos pueda correr la mercancía a partir del momento en que ésta haya sido **descargada en el barco**, en el puerto de destino convenido".

Esto resulta particularmente desconcertante si se tiene en cuenta que la misma edición, al consignar

la obligación del vendedor No. 6, que viene a ser el anverso de ésta, dice que este último asume los riesgos "hasta el momento en que ésta (la mercancía) haya efectivamente **pasado el límite o la borda del navío** . . ."

No solamente esta edición local incurre en un grueso e inexplicable error de traducción al presentar la obligación que se analiza, sino que ella no guarda ninguna coherencia con su contraparte de la obligación del vendedor No. 6. De esta manera, aplicando literalmente estas reglas, se tendría que bajo un contrato "c.i.f. Incoterms 1953 Ministerio de Industria y Comercio del Perú", el vendedor dejaría de soportar los riesgos en el momento en que las mercancías sobrepasaran la borda del buque y el comprador los asumiría recién cuando ellas hubieran sido descargadas en el barco, por lo que si ellas se perdieran entre un momento y el otro — posibilidad frecuente—, teóricamente ni el uno ni el otro soportarían los riesgos.

Sobran los comentarios acerca de los conflictos que esta circunstancia puede generar y de lo contraria que resulta por medio de ella la intención unificadora de la Cámara de Comercio Internacional a través de la publicación de Incoterms 1953.

4. Si habiéndose reservado un período de tiempo para hacer embarcar las mercancías y/o el derecho a escoger el puerto de destino, no hubiere dado instrucciones a su debido tiempo, soportar los consiguientes gastos adicionales y asumir los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período fijado para el embarque, 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.

El principio contenido en esta regla está presente también en la obligación del comprador f.o.b. No. 3, aún cuando los términos de la misma son algo distintos.

(54) El seguro propuesto por Incoterms 1953 incluye la cláusula "almacén a almacén" ("warehouse to warehouse"), que extiende la cobertura desde antes del embarque hasta después del desembarque de las mercancías.

Lo que se pretende es establecer una sanción para aquellos casos en los que el comprador

- a. se ha reservado un período de tiempo para hacer embarcar las mercancías y/o,
- b. el derecho a escoger el puerto de destino, no cumpliendo con dar las instrucciones pertinentes al vendedor dentro del plazo convenido para ello.

Esta sanción consiste en que a la expiración del período convenido para dar las instrucciones pertinentes, que es el mismo fijado para el embarque, se asume que el comprador ha comenzado a soportar los riesgos de las mercancías, así como los gastos adicionales que se originen, con la sola condición de que aquéllas hayan sido afectadas al contrato de compraventa mediante la identificación o individualización respectiva.

De esto se infiere que el comprador podría reservarse un período de tiempo para hacer embarcar las mercancías, mediante la inclusión de una cláusula expresa en este sentido que estableciera, por ejemplo, como en el caso británico ya referido *Bowes vs. Shand* (55), que las mercancías fueran embarcadas "durante marzo y/o abril" con la especificación adicional de "según instrucciones del comprador en lo que al momento del embarque se refiera". Como el comprador puede, por ejemplo, especular con el alza del precio de las mercancías en su país para eventuales reventas a terceros compradores, una reserva de este tipo podría serle muy útil.

Igualmente, se infiere que el comprador puede reservarse, siempre dentro de un período determinado, el derecho de escoger el puerto de descarga. Como al momento de celebrar el contrato de compraventa c.i.f., el comprador puede no haber determinado con precisión cuál será el destino exacto de las mercancías que está adquiriendo; por ejemplo, si las venderá total o parcialmente en su país y dónde lo hará, puede convenir también a sus intereses reservarse este derecho. Así, podría haberse pactado la compraventa en términos "c.i.f. puerto colombiano", conviniéndose que el comprador precisaría, dentro de un período determinado, cuál sería ese puerto, ej.; Cartagena, si allí operara su comprador.

No obstante, vencido el período convenido para dar las instrucciones pertinentes al vendedor, el com-

prador deberá soportar los consiguientes gastos adicionales (56) y asumir los riesgos de las mercancías desde la fecha de expiración del período fijado para el embarque —que era el mismo que él había reservado a su favor para, dentro de él, determinar el momento de éste—, aún cuando su omisión no se derivara de este hecho sino, por ejemplo, de no haber dado instrucciones oportunas respecto del puerto de destino, de lo que se deduce que dentro del período convenido para hacer embarcar las mercancías —y no después— será necesario determinar tanto este hecho como elegir el puerto de destino.

La sanción es razonable, si se tienen en cuenta los perjuicios que se podrían derivar para el vendedor si estas omisiones del comprador no tuvieran consecuencias para él. El comprador tendrá que correr con todos los gastos adicionales que se generen y asumirá los riesgos de la misma manera en que lo haría si las mercancías hubieran sobrepasado la borda del buque en el puerto de embarque. Si, por ejemplo, las mercancías se perdieran vencido ese período, se perderían para el comprador.

La aplicación de la sanción comentada está condicionada a que, al vencimiento del plazo aludido, las mercancías hubieran sido individualizadas como aquéllas objeto del contrato de compraventa c.i.f. (57).

5. Sufragar los gastos que haya que realizar para obtener el certificado de origen y los documentos consulares.
6. Sufragar todos los gastos que haya que realizar para obtener los documentos mencionados en el No. 12 del apartado A. (58).
7. Pagar los derechos arancelarios y cualesquiera otros derechos e impuestos exigibles en el momento de la importación o a consecuencia de la misma.

(55) Ver la nota No. 29 *ante*.

(56) Gastos de almacenaje, derechos portuarios, demurrage, entre otros.

(57) Ver lo dicho respecto del mismo principio a propósito de la obligación del comprador f.o.b. No. 3 en la primera parte de este trabajo *en Derecho*, No. 31, p. 109 y s.s.

(58) Como ya se ha anotado, el apartado A es aquél en el que se consignan las obligaciones del vendedor en *Incoterms* 1953.

8. **Obtener y facilitar, por su cuenta y riesgo, las licencias o permisos de importación o documentos similares que resulten necesarios para importar las mercancías.**

Todas estas obligaciones han sido ya comentadas al examinar aquellas propias del vendedor y no presentan ninguna dificultad. Ellas aluden a los gastos que el comprador tendrá que sufragar cuando solicite al vendedor que éste gestione el certificado de origen, la factura consular o cualquier otro documento necesario para importar las mercancías en el país de destino, incluso para su tránsito por terceros países. Igualmente, ellas hacen referencia al pago de los derechos o impuestos derivados de la importación y a la obtención, por cuenta y riesgo del comprador, de las respectivas licencias, permisos y otros documentos requeridos para implementar esta operación, todo lo cual es evidente si se tiene en cuenta que aquél es quien ejerce el rol de importador. Es sabido, también, que todas estas estipulaciones pueden ser parcial o totalmente modificadas por convención expresa entre las partes.

Con las demás estipulaciones propias de la compraventa c.i.f. puede procederse de igual manera, adaptándolas los comerciantes a las transacciones específicas que ellos deseen realizar, dejando constancia expresa de la enmienda o modificación introducidas. Sin embargo, ellos tienen que velar porque dichas enmiendas o modificaciones no destruyan las características esenciales de la compraventa c.i.f., que son que como resultado de la transferencia de los documentos de embarque se establezca una relación **directa** entre el comprador de un lado y el porteador y el asegurador del otro, posibilitando el que el primero pueda accionar —directamente— contra estas personas en caso de daños o pérdidas sufridas por las mercancías. “Si las partes varían estas cualidades de los documentos de embarque, por ejemplo, disponiendo que el vendedor tenga la libertad de remitir, en lugar de un conocimiento de embarque, una orden de entrega sobre su agente en el puerto de destino, o las mercancías mismas, el contrato deja de ser un verdadero contrato c.i.f. en sentido legal.” (59).

Incoterms 1953 en su Introducción dedica un párrafo —el número 8— a llamar la atención de los comerciantes que modifiquen las estipulaciones propias del término c.i.f., instándolos a obrar con

extremada precaución en estos casos, pues “al añadir una palabra o incluso una letra... puede obtenerse un resultado completamente imprevisto, y modificar con ello la naturaleza del contrato...” (60). Se examinarán a continuación algunos contratos erróneamente denominados c.i.f. y también algunas de las variantes que admite este término comercial de exportación.

4. **Contratos erróneamente denominados c.i.f.**

La terminología empleada por las partes para definir sus términos contractuales puede no ser determinante para establecer sus intenciones reales al momento de contratar y menos puede ser para tipificar con exactitud transacciones tan peculiares y complejas como una compraventa c.i.f. Con demasiada frecuencia vendedor y comprador, a través de la licencia que implica el ejercicio del derecho de la libertad contractual, introducen en sus contratos pretendidamente c.i.f., modificaciones que, eventualmente, pueden parecer poco trascendentes, pero que alteran de tal modo la esencia de la estipulación, que ella deja de ser una en términos c.i.f., aunque así la llamen las partes.

Esto puede dar lugar a que, producido un conflicto derivado de la transacción, los tribunales no califiquen el contrato como c.i.f. y, por tanto, no puedan aplicarle sus particulares normas y principios. Es por eso que al respecto conviene recordar la recomendación hecha en la Introducción de Incoterms 1953, transcrita en el numeral precedente, así como la regla **ex re sed non ex nomine**, que sugiere atender a la verdadera naturaleza de las cosas y no al nombre que las partes puedan darles.

Es necesario, pues, considerando los alcances del concepto de la compraventa c.i.f., presentar algunos tipos frecuentes de contratos de compraventa marítima internacional erróneamente denominados de aquella manera.

Si, de acuerdo con la intención de las partes, la entrega misma de las mercancías es condición esencial de la ejecución del contrato, éste no es un verdadero contrato c.i.f. Se ha puesto en evidencia ya

(59) Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 25.

(60) Incoterms 1953, Cámara de Comercio Internacional, Documento No. 166.

que la compraventa c.i.f., tiene por objeto documentos relativos a determinadas mercancías y no las mercancías mismas. El vendedor se despoja de los riesgos sobre ellas cuando las carga en el puerto de embarque. El que las mercancías no lleguen a su destino es una contingencia que debe tenerlo sin cuidado. Hay de por medio un conocimiento de embarque y una póliza de seguro marítimo que deben permitir al comprador accionar directamente contra el porteador y el asegurador, respectivamente.

“En un caso en el que un contrato que expresaba estar hecho en términos c.i.f. proveía que “cualquier remisión o entrega de las mercancías o del conocimiento de embarque” debía constituir una entrega válida, el Comité Judicial . . . sostuvo que las partes no habían pretendido que el contrato fuera un verdadero contrato c.i.f., desde el momento que la remisión de las mercancías se admitía como una alternativa de la remisión de los documentos” (61).

De otro lado, si al transferirse los documentos de embarque no se establece, en virtud de ellos, una relación directa entre el cesionario, por un lado, y el porteador y el asegurador por el otro, el contrato no posee las características legales esenciales de un contrato c.i.f.

En el caso británico *Comptoir d’Achat et de Vente du Boerenbond Belge S.A. vs. Luis de Ridder Limitada* (62), esta última se reservó el derecho de sustituir el conocimiento de embarque por una orden de entrega sobre sus agentes en el puerto de destino. Los compradores aceptaron la emisión de la orden de entrega y pagaron el precio, pero la orden no pudo ser implementada porque el buque que transportaba las mercancías con destino a Amberes —se trataba de un contrato “c.i.f. Amberes”— tuvo que ser desviado debido a circunstancias relacionadas con la Segunda Guerra Mundial. Se sostuvo que los compradores tenían derecho al reembolso del precio, porque el análisis del curso habitual del comercio entre las partes mostraba que “el pago no se hacía por los documentos, sino como adelanto de pago en un contrato a ejecutarse posteriormente”. (63). El contrato, por lo tanto, no era un verdadero contrato c.i.f. y la incapacidad de los vendedores de entregar las mercancías en el puerto de destino convenido hacía que desaparecieran las razones materiales que llevaron a efectuar el pago del precio a los compradores.

Igualmente, se presentan casos de supuestos

contratos c.i.f. en los que se establece que las mercancías permanecerán a riesgo del vendedor hasta que sean efectivamente entregadas al comprador; que el contrato será nulo respecto de cualquier parte de la carga embarcada que no llegue a destino; que el comprador tendrá derecho a un abono o reintegro por parte del vendedor si las mercancías llegan deterioradas al puerto de embaque, entre otros. Ellos no son, prima facie, contratos c.i.f. Sucede, también, que para la formalización de un contrato c.i.f. se utilizan, en ocasiones, formatos con cláusulas impresas en función de otro tipo de transacciones, a los que se adicionan las cláusulas propias del término c.i.f., sin percibir en ese momento que unas y otras entrarán en conflicto, alterando la esencia del contrato que se pretende formalizar. Asimismo, es posible celebrar contratos c.i.f. sujetos a condiciones tales que al momento de cumplirse distorsionen la naturaleza de todo el convenio. No obstante, mientras aquellas están en suspenso, el contrato es un verdadero contrato c.i.f.

5. Variantes del contrato c.i.f.

Existen, sin embargo, diversas variantes del contrato c.i.f. plenamente conciliables con la naturaleza jurídica de este contrato. Algunas de ellas se materializan con la adición de una o más iniciales a la estipulación c.i.f. tradicional. Así, por ejemplo, es corriente tropezar con términos “c.i.f. & c.”; “c.i.f. & e.”; “c.i.f. & c. & i”. Estas abreviaturas aluden, respectivamente, a “costo, seguro, flete y comisión”; “costo, seguro, flete y cambio (“exchange”)”; y, “costo, seguro, flete, comisión e interés”.

Estas cláusulas sólo deben usarse cuando ambas partes han definido clara e inequívocamente su significado, pues, con frecuencia, pueden dar origen a problemas interpretativos.

La comisión a la que suele referirse la cláusula “c.i.f. & c.” es la que cobra el vendedor cuando actúa como agente comprador de su comprador extranjero. Las empresas exportadoras de mercancías usualmente no producidas por ellas, cotizan sus pre-

(61) Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 33 (Holland Colombo Trading Society Ltd. vs. Segu Mohamed Khaja Alawdeen).

(62) Comentado por Sassoon, David, op. cit., p. 17; y, Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 33, entre otros.

(63) Lord Porter, citado por Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 33.

cios de esta manera, para así informar a sus compradores de que el precio cobrado por ellas incluye su comisión.

El término "cambio" ("exchange") puede significar una de dos cosas. Algunas veces se sostiene que alude a las comisiones o cargos bancarios y que él pretende indicar al comprador que estos están incluidos en el precio cotizado. Otras, el término tiene relación con las fluctuaciones cambiarias, indicando que el vendedor absorberá los riesgos derivados de la conversión de la moneda extranjera en que es pagado el precio o que el precio no estará afecto a las alzas o bajas que pueda sufrir la moneda estipulada en el contrato para efectuar el pago. Se considera, no obstante, que la primera interpretación es más común, ya que, por lo general, las cláusulas relativas a las fluctuaciones monetarias se expresan de manera que no admita dudas, pues éstas pueden llegar a tener gran significación económica. En vista de la ambigüedad anotada, las partes harán bien en definir con toda precisión el significado de estas siglas.

En el término "c.i.f. & c. & i." (expresado también como "c.i.f. c & i."), las dos últimas iniciales se refieren a "comisión" e "interés". Aquél se usa cuando las mercancías son exportadas a lugares distantes, lo que ocasiona que transcurra algún tiempo antes de que la letra de cambio girada por el vendedor sea aceptada por el comprador. Cuando el primero negocia la letra con su banco, éste le cobra una comisión, así como también los intereses correspondientes hasta que el pago de la letra se haya producido. El implica, pues, que el vendedor no solicitará al comprador que le pague una suma adicional por el costo del descuento de la letra en su banco. En ocasiones, cuando el comprador paga la letra antes de su vencimiento tiene derecho a un reembolso respecto de la suma que pagó por concepto de intereses.

Suele también introducirse en algunos contratos c.i.f. una estipulación relativa a la llegada de las mercancías como simple determinante de la oportunidad del pago del precio; por ejemplo, "pago a la llegada de las mercancías" o "pago X días después de la llegada de las mercancías". Si esta estipulación adicional no tiene otro propósito que establecer cuándo deberá ser hecho el pago —y no condicionar este último a la efectiva llegada de las mercancías—

no hay cuidado. Si la llegada de las mercancías hubiera sido establecida como una condición para el pago del precio, el contrato c.i.f. habría quedado desvirtuado.

En la variante comentada es indispensable establecer que si las mercancías —a cuya llegada se refirió la oportunidad en que sería pagado el precio— no llegan, se hará el pago contra entrega de los documentos de embarque en la fecha en la que las mercancías debieron haber llegado. Esta es la única interpretación conciliable con la esencia del contrato c.i.f.

Asimismo, pueden presentarse en un contrato c.i.f. cláusulas relativas a la determinación del precio a pagar en función de los pesos o cantidades de las mercancías a su llegada, como "c.i.f. pesos netos desembarcados" o "c.i.f. pesos entregados". Estas, como las anteriormente examinadas, no condicionan el pago a la llegada de las mercancías en determinado estado, en lo que a peso o calidad respecta, sino que permiten que el precio pagado contra la presentación de los documentos pueda ser reajustado a la llegada de aquéllas. No obstante, si las mercancías se hubieran perdido durante la travesía o antes de ser desembarcadas, el precio pagado contra los documentos no podrá ser reajustado, salvo que el comprador pudiera probar que ellas eran inferiores en cantidad o en calidad a aquellas por las que él habría pagado.

Como puede ser observado, la flexibilidad con que los comerciantes suelen implementar sus transacciones no ha logrado producir cambios considerables en la esencia del contrato c.i.f., la misma que se ha mantenido casi inalterada durante más de un siglo, como lo demuestra una revisión de la forma en la que ella fue definida en los casos ingleses *Tregelles vs. Sewell* (1862) e *Ireland v. Livingston* (1872), los primeros conocidos por los tribunales británicos (64).

6. La estipulación c & f.

Con prescindencia de las poco relevantes consideraciones relativas a si la estipulación "c. & f." ("costo y flete" o "cost and freight") es una variante de la estipulación c.i.f. o una de naturaleza

(64) Citados por Carver, Thomas, op. cit.; Schmitthoff, Clive, op. cit.; y, Sassoon, David, op. cit., entre otros autores.

autónoma, es necesario examinarla, aún cuando sea someramente, pues, aunque precisadas ya las características esenciales de la cláusula c.i.f., las de aquélla no revisten mayor complejidad, este término comercial ha adquirido particular significación en nuestro país desde la dación del Decreto Ley 20019 en mayo de 1973, como se verá más adelante.

Esta cláusula importa las mismas obligaciones propias del contrato c.i.f., con la diferencia de que, en este caso, el seguro es contratado por el comprador y no por el vendedor.

Como en el contrato c.i.f., el riesgo sobre las mercancías es transferido por el vendedor cuando éstas sobrepasan la borda del buque en el puerto de embarque. Desde ese mismo momento el riesgo es soportado por el comprador, quien, si no ha contratado un seguro marítimo por su propia cuenta, no tendrá la protección que éste implica, sin que este hecho tenga significación alguna para el vendedor, el que podrá cobrar el precio luego de haber embarcado las mercancías y remitido los documentos de embarque, que en este caso son el conocimiento y la factura comercial.

El contrato c. & f. algunas veces puede contener la especificación "seguro a efectuarse por el comprador" u otra de efectos similares. De ser así, se ha sostenido (65) que esta especificación no deberá ser considerada como meramente declarativa, sino que ella constituye una obligación contractual para el comprador, quien deberá obtener la póliza de seguro marítimo habitual en un contrato c.i.f. No obstante, en circunstancias normales dependerá de la voluntad del comprador el tomar o no un seguro, aunque cualquier importador sensato contratará una póliza que proteja las mercancías durante el transporte.

Es evidente que en un contrato c. & f. el vendedor deberá proporcionar al comprador, con toda prontitud, la información requerida por éste para poder contratar el seguro. Entre otras cosas, deberá notificarle, "sin pérdida de tiempo, que las mercancías han sido cargadas a bordo del buque" (66).

"La cláusula c. & f., dice Schmitthoff (67), no es frecuentemente adoptada por los exportadores, salvo en el caso de algunos países en los que, por razones políticas o debido a la escasez de divisas, se obliga a los importadores a asegurar las mercancías

en su propio país, en lugar de comprar en términos c.i.f." Este es el caso de los importadores peruanos a partir de la promulgación del Decreto Ley 20019.

Ellos deberán saber, por lo tanto, que la **Guía Práctica para Exportar** publicada en 1972 por el entonces Ministerio de Industria y Comercio, el Banco Popular del Perú y el diario *La Nueva Crónica*, define incorrectamente el término c. & f., al decir que representa "la obligación del vendedor de **entregar la mercadería en el puerto de destino convenido**, cubriendo por consiguiente los gastos de transporte y de carga y descarga", cuando es sabido que el vendedor c. & f. sólo debe **embarcar las mercancías** y transferir al comprador el conocimiento de embarque y la factura comercial.

Igualmente, deberán ser alertados sobre el hecho de que la versión de *Incoterms 1953* editada por las mismas entidades en 1973, al consignar la obligación del vendedor c. & f. No. 5, sostiene —también incorrectamente— que éste debe asumir los riesgos de las mercancías "hasta el momento en que hayan pasado a **bordo del barco en el puerto de embarque**", mientras que la edición oficial de este texto refiere la transferencia del riesgo al momento en que las mercancías han sobrepasado la **borda del buque en el puerto de embarque**.

7. El Decreto Ley 20019 y la contratación c.i.f. en el Perú.

Como ya se habrá podido vislumbrar, las disposiciones contenidas en el Decreto Ley 20019 juegan un factor decisivo en las compraventas marítimas internacionales que los importadores peruanos deseen celebrar, ya que aquellas establecen que, salvo casos excepcionales especialmente autorizados por el Banco de la Nación, en este tipo de transacciones el seguro relativo al riesgo de transporte deberá contratarse en aseguradoras peruanas.

La consecuencia inmediata de esta norma legal es que las personas naturales o jurídicas peruanas no podrán comprar, a partir de su promulgación, en

(65) En el caso *Reinhart Co. vs. Joshua Hoyle & Sons Ltd.*, citado por Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 33.

(66) *Incoterms 1953*, Contrato C. & F., obligación del vendedor No. 4.

(67) Schmitthoff, Clive, op. cit., p. 36.

términos c.i.f. a sus vendedores extranjeros, ya que, como es obvio, en transacciones de ese tipo el seguro sería contratado por el vendedor usualmente en su propio país.

Esto ha hecho que el término c.i.f., hasta entonces profusamente empleado en el Perú en las operaciones de importación, haya cedido paso al término c. & f., el mismo que permite al comprador peruano tomar el seguro por su propia cuenta en el país. Nada impediría, sin embargo, que un exportador extranjero que quisiera vender en términos c.i.f. a un comprador peruano contratara —eventualmente por intermedio del propio comprador— el seguro en el Perú. Esta fórmula, no obstante, no tiene mucho sentido práctico. Obviamente, las operaciones de **exportación** en términos c.i.f. hechas desde el Perú, no se han visto afectadas por el Decreto Ley 20019.

Es posible que se haga común que los exportadores que celebren contratos en términos c. & f. con importadores locales añadan a sus estipulaciones una cláusula del tipo de "seguro a efectuarse por el comprador", para de esa manera tener la certeza de que el comprador contratará el seguro y así protegerse de una posible insolvencia suya luego de la pérdida o deterioro de las mercancías.

Otra posibilidad es que los exportadores extranjeros que tengan relaciones comerciales con importadores peruanos, ante la imposibilidad de contratar con ellos en términos c.i.f., prefieran hacerlo en términos f.o.b. y no en c. & f., ya que en esta última alternativa podrían tener dificultades al tratar de contratar el transporte, pues la compañía naviera podría querer estar segura de que las mercancías están efectivamente protegidas por una póliza desde el momento en que ella las recibe a bordo de uno de sus buques, antes de celebrar el contrato de transporte.

No es posible anticipar el impacto que este nuevo dispositivo legal tendrá en el flujo de operaciones de importación realizadas en nuestro país, ni hacer un balance del efectivo beneficio experimentado desde su dación por el mercado de seguros nacional.

Comentando esta forma de contratación dice Clive Schmitthoff (68), "la cláusula c. & f. conduce a una separación artificial de los arreglos relativos al flete y al seguro, desde que tanto la estipulación

c.i.f. como la cláusula f.o.b., proveen una natural división de responsabilidades entre el comerciante exportador y el comprador extranjero".

8. El término c.i.f. en el comercio aéreo.

Aunque el término c.i.f. ha estado tradicionalmente vinculado a las compraventas marítimas internacionales, no hay razones para pensar que él no pueda ser utilizado en transacciones de esta naturaleza implementadas por vía aérea.

En principio, el vendedor debería embarcar las mercancías objeto del contrato a bordo de un avión con destino al aeropuerto convenido en el país del comprador y obtener, por su cuenta, la correspondiente carta de porte aéreo (69) y una póliza de seguro, para remitirlas al comprador junto con la factura comercial.

Como la costumbre mercantil no ha definido el momento en que los riesgos serían transferidos, las partes podrían convenir en que ellos lo serían en el momento en que el vendedor entregara las mercancías a la compañía de aviación en el lugar de embarque. La propiedad sería transferida mediante la entrega de los documentos al comprador.

Evidentemente, como los documentos, en la mayor parte de los casos, viajarían por vía aérea junto con las mercancías, desde que no hay medio más rápido de poner al comprador en posesión de los documentos, un aspecto de la esencia misma de la compraventa c.i.f. podría considerarse alterado. El comprador no estaría en condiciones de disponer de los documentos antes de que las mercancías simbolizadas por ellos llegaran a su destino. Se podría sostener que no se habría producido la tradición documental de las mercancías en viaje, característica de las compraventas mobiliarias en las que hay involucrada una operación de transporte.

No obstante, estas observaciones no parecen significativas si se tiene en cuenta que, desde el momento en que el vendedor se ha desprendido del riesgo al poner las mercancías a disposición de la compañía de aviación, en realidad el comprador está

(68) Op. cit., p. 36.

(69) Air Consignment Note (ACN) o Air Waybill (AWB) en inglés según la Convención de Varsovia de 1929 y el Protocolo de La Haya de 1955, respectivamente.

comprando documentos y no mercancías, aunque ambos lleguen juntos a su poder, ya que si las mercancías se perdieran o deterioraran durante el viaje, aquél estaría obligado a pagar el precio cuando los documentos le fueran presentados y en virtud de ellos podría accionar contra la compañía de aviación y contra la aseguradora. El hecho de que las mercancías y los documentos llegaran juntos sería irrelevante para estos efectos. Otro sería el problema si el vendedor y el comprador hubieran pactado el pago del precio contra la llegada efectiva y real de las mercancías. Ese contrato no sería un verdadero contrato c.i.f.

No hay que ocultar que la estipulación c.i.f. no se presenta con toda su riqueza en las compraventas por vía aérea. Al transplantarla a un medio que no le es propio, deja de poner en evidencia algunas de sus facetas. Sin embargo, ella mantiene su enorme utilidad mercantil tanto al posibilitar una conveniente división de obligaciones y responsabilidades entre el exportador y el comprador, como al ofrecerles un elemento reconocido y profusamente utilizado para el cálculo del precio.

Es necesario, no obstante, tener en cuenta el régimen legal de la aviación civil internacional, pues él puede ser de gran significación para contratar en términos c.i.f. en ese contexto. Una importante proporción de los servicios aéreos mundiales está regulada por la Convención para la unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional firmada en Varsovia el 12 de octubre de 1929, más comúnmente conocida como la Convención de Varsovia de 1929, la misma que ha sido suscrita y ratificada por más de 96 países. Una proporción menor puede estarlo por la Convención de Varsovia de 1929 modificada por el Protocolo de La Haya de 1955; y, otra lo estará por las legislaciones aeronáuticas nacionales.

Estos diversos regímenes legales podrían contener disposiciones diferentes sobre la negociabilidad de la carta de porte aéreo y si ellas no fueran tenidas en consideración por las partes al momento de contratar, podrían producirse serios conflictos.

La Convención de Varsovia de 1929 no se pronuncia acerca de este importante aspecto de lo que algunos tratadistas han inferido que la carta de porte aéreo no es negociable para ella. Otros sostienen lo contrario. El Protocolo de La Haya de 1955, que modificó la Convención de Varsovia de 1929, salva esta omisión, estableciendo que el documento puede ser extendido como negociable.

De otro lado, las legislaciones domésticas que pudieran ser aplicables en aquellos vuelos no gobernados por el régimen varsoviano podrían tener disposiciones en uno u otro sentido. Sassoon (70) dice al respecto que "la carta de porte aéreo requerida por la Carriage by Air Act 1932 (71) no es un documento de título ni es generalmente negociable", de lo que deduce que "los contratos c.i.f. no se extienden al transporte aéreo". (72). La Ley de Aeronáutica Civil del Perú (No. 15720) y su Reglamento no prohíben la emisión de una carta de porte aéreo negociable, documento al que, de otro lado, el Decreto Ley 20236 le reconoce mérito ejecutivo de su artículo 2a., inciso 6.

Por todas estas consideraciones —muy superficialmente expuestas por las limitaciones de este trabajo—, la celebración de una compraventa c.i.f. implementada por vía aérea deberá ser cuidadosamente observada por las partes.

(70) Op. cit., p. 6.

(71) Ley (inglesa) de Transporte Aéreo de 1932.

(72) Imaginamos que el autor citado se refiere sólo a aquellos casos regulados por la ley interna inglesa.

ALGUNAS HIPOTESIS SOBRE LAS REFORMAS DE LA MINERIA DEL COBRE *

Indudablemente, para los países de producción minera, cualquier esfuerzo de desarrollo supone enfrentar la redefinición de su política de explotación minera. Los supuestos conceptuales de tal necesidad son más que obvios y han dado motivo a un largo análisis en las ciencias sociales: nuestros países son dominados a través de su carácter de exportadores mineros, carácter que es causa y efecto del subdesarrollo.

Desde el comienzo del proceso político dirigido por la Fuerza Armada en el Perú, la temática de la reforma minera ha estado planteada reiteradamente. En numerosos textos oficiales de las autoridades políticas, especialmente los discursos del Presidente Velasco y del Ministro de Energía y Minas, Fernández Maldonado, se ha denunciado como entreguista la política minera seguida por los gobiernos anteriores. De acuerdo a ello, en julio de 1969 el Presidente Velasco señalaba:

“El campo de la minería reviste un enorme interés para el país, porque el desarrollo nacional está íntimamente ligado al desarrollo de la minería. El sector externo de nuestra economía dependerá fundamentalmente de la exportación de metales con el mayor grado de procesamiento que permita nuestro desarrollo industrial (...). Repetidas veces el Gobierno Revolucionario ha expresado su decisión de apoyar al inversionista que llega a nuestro país y trabaja respetando sus leyes. Dentro de este planteamiento, existen numerosas solicitudes de inversión de grandes empresas con cuyos representantes se están discutiendo las condiciones de operación, negociaciones que aún continúan por lograr acuerdos que satisfagan las legítimas aspiraciones nacionales. En esta

oportunidad, habría sido fácil anunciar a la Nación la suscripción de varios contratos, si éstos se hubieran concertado en condiciones similares a las que solieron aceptarse bajo gobiernos anteriores; pero nosotros no podíamos haber actuado así, porque ello habría significado dilapidar el patrimonio de nuestras futuras generaciones”. (1)

Desde entonces, han sido dictadas numerosas disposiciones legales y un buen número de resoluciones administrativas, bien para cambiar las reglas del juego, bien para implementar directamente la nueva política afectando determinados intereses, bien para crear un aparato estatal de implementación en el cual destacan un nuevo ministerio de energía y minas y una empresa estatal MINERO-PERU.

Todo un conjunto de normas legales expresa en el Perú, la nueva política minera. Las nuevas disposiciones son suficientemente conocidas, de modo que no abordaremos en este trabajo la tarea de hacer una presentación del marco legal. Sin embargo, consideramos ilustrativa la síntesis de este nuevo ordenamiento jurídico, hecha también por el Presidente de la República:

“La ley general de minería, consagra el derecho preeminente del Estado sobre todos los recursos mineros del país. Por primera vez asu-

*Trabajo presentado a la Conferencia sobre Recursos Naturales y Bienestar Nacional: el caso del cobre, Lusaka, 3 al 10 de julio de 1974.

1. VELASCO, *La Voz de la Revolución*, t.1, pág. 72.

me el control efectivo de los cuantiosos recursos mineros y se reserva la refinación de los metales y la comercialización de los productos. Asimismo, la ley establece que los recursos minerales no pueden permanecer indefinidamente inexplorados mediante el tradicional sistema de pago de un simple canon territorial. Ahora, las empresas mineras están obligadas a invertir en las fases de exploración, preparación e iniciación de la producción de las minas, etapas para las cuales la ley establece límites de tiempo muy precisos en relación con los volúmenes de mineral de cada yacimiento. De este modo, las minas no podrán ser mantenidas improductivas por las empresas que solían guardarlas como reserva de acuerdo a su interés particular. La ley establece que la actividad empresarial del Estado, es factor esencial en el desarrollo de la industria minera; principio que sustenta la creación de MINERO PERU como la gran empresa estatal de minería, así como el establecimiento de las normas que habrán de regir las empresas en las que el Estado participará en concurrencia con el sector privado". (2)

Siendo éstos los propósitos centrales de la nueva política minera en el Perú, de particular repercusión sobre el cobre que es el mayor de nuestros minerales de exportación, no consideramos que sea posible ni tenga sentido abordar la problemática en cuestión limitándose a la forma en que las normas legales traducen los enunciados políticos; tampoco sería suficiente hacer la exégesis del nuevo ordenamiento legal. Nuestro enfoque busca enfatizar dos aspectos principales. De una parte, señalar temas para el estudio del funcionamiento de las normas legales, pretendiendo contrastar los propósitos de la nueva política con las realizaciones efectivas, por lo menos en lo tocante a los aspectos más importantes. En segundo lugar, queremos sugerir algunas hipótesis interpretativas generales que parecen fluir de la experiencia peruana de su nueva política minera y que dicen relación con algunos de los problemas centrales referentes al desarrollo nacional. Estas hipótesis tocan dos puntos relevantes:

- 1) la cuestión de la significación global de la política cuprífera en términos de maximización del beneficio nacional, y
- 2) los problemas de viabilidad-inviabilidad de las reformas mineras con los cuales la condición de

país dependiente se ve enfrentada concretamente a través de la explotación del cobre.

Este es un trabajo de carácter exploratorio. Hemos reunido alguna información preliminar y con ella presentaremos algunas hipótesis que puedan ser útiles para enrumbar investigaciones posteriores. No pretendemos, pues, de modo alguno, un análisis exhaustivo.

Dividiremos el análisis en cuatro temas principales, sobre los cuales realizaremos el enfoque anunciado. Los tres primeros corresponden a las distintas fases de la industria del cobre: explotación, refinación y comercialización. El cuarto tema toca un objetivo social: la participación de los trabajadores, que es un objetivo declarado por el Gobierno Peruano, que ha recibido una serie de mecanismos originales para su funcionamiento y que toca de modo directo una de las variables cruciales al analizar la conexión entre explotación minera y bienestar nacional (3).

1. Explotación.

Un primer elemento muy importante de tener en cuenta para comprender el marco real en el cual se da la política minera es el hecho de que en el Perú, la mayor parte de los recursos cupríferos no se encuentran bajo explotación. Es decir, contrariamente al caso de algunos de los otros países productores, los yacimientos de cobre en explotación en el Perú constituyen una parte relativamente pequeña del total de recursos disponibles. De ahí que la política minera haya debido contemplar dos aspectos totalmente distintos: lo referente a los yacimientos no explotados y lo concerniente a los yacimientos bajo explotación.

La política general parece haber sido concentrar en el Estado la responsabilidad de la explotación de la gran minería, a la cual pertenece el cobre. Como veremos más adelante, esta política tiene varios mecanismos y alguna excepción, pero creemos encontrar suficiente evidencia de la tendencia general destinada a que el Estado sea quien explote los recur-

2. Mensaje a la Nación del 28 de julio de 1971 en: VELASCO, *La Voz de la Revolución*, t.2, pág. 131.

3. Cf. SEIDMAN, Ann., *Natural resources and national welfare: the case of copper mining. Introduction: the aim of the project*, Lusaka, 1973, mimeo, 28 pp.

sos cupríferos. En lo que sigue, vamos a examinar los diversos mecanismos de implementación de esta política.

1.1. Reversiones.

El sistema legal pre-existente permitía que, bajo el sistema de concesión, la empresa privada acaparase derechos sobre yacimientos a cambio de un impuesto barato y sin ninguna obligación de explotarlos. Las primeras medidas de la nueva política minera buscaron cambiar de raíz esta situación, estableciendo el principio jurídico que en la doctrina minera se denomina "amparo por el trabajo"; es decir, que la concesión sólo se legitima si produce o si se encamina a la producción.

Las nuevas medidas incluyeron la obligación de las empresas privadas de presentar calendarios de trabajo ante las autoridades, que debieron aprobarlos, y la necesidad de cumplir con niveles progresivos de producción mínima. El control de estas disposiciones ha significado que numerosas concesiones cupríferas vuelvan a dominio del Estado, el que las ha reservado prontamente para explotación directa a cargo de la empresa estatal Minero-Perú, por cuenta propia o en unión con empresas extranjeras; uno de los casos más ilustrativos es el de Antamina, importantísimo yacimiento de cobre que ha revertido al Estado y en esta nueva condición ha dado origen al surgimiento de una empresa mixta entre el estado peruano y el estado rumano, a la cual habremos de referirnos inmediatamente.

1.2. Explotación estatal.

Actuando directamente o en el régimen de empresas mixtas, el Estado peruano está desarrollando una serie de proyectos de explotación. El de Cerro Verde es uno de los dos más grandes, con una reserva de 800 millones de toneladas de cobre y que, según se estima, requiere de una inversión de US\$ 105 millones (4).

Los requerimientos financieros y las necesidades tecnológicas son los dos argumentos que se repiten como justificaciones a la explotación conjunta de Minero-Perú con empresas extranjeras. Las fórmulas utilizadas son dos: la empresa mixta (con el 51 o/o de acciones para el estado peruano) y los contratos de gerencia. En el primer caso, la participación del capital extranjero asume el riesgo de la explotación y compromete recursos directamente, quedando las decisiones técnicas confiadas a los funcionarios extranjeros.

Un contrato-tipo de esta variante es el firmado con el gobierno rumano para explotar el yacimiento de Antamina, y al cual aludieramos antes. La Empresa Minera Especial Antamina tiene una inversión prevista de US\$ 70 millones para una producción anual de 40,000 toneladas de cobre (e igual cantidad de zinc). Dentro del aporte de capital de Minero-Perú (que suma el 51 o/o del capital de la empresa) se ha valorizado por primera vez los derechos de explotación del yacimiento, lo cual constituye una novedad en el régimen de estos contratos (5).

Bajo la otra fórmula, la de los contratos de gerencia, utilizada en el caso de Cerro Verde, Minero-Perú es el único accionista de la empresa, pero recurre a un contrato de servicios financieros y de administración con una empresa extranjera; empresas inglesas, suecas y japonesas han participado en esta modalidad. Al parecer, esta intervención es informalmente sugerida por las fuentes financieras, que exigen una "administración sólida" para comprometer sus préstamos. Como consecuencia de estas exigencias, el Estado en muy pocas ocasiones se ve en condiciones de realizar la explotación por cuenta propia, sin recurrir a la asociación con empresas extranjeras, sea mediante empresas mixtas, sea mediante los contratos de gerencia.

Uno de los pocos casos de explotación exclusivamente estatal es el Tintaya, lo cual resulta probablemente explicado por el menor tamaño del yacimiento: 50 millones de toneladas de reservas y una inversión de US\$ 48 millones (6).

Quisiéramos subrayar las carencias que, aparentemente, actúan como determinantes de las condiciones de relación entre el estado peruano y las empresas extranjeras, tratándose de este objetivo de desarrollar la explotación cuprífera por cuenta del estado peruano. La carencia de capitales y la necesidad de adquirir tecnología se combinarían para exigir al Estado una administración extranjera, revestida de un ropaje estatal. Un punto de la mayor importancia es el determinar la direccionalidad de esta presencia extranjera; es decir, si tiene o no un carácter transitorio. Sin embargo, sólo una investigación detallada, podría responder a estos tres aspectos: 1) en qué medida estas condiciones son impuestas como maniobras de chantaje al Estado y cuál es el margen de juego que éste puede usar; 2) hasta

4. *Peruvian Times*, No. 1719, Vol. XXXIII, 12.4.74, p. 3.

5. *El Peruano*, 19.9.73

6. *Peruvian Times*, No. 1711, Vol. XXXIII, 19.10.73, p.8.

qué punto realmente estas carencias son o no consecuencia de ciertas formas de explotación minera, que podrían ser sustituidas por otras; y, 3) qué significado y consecuencias concretas tiene la administración extranjera recubierta del formato estatal. Estos puntos requieren de una detallada investigación empírica.

La respuesta a las interrogantes anteriores permitiría plantearse la factibilidad y términos de la explotación a cargo del Estado y realmente por cuenta propia. Esto sería la alternativa a la situación actual, en la cual, evidentemente las fuentes financieras internacionales están directamente conectadas con los intereses de las empresas mineras multinacionales; de ahí que las primeras ejerzan presión para la incorporación de las segundas; así, financiación, tecnología y administración extranjeras llegan en un mismo paquete, aún cuando formalmente aparezcan a través de instituciones distintas. Esta temática toca uno de los aspectos ífmite del problema de la maximización de beneficios para el país que ensaya la explotación estatal como un mecanismo alternativo al de la explotación por la empresa extranjera y resulta de la mayor relevancia para ser analizado detalladamente.

1.3. Estatización.

Los dos puntos anteriores se refieren a la explotación de nuevos yacimientos. Puede hipotetizarse que es propósito efectivo del gobierno peruano que toda la gran minería sea estatal. Para este efecto, no basta con que los nuevos yacimientos sean explotados por Minero-Perú, sino que las grandes explotaciones mineras actuales pasen al Estado exclusivamente o bajo la modalidad de empresa mixta (denominada legalmente "empresa minera especial").

Como es sabido, las dos mayores empresas productoras del cobre en el Perú han venido siendo Cerro de Pasco Corp. y Southern Peru Copper Corp. La primera de ellas en enero de 1974, ha sido adquirida por el Estado y con ella se ha creado una nueva empresa estatal (CENTROMIN-PERU); el caso de esta nacionalización merecería un análisis aparte, pero en todo caso es una buena muestra de la política general de explotación estatal.

El caso contrario parece representarlo la Southern que no sólo conserva sus derechos en Toquepala, adquiridos bajo el régimen legal anterior, sino que en diciembre de 1969 firmó un nuevo contrato para explotar al rico yacimiento de Cuajone, antes

de que el gobierno aprobara las nuevas reglas del juego, bajo las cuales se reserva el Estado la refinación y la comercialización. Este contrato ha sido señalado en diversas ocasiones como muestra del carácter conciliador del gobierno con el imperialismo (7); sin embargo, puede sostenerse que el contrato de Cuajone, con toda su importancia, no da cuenta de la política general del régimen. Es prematuro predecir si en el futuro, podría decidirse una nueva estatización o si más bien el estado se asociaría a Southern en una explotación conjunta —como lo está negociando con la tercera empresa minera más grande, Marcona Mining Company, para la producción de hierro—. Lo que resulta claro es que el gobierno firmó el contrato de Cuajone en una circunstancia de escasez de recursos financieros y de inversión privada en general y que, si bien éste no es el modelo de operación del régimen, probablemente tenga que respetarlo debido a la necesidad de poner en operación el yacimiento lo más pronto posible y a los intereses financieros ya comprometidos en el proyecto. En efecto, a los US\$ 550 millones necesarios para esta operación, contribuyen un consorcio de bancos encabezados por el Chase Manhattan, el EXIMBANK y un grupo de compradores que se harán pago con las ventas de los primeros quince años (8). En estos términos, parecería improbable que se intente una estatización.

De momento, lo que ha hecho el gobierno con empresas como la Southern y la Cerro, hasta que fue estatizada, ha sido ajustar las clavijas en algunos de los mecanismos que les permitan trasladar las utilidades al exterior. El "factor agotamiento" ha sido eliminado de los beneficios tributarios y los controles tributarios ejercidos sobre estas empresas parecen ser bastante severos. Sin embargo, la presencia de la empresa extranjera conlleva ciertos mecanismos que han sido ya analizados. Por ejemplo, Brundenius (9) apunta: las importaciones de material y maquinaria de las empresas matrices, la constitución de préstamos con esas mismas empresas, y el pago de royalties y otras deducciones, como las principales formas de simulada exportación de ganancias que son inherentes a la empresa extranjera. Un factor distinto es el de la comercialización que,

7. QUIJANO, Anibal, *Nacionalismo, neo-imperialismo y Militarismo en el Perú*, ed. Periferia, Buenos Aires, 1971.

8. *Peruvian Times*, No. 1736, Vol. XXIV, 19.4.74, p. 3.

9. BRUNDENIUS, C. "The Anatomy of Imperialism; the case of the multinational Mining Corporation in Peru", *Journal of Peace Research*, No. 3, 1973.

en manos de la empresa extranjera, significó una forma adicional de extracción de ganancias mediante la subvaluación de las exportaciones; de la reforma introducida en esa fase, nos ocuparemos más adelante.

Aquí surge otro tema de investigación empírica: el comportamiento de la administración tributaria responsable de controlar los balances de estas grandes empresas y los criterios de aplicación sobre las deducciones permitidas legalmente.

2. Refinación.

Sólo una pequeña parte de la producción total del cobre del Perú se refina en el país. El proceso de refinación se hace en el Perú a través de dos refinerías, de propiedad de las empresas más grandes: Cerro (hoy Centromin-Perú) y Southern, pero en realidad, esta última sólo produce el cobre "blister". El resto del cobre es procesado en refinerías en el extranjero antes de ser vendido a los compradores o es comprado como "concentrado" y procesado por los propios compradores, lo cual es lo más frecuente, conforme veremos más adelante.

Las consecuencias de esta situación son evidentes respecto al menor ingreso y al menor proceso de desarrollo industrial que significa para el país el exportar materia prima con menor grado de procesamiento. Esto está tratando de ser remediado. Una refinería estatal está siendo instalada en Ilo por contratistas japoneses y debe entrar en operación hacia fines de 1975 (10). A pesar de la alta inversión, habida cuenta de los nuevos proyectos estatales en desarrollo, aún con esta nueva refinería, que procesará por lo menos 150 mil toneladas de cobre al año, la mayor parte del cobre que se produzca en 1976, calculado en 565,000 toneladas (11), seguirá exportándose sin refinar. Debe repararse, de otra parte, que la refinería de la Southern constituye un "derecho adquirido", y en consecuencia, una excepción al principio general de que la refinación corresponde al Estado. Por último, en el caso de Cuajone, y según el respectivo contrato entre el Estado y la Southern, los minerales extraídos son de libre disponibilidad de la empresa, lo cual incluye las decisiones sobre la refinación.

Todo lo anterior muestra que la etapa de la refinación es de alta vulnerabilidad para la maximización nacional de beneficios de la explotación cu-

prífera. De un lado, el valor agregado es bastante menor en el caso de la exportación de "concentrados" y "blister"; de otro lado, en el mercado mundial la capacidad de maniobra y manipulación del estado peruano sobre su producción es menor cuando una parte esencial del proceso productivo no depende de decisiones controlables por el propio Estado, sino que es controlada por empresas situadas en el exterior.

No mencionamos la incidencia sobre la industria nacional, porque todavía el cobre refinado en el país supera largamente el monto de las necesidades de abastecimiento de la industria, lo cual muestra de otra manera el carácter del país sub-desarrollado. Un enorme complejo industrial alrededor de la futura refinería estatal de Ilo trata de afrontar este aspecto del problema, abasteciéndose con el cobre allí refinado y mirando a los mercados andinos, en primer lugar, y de la ALALC después (12). Esto último debido a que el reducido mercado nacional, resultado de la dominación interna en nuestros países, es insuficiente para las economías de escala indispensables en el complejo industrial.

3. Comercialización.

Como se ha indicado anteriormente, el nuevo orden legal dispone la comercialización por el Estado de todos los minerales que el país exporta (con la presunta excepción de aquellos que se extraigan de Cuajone). El punto es de una enorme importancia en lo que podemos llamar una estrategia de desarrollo nacional. Sin embargo, tal expectativa puede ser desmedida si se examinan las modalidades concretas de comercialización que está utilizando la empresa estatal MINERO-PERU (13).

Veamos las tres formas bajo las cuales comercializa el Estado. La primera de ellas corresponde a los contratos ya existentes al momento de darse la nueva legislación. En este caso, la empresa estatal se ha introducido en la relación contractual entre el productor y el comprador, con el objeto de supervisar los términos del contrato y vigilar su cumplimiento, a fin de controlar las posibles evasiones mediante la

10. *Peruvian Times*, No. 1706, Vol. XXXIII, 14.9.73

11. *El Peruano*, 19.9.73

12. *Peruvian Times*, No. 1706, Vol. XXXIII, 14.9.73.

13. La información que sigue ha sido obtenida a través de entrevistas personales con funcionarios de MINERO-PERU y de algunos documentos de la empresa no publicados. Obviamente se prescinde de las citas.

exportación subvaluada. En realidad, MINERO-PERU no comercializa sino que se agrega a la relación contractual pre-existente asumiendo un rol fiscalizador. Esta primera forma se denomina "contrato tripartito" aludiendo a la intervención del Estado, por la cual la empresa estatal cobra una comisión del 0.5 o/o, sobre el precio pactado, lo cual constituye la utilidad del Estado; esto no puede equipararse a una comisión de comercialización —puesto que MINERO-PERU en verdad en este caso no efectúa labores de comercializador —sino más bien equivale a un impuesto adicional. Los contratos en muchos casos datan de varios años atrás; esto significa, por ejemplo, que toda la producción de la flamante empresa estatal CENTROMIN-PERU (ex Cerro de Pasco Corporation) es actualmente comercializada por Cerro Sales Co. Debido a la subsistencia de muchos contratos anteriores al nuevo régimen legal, esta forma fue la predominante en las ventas formalmente efectuadas por la empresa estatal en 1973: 40 o/o del valor total de las ventas (No tenemos el dato discriminado para el cobre, pero la cifra es significativa puesto que el cobre constituyó el 73,7 o/o del valor total de ventas de minerales de MINERO-PERU en 1973).

La segunda forma de intervención de la empresa estatal es la "venta a través de agentes". En este caso, la empresa estatal coloca la producción cuprífera a través de los "brokers" del mercado mundial de cobre, pagando comisiones que oscilan entre el 0.5 o/o y el 2 o/o (o equivalen a US\$ 5 por TMCS) y percibiendo el Estado una tasa variable de comisión. En realidad, aquí la utilidad estatal es mayor que en la forma "tripartita" pero el mecanismo de comercialización es idéntico; la sola diferencia es que MINERO-PERU tiene la iniciativa del encargo al agente intermediario del mercado mundial, agregándose a la relación que antes establecía directamente al productor. Como es obvio, MINERO-PERU tampoco comercializa propiamente mediante esta forma sino que se suma como intermediario y percibe por ello una utilidad; pero las ventas que se hacen por esta vía en modo alguno implican tomas de decisiones que expresan una presencia del estado peruano en el mercado mundial del cobre. Dentro de la composición del total de ventas de la empresa estatal para 1973, esta forma significó el 23 o/o del valor.

La tercera forma de actuación de MINERO-PERU es la venta propia; en realidad, se trata de contratos de gobierno a gobierno, que no pasan por los mecanismos del mercado mundial; esta forma es

pecialmente ha sido utilizado para colocaciones de cobre bastantes significativas en países socialistas. El precio de compra de MINERO-PERU al productor, para el efecto de estos contratos, es fijado como en los casos anteriores, es decir, la empresa estatal detrae una comisión por la venta y paga lo restante al productor. En 1973 la proporción de esta forma aumentó hasta totalizar el 30 o/o del valor total de ventas, aunque en lo que se refiere a cobre el porcentaje parecería haber sido menor.

Para tener una idea de las ganancias efectuadas por MINERO-PERU a través de sus diferentes actividades de comercialización, el cuadro No. 1 muestra la incidencia de las comisiones de los agentes intermediarios y de MINERO-PERU sobre el monto total de ventas al extranjero efectuado en 1973.

CUADRO No. 1

DESTINO DEL PRODUCTO DE VENTAS AL
EXTRANJERO EFECTUADAS POR MINERO-PERU

	Soles	o/o
Ventas al extranjero (valor total)	17,839'309	100 o/o
Comisiones cobradas por los agentes	44'200	0.25
Precio pagado al productor	17,454'076	97.85
Utilidad bruta de MINERO-PERU	341'033	1.9

FUENTE: Estado de ganancias y pérdidas de MINERO-PERU, 1973, no publicado.

En lo que se refiere particularmente al cobre, el cuadro No. 2 muestra el volumen comercializado y el valor de las ventas efectuadas por MINERO-PERU a través de las diversas modalidades descritas, durante los dos últimos años, desagregando la condición del cobre vendido.

CUADRO No. 2

VENTAS DE COBRE EFECTUADAS EN 1972 Y 1973;
SEGUN CONDICION DEL MINERAL

ESTADO DEL MINERAL	1972		1973	
	Volumen en TM.	Valor en Soles	Volumen en TM.	Valor en Soles
Refinado	35,932	1,422'670	42,973	2,628'294
Blister	137,153	5,120'066	125,769	7,981'336

Concentrado	134,381	1,083'119	117,035	1,529'259
Mineral	8,505	38'800	3,576	47,622
Cemento	3,404	56'551	515	20'757

FUENTE: Memorias de MINERO-PERU, no publicadas.

Indudablemente, la tendencia de la comercialización por la empresa se dirige a "asumir directamente" la tarea. Sin embargo, parecería haber internamente diversas formas de concebir esta responsabilidad cuando comprenda todo el cobre producido, al desaparecer en 1976 los antiguos contratos en los que ahora MINERO-PERU introduce la modalidad "tripartita". La tendencia o interpretación más radical plantea que la empresa estatal debe vender directamente al consumidor, lo cual supone entrar a operar sin agentes intermediarios en el mercado mundial. Aquí queda por aclarar si se circunscribe el rol del Estado a actuar como comisionista en favor de los productores en el Perú. Una propuesta distinta le asigna al Estado el rol de monopolista intermediario entre la producción nacional y un agente vendedor del mercado mundial, al cual se asociaría la empresa estatal.

La primera de las posibilidades supone ingresar al mercado mundial en términos de monopolio del comercio exterior peruano de cobre, como hasta ahora no se ha hecho; recuérdese el carácter minoritario de las ventas directas. Pero esta posición supone también que el Perú asuma un rol activo en la concertación con los países productores de cobre. Al parecer esto sería el consenso del CIPEC en la reciente reunión en Lusaka, de junio de 1974: actuar a través de una empresa multinacional comercializadora del cobre de los propios productores. Es evidente que esto último se ve seriamente disminuído si MINERO-PERU sigue actuando a través de agentes en el mercado mundial, en los cuales reside de verdad la posibilidad de especulación dentro de la oferta y la demanda.

En realidad, hay un elemento adicional que quisiéramos introducir en la discusión del problema de comercialización y el rol que le compete a la empresa minera del Estado. Esto es la fijación de precios. Como hemos señalado, la política seguida hasta ahora para determinar el precio de compra por el Estado al productor en el país ha sido tomar como referencia el precio de venta efectivamente obtenido y trasladarlo al productor, menos una comisión a favor de MINERO-PERU (y el otro agente vende-

dor, si lo hubiera) que es la ganancia del Estado por esta intervención en el comercio exterior del cobre. Esto se ve con claridad en el cuadro No. 1, en el cual se percibe la exigua ganancia del Estado (1.9 o/o). Esta política es distinta a la que sigue el Estado peruano en otros sectores productivos en los cuales monopoliza la comercialización; en el caso del sector agrario, que incluye productos de exportación, el Estado fija el precio de compra al productor en función de sus costos más una utilidad razonable; la diferencia obtenida por el Estado en su actividad comercializadora (que es influenciada por una serie de factores especulativos, a los cuales no es ajena la fuerza de la monopolización de la oferta por el Estado) es beneficio para éste. Que esté ocurriendo lo contrario en el sector minero, y en particular con la comercialización del cobre, significa que, el Estado se limita a intermediar entre productor y comprador a cambio de una comisión, pero no ejerce el monopolio en beneficio propio; en suma, que la comercialización estatal así entendida no maximizaría beneficios para el Estado sino para el productor (que en algunos casos sigue siendo una empresa privada).

Lo anterior nos lleva a tres distintos niveles del problema de comercialización por el Estado. Una primera forma de actuación del Estado —que es la predominante en este momento de la actividad de MINERO-PERU— se limita a intermediar entre productor y agentes vendedores del mercado mundial; sea por los viejos contratos, sea por iniciativa de la empresa estatal, esta actuación sólo importa un control directo sobre posibles amañamientos en los contratos de venta al exterior y le asegura un pequeño margen de ganancia adicional al Estado como intermediario, que equivale a un impuesto adicional.

Un segundo nivel sería el de plantear que la empresa estatal actúe por cuenta propia en el mercado, sin recurrir a agentes y que —concertadamente con los otros países de CIPEC— pueda imponer ciertas condiciones de la oferta y sobre los precios. En este nivel, el Estado no sería ya un simple intermediario sino que trataría de maximizar beneficios, especulando con su paquete de producción de cobre y desafiando el mercado mundial. (Esto nos remite al problema de los límites en que puedan operar los países productores en el mercado mundial, al parecer, altamente controlado por los compradores).

Un tercer nivel, que aparentemente no se habría planteado hasta ahora en la implementación de la

política minera, es la posibilidad de que la mayor ganancia obtenida por el Estado en la comercialización, en buena parte debido a su capacidad de imposición de condiciones o precios como sugiere el nivel anterior, no sea trasladada al productor; es decir, que esta ganancia sea retenida sustancialmente por el Estado quien fijaría sus precios de compra en función de los costos de producción y detraería el resto para hacer viable la acumulación nacional necesaria para el proceso de desarrollo. Esto es enormemente significativo por dos hechos claros: uno es que la empresa privada sigue siendo productor del cobre en el país y hay indicios de que va a continuar siéndolo en una cierta proporción; y el segundo es que en la empresa mixta hay presencia de capitales extranjeros. Si el Estado en su actividad comercializadora se limita a trasladar la ganancia al productor, sujetándose a cobrar una comisión de intermediario —como hasta ahora lo ha hecho—, el monopolio de la comercialización beneficia directamente al productor —en parte extranjero— y no fundamentalmente al Estado—, con lo cual se torna ilusoria la concepción de la comercialización estatal como mecanismo que garantiza una maximización nacional de beneficios.

4. Participación de los trabajadores

Uno de los temas más insistentes en la terminología política del gobierno militar peruano es el de la participación (14). Al nivel de las empresas se ha constituido la comunidad minera, institución que implementa esta reforma social, reuniendo a todos los trabajadores estables y a tiempo completo de la empresa (Decreto-Ley 18880; art. 277), con el objetivo de participar en la propiedad de la misma y, como consecuencia, en las utilidades y la gestión. La participación en la propiedad es progresiva y en función de una cuota porcentual de las utilidades anuales de la empresa.

En el caso del sector minero, la comunidad participa con un cuatro por ciento de la renta neta de la empresa como participación líquida y un seis por ciento de participación patrimonial (D.L. 18880; art. 281). Esto significa que un cuatro por ciento es destinado a repartirse entre los trabajadores, como un plus-salario, mientras el otro seis por ciento se dedica a reinversiones de la empresa o, a falta de éstas, a adquirir acciones de la empresa que son colectivamente apropiadas por los trabajadores. Este mecanismo de participación en la renta neta de la

empresa, según la ley, permitirá adquirir para los trabajadores hasta el 50 o/o del capital social de la empresa.

A lo anterior hay que añadir un elemento complementario. El 80 o/o de lo que recibe la comunidad de la empresa, en ambos niveles de participación (líquida y patrimonial), es transferido a una comunidad de compensación que reúne a todas las comunidades empresariales de base (D.L. 18880; arts. 282 y 287). Esta comunidad de compensación funciona como un mecanismo redistributivo entre los trabajadores de las diferentes empresas, buscando homogenizar las diferencias existentes por razones de diversa rentabilidad o productividad. Sin embargo, la homogenización no opera al interior de la empresa misma, en la cual la mitad de la participación líquida en las utilidades se reparte entre los trabajadores en proporción a sus remuneraciones (D.L. 18880; art. 283); es decir, quien gana más salario más recibe como participación de utilidades, principio que agrava y acentúa las existentes diferencias de remuneración.

Como queda indicado, en la proporción en la cual la comunidad minera sea propietaria del capital accionario de la empresa, participa en su gestión, a través de la junta de accionistas y del directorio de la empresa ante el cual nombra sus representantes (D.L. 18880; art. 296). En el caso de la empresa estatal o mixta, la comunidad no recibe acciones de la empresa sino bonos y, por tanto, su participación en el directorio es fija: dos representantes (D.L. 18880; arts. 286 y 291). Importa destacar que la ley prohíbe elegir como dirigentes de la comunidad a los dirigentes del sindicato (D.L. 18880; art. 295). 295).

Esto puede ser de especial importancia si dejamos el marco legal, que hasta aquí nos hemos limitado a describir, y tratamos de delinear algunas hipótesis de investigación para analizar la significación de la comunidad minera en su contexto específico. En el contexto del movimiento obrero minero, la comunidad minera es una participación no pedida, es decir, una demanda no formulada nunca por los trabajadores que, sin duda, están entre los más organizados y combativos del proletariado peruano. Esto

14. Cf. VELASCO, *La Voz de la Revolución*, Ediciones Participación, Lima, 1972, 2 tomos.

puede explicar el relativo escepticismo con el cual ha sido recibida esta nueva institución; numerosas declaraciones sindicales denuncian, además, a la comunidad minera como un instrumento de inaceptable conciliación con el imperialismo.

Si resumimos los argumentos utilizados contra la comunidad minera, podríamos ordenarlos del modo siguiente. En primer lugar, el alto capital de las empresas mineras y sus planes de reinversión postergan indefinidamente la oportunidad en la cual se alcance por la comunidad un porcentaje de propiedad significativo. En segundo lugar, y como se ha señalado en otra parte de este trabajo, el manejo contable de las empresas les permite deducir como costos lo que en verdad son rubros de utilidades (royalties, intereses sobre préstamos de la empresa matriz, etc.); de modo que la renta neta que aparece en el balance, y sobre la cual la comunidad participa, no es sino una parte de la renta efectiva. En tercer lugar, las dirigencias de las comunidades pueden devenir competitivas con los sindicatos y, a lo largo, debilitar el movimiento obrero. En cuarto lugar, el hecho de que la comunidad no haya sido demandada por los trabajadores debe ser explicitado en términos de que la demanda efectiva del movimiento obrero ha sido la de nacionalización de la gran minería y su conversión en empresas estatales.

Algunos de los argumentos anteriores parecerían haber probado tener sentido en la práctica. Efectivamente, en términos generales las comunidades mineras en dos años de vigencia del nuevo sistema de participación han alcanzado porcentajes ínfimos de participación en el capital de sus respectivas empresas, lo cual torna en simbólica la participación de delegados obreros en los organismos de decisión de la empresa. Algunas empresas —como Marcona Mining Co. y Cerro de Pasco Corp.— han declarado pérdidas y no utilidades, después de aprobada la ley, lo cual refuerza las fundadas dudas sobre la veracidad de sus balances, o sobre la manera de manejar su contabilidad.

De otro lado, si bien las dirigencias de las comunidades no han adoptado abiertamente una actitud anti-sindical, su comportamiento político parece sugerir que está ocurriendo un proceso de cooptación de los dirigentes de las comunidades por parte de los agentes políticos del gobierno y de los burócratas responsables del sector. De hecho, en ciertas coyunturas políticas cruciales, como la estatización de la Cerro de Pasco Corp., la comunidad minera ha jugado un rol activo dentro de la acción táctica del gobierno, mientras el sindicato planteaba

alternativas propias, demandando la estatización sin pago, lo cual fue considerado como una demanda "provocadora" por el gobierno y los propios dirigentes de las comunidades mineras. Esta presunta cooptación de la dirección de las comunidades y sus eventuales tensiones con los sindicatos requiere también de una investigación detallada.

En cuanto a los efectos redistributivos de la comunidad minera, las cifras para 1972, el primer año completo de vigencia del nuevo sistema indican que el monto total de participación líquida (4 o/o de la renta neta de las empresas) fue de 150 millones de soles (15). Si tenemos en cuenta que esto fue repartido entre los 50,441 trabajadores del sector minero que están bajo el régimen de la comunidad (16) encontramos una participación de 2,973 soles (US\$ 68) al año para cada trabajador minero. Sin embargo, este monto es sólo un promedio por cuanto, como hemos señalado antes, la mitad de la suma a repartir se distribuye en proporción directa a los salarios; lo cual equivale a decir que los técnicos, profesionales y empleados recibieron bastante más de esa suma y los obreros recibieron bastante menos.

Importa que nos detengamos todavía en las significaciones de las cifras vistas. Teniendo en cuenta que los 150 millones de participación líquida representan el 4 o/o de la renta de las empresas del sector, podemos proyectar el monto total de la renta neta: 3,750 millones de soles en 1972. En el cuadro No. 3 comparamos las utilidades de años anteriores con esta última cifra.

15. *El Peruano* (19.12.73) consigna la cifra de 180 millones para el primer año y medio (1971-1972) pero el Boletín de la OCLA del Ministerio de Energía y Minas (año 2, enero 1974, No. 8, pág. 9), aparentemente con mayor precisión, da 51'019,810.64 soles para la fracción de 1971 y 147'169,718.76 soles para 1972. En lo que sigue tomamos la cifra de 150 millones para hacer nuestras proyecciones.

16. OCLA, Oficina de Comunidades Laborales del Ministerio de Energía y Minas, No. 1, 1972, págs. 14-15.

CUADRO No. 3

**RENTA NETA DE LAS EMPRESAS DEL SECTOR MINERO
(EN MILLONES DE SOLES)**

AÑO	1967	1968	1969	1970	1972
Renta Neta	4,021	4,943	7,481	7,411	3,750

FUENTE: RODRIGUEZ HOYLE, Daniel, *La Minería Metálica Peruana*, 1971; y cálculo indirecto para 1972 sobre cifra publicada por el MEM (cita 15).

Se constata una obvia coincidencia entre el comienzo del funcionamiento de la comunidad, por la cual los trabajadores debían participar en las utilidades, y un brusco descenso de las utilidades declarados. Pero podemos seguir añadiendo información que permite dudar de las utilidades declaradas por las empresas en 1972. En 1970, el capital social del sector minero era 14,673 millones de soles (17). Si, a falta de información a la mano, proyectamos esta cifra, utilizando la tasa de crecimiento del capital en los últimos cuatro años, podemos estimar conservadoramente que el capital social del sector en 1972 era de unos 18,000 millones de soles. Lo cual, comparado con los 3,750 millones de soles de renta neta del sector en el mismo año, indica una rentabilidad del 20.8 o/o. Si hacemos el cotejo entre esta cifra y la rentabilidad correspondiente a los últimos años, encontramos el resultado que aparece en el cuadro No. 4.

CUADRO No. 4

**RENTABILIDAD DEL SECTOR MINERO
EN LOS ÚLTIMOS AÑOS**

AÑO	1967	1968	1969	1970	1972
o/o	57.31	46.54	67.7	50.51	20.8

FUENTE: RODRIGUEZ HOYLE, Daniel, *op. cit.*, y cálculo indirecto para 1972 sobre cifra publicada por el MEM (cita 15)

Esta rentabilidad, bruscamente reducida desde que existe la comunidad minera, significa que, como la comunidad recibe el 10 o/o de las utilidades

anuales de la empresa, en 1972 la comunidad minera obtuvo un 2 o/o de participación sobre el monto de capital del sector. Pero, como de este por ciento 2/5 se reparten líquidamente, y 3/5 se reservan para la participación de las comunidades en la propiedad accionaria del capital del sector minero de empresas privadas, en 1972, promedialmente, las comunidades mineras alcanzaron el 1.2 o/o de dicho capital. Podríamos añadir aún más cálculos para estimar el plazo en el cual, siguiendo este ritmo, las comunidades alcanzarían hipotéticamente el 50 o/o del capital social de la empresa pero deberían hacerse cuando algunas de las cifras precedentes sean más certeras y se tenga información más completa.

5. Hipótesis para investigación

Quisiéramos sumarizar algunos de los elementos de juicio que salen del sintético examen que hemos tratado de hacer del "modelo peruano" de explotación del cobre, tratando de situarlo dentro de algunos problemas más generales que dicen relación con la temática de la explotación del cobre en términos de los países subdesarrollados. Las proposiciones que se enumeran a continuación deberían ser utilizadas en una investigación de largo aliento.

1. Las reformas que se han podido introducir al régimen de explotación cuprífera se ubican dentro de una situación de dependencia. Esta situación, que implica una dominación de nuestras economías desde los centros hegemónicos del capitalismo mundial, rebasa lo deseable voluntaristamente por una decisión meramente política. La dependencia penetra nuestras economías, nos hace exportadores a un mercado mundial controlado por el imperialismo. Así, la financiación y la tecnología son manejadas por las empresas multinacionales, que imponen sus reglas del juego a los países que tienen que vender su cobre puesto que la economía nacional está orientada a la exportación de esta materia prima. Una abundante bibliografía pone de manifiesto que esta dependencia impone reglas del juego al país exportador de cobre, le trasmite una tecnología que

17. RODRIGUEZ HOYLE, Daniel, *op. cit.*

desemplea, por ejemplo, y lo controla, sea que el nivel de producción esté o no formalmente controlado por nacionales.

La consecuencia de lo anterior sería que los países exportadores de cobre no pueden, en esta etapa de su desarrollo, tomar sino una de dos vías.

- a) Renegociar con el imperialismo a fin de maximizar beneficios para la nación, acumular excedentes y financiar así su propio proceso de desarrollo; fluya como una obvia exigencia que este renegociación se dé en concertación con los otros países subdesarrollados que integran el CIPEC.
- b) Redefinir toda la economía nacional, a fin de que cese de estar orientada a la exportación de materia prima, lo cual implica reorientar totalmente los otros sectores económicos.

La alternativa requiere ser explorada cuidadosamente, manejando las variables macro-económicas y políticas que resultan indispensables.

2. El margen de lo posible dentro de la primera vía, no parece estar siendo utilizado en los mejores términos por el "modelo peruano". Esto parece ser sugerido por: a) la subsistencia o renovada presencia extranjera en la fase de explotación; b) la concepción intermediadora de la comercialización a cargo del Estado y, c) los mecanismos tímidos o falaces de participación de los trabajadores. Los objetivos políti-

cos, e incluso los nuevos principios de la política minera plasmados en la legislación, estarían pasando así por una "traducción" mediatizada o regresiva a través de las medidas concretas de implementación.

3. Tanto en el diseño de los mecanismos legales, como en las políticas realmente implementadas, puede encontrarse la persistencia del valor mítico y abstracto de ciertos patrones nacionalistas que dicen poco en relación con la efectiva maximización nacional de beneficios. La intervención estatal en la comercialización demuestra claramente cómo bajo el ropaje del Estado se establece un mecanismo que beneficia al productor, incluyendo a poderosas empresas multinacionales. Esto debe ser explicado, probablemente, en términos políticos; en otras palabras, la facultad discrecional entregada al Estado, si es que —como ocurre en el Perú— éste es manejado por una tecnoburocacia sobre la que no existe el control del poder popular, no garantiza una maximización nacional de beneficios.

En suma, el mito de la "estatización" debe ser revisado para incorporar el significado concreto de los intereses de clase que el aparato del Estado manifiesta y en última instancia sirve. Lo cual, sin duda, nos remite a un análisis político de la sociedad en conjunto, para ubicar la significación específica de las medidas formalmente acordadas en el terreno de la política minera.

REGIMEN LABORAL DE LOS ARTISTAS

1. Ambito Personal: ¿quiénes son artistas? 2. Empleadores: obligaciones y responsabilidades 3. Contrato de Trabajo 4. Régimen de derechos y beneficios 5. El Fondo de Beneficios Sociales del Artista.

Los artistas constituyen un conjunto especial de trabajadores. No sólo en nuestro país sino en muchos otros, se han dictado leyes particulares que tratan de adecuar los principios proteccionistas del Derecho Laboral a las peculiaridades y exigencias de este sector. El reciente Decreto Ley 19479 y el Decreto Supremo reglamentario No. 010-73-TR, a cuyo análisis va a estar dedicado esencialmente este artículo, reflejan cabalmente tal propósito, ya anunciando en normas anteriores como la Ley No. 15087 que lamentablemente jamás llegó a alcanzar vigencia práctica.

Con el Decreto Ley 19479 se introducen, en cambio, importantes concepciones en orden a desplazar la problemática laboral de estos trabajadores del área conflictiva y privatista del Derecho del Trabajo clásico hacia el más flexible y armonioso ámbito de la Seguridad Social, eliminando así - o, por mejor decir, superando - la ya anticuada polémica acerca de la existencia o inexistencia de los atributos del contrato de trabajo en la relación jurídica existente entre el artista y el empresario.

La doctrina tradicional consideraba que la categoría jurídica de los artistas correspondía a las denominadas "zonas grises", "en las que no aparece del todo clara, en ocasiones, la naturaleza del vínculo" (1), llegando incluso a catalogar al contrato como locación de servicios. Claro es que en algunos casos, sobre todo de "primeras figuras", éstas podrían preferir la preservación de su autonomía con "contratos civiles o mercantiles, que le aseguren cuantiosos beneficios; si su trabajo exige el concurso de otros colaboradores, "...obtener la parte mejor, como subempresario o como el más remunerado del equipo..." (2), pero las normas jurídicas y en especial las laborales apuntan a regir la generación de los casos y no las excepciones. Especial las laborales apuntan a regir la generación de los casos y no las excepciones.

Existen en la vinculación de un artista y su empleador, usualmente, todos los elementos esenciales del contrato laboral: prestación personal de servicios; remuneración o salario; dependencia o subordinación; y aún la mayoría de los otros elementos como la habitualidad, la estabilidad y la exclusividad. Es más, en relación con el elemento o carácter más determinante cual es la dependencia, Cabanellas afirma acertadamente que "...se hace más intensa que otros contratos, pues alcanza incluso a los más insignificantes movimientos corporales. La obediencia que se debe a los directores artísticos responde no sólo a las necesidades técnicas de la actuación de aquéllos, sino a otros elementos que derivan del propio contrato; así, están obligados a concurrir a los ensayos, a presentarse de determinada manera, a trasladarse a los lugares que se les indique, todo esto bajo la autoridad del empresario o de su representante técnico, que es el director artístico" (3).

Está presente, pues, esa nota de "ajenidad", de trabajo "por cuenta ajena", en virtud de lo cual los resultados... son atribuidos en su titularidad originariamente, a la persona -empresario- por cuenta de la que el trabajo se ha realizado" (4), por lo que resulta indudables su índole y esencia que lo hacen objeto del Derecho Laboral y al artista, sujeto principal del mismo.

Ahora bien, los artistas como conjunto requieren un trato legal específico no a consecuencia de las dudas suscitadas por la naturaleza de su vínculo laboral, sino por las características en que se desarrolla su actividad, y que Cabanellas expresa muy bien al resaltar las modalidades derivadas del factor

(1) ALONSO GARCIA; Manuel: *Curso de derecho del trabajo*, 3ra. Edición, Ed. Ariel 1971, p. 325.

(2) CABANELLAS, Guillermo: *Compendio de derecho laboral*, Ed. Omega 1968, Tomo I, p. 914. Ver, también, DE LA CUEVA, Mario: *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, Ed. Porrúa, 1974, 2da. edición p. 530.

(3) CABANELLAS: *Ob. cit.* p. 913.

(4) ALONSO GARCIA: *Ob. cit.* p. 94.

tiempo: "Al respecto se ponen de relieve estas circunstancias: a) por la necesidad de que las compañías, conjuntos o actuantes individuales se remueven constantemente por exigencias del público, los contratos tienen generalmente un plazo determinado y breve; b) la duración de las prestaciones, a veces, se prolonga debido a un factor ajeno a la relación entre las partes, consistente en el éxito que el artista haya tenido; c) en ciertas actividades artísticas, la superación o la moda constituyen un hecho biológico inevitable de manera que, en plazo relativamente corto, el artista queda superado y se encuentra en situación de decadencia o de falta de popularidad" (5).

Todos estos son factores que tienen que ser tomados en cuenta en la elaboración de una ley privativa. Examinemos lo que ha establecido al respecto la ley peruana.

Ambito Personal: ¿Quiénes son Artistas?

En primer término es necesario aclarar que la expresión "artista" tiene en este caso una amplitud restringida; se refiere únicamente a quienes practican las artes de representación, recreativas o de espectáculos: teatro, música, baile, pantomima, títeres, declamación y similares; y a quienes contribuyen a ellas en condición de técnicas: directores, escenógrafos, coreógrafos, etc.

No incluye, por tanto, a otros trabajadores cuya actividad se desarrolla en artes plásticas, literarias u otro tipo de artes "creativas" y perdurables.

El término artista se aplica en su acepción restringida de "actor" (6) y demás actividades afines o complementarias.

Así, el Decreto Ley 19479 considera artistas, según su art. 2o. a:

- a) Actores, cantantes, músicos, bailarines, mimos, titiriteros y otras personas que declamen, reciten, interpreten o ejecuten en cualquier forma una obra literaria o artística;
- b) Artistas de circo, de variedades y de otros espectáculos de entretenimiento o diversión; y,
- c) Directores de escena, coreógrafos (no comprendidos en la Ley No. 14985) (7).

La Ley no involucra a las personas que trabajan

en la industria cinematográfica, no por una exclusión de tipo conceptual sino por estar regidas por una ley especial, Decreto Ley 19327 y D.S. 002-73-IC/D.S.

El D.L. 19479 regula las relaciones de trabajo de los artistas que presten servicios remunerados a personas naturales o jurídicas en estaciones de radio-difusión, empresas de fijación y reproducción (industria discográfica y afines) y en establecimientos de espectáculos, diversión ya sea en forma de presentaciones directas ante el público y/o transmitidas o reproducidas (art. 1o).

La previsión legal cubre virtualmente todas las posibilidades de utilización del trabajo artístico: directa, en forma de presentación personal, en contacto inmediato con el público; indirecta, a través de un medio de transmisión o retransmisión; diferida, mediante la grabación y reproducción; mixta, en la que se combinan, por ejemplo, la grabación y la retransmisión etc.- Por la estructura de la norma es fácil apreciar un propósito de enunciación no limitada (8) "...definición que debe entenderse como de carácter explicativo, por la amplitud de los conceptos expresados", cuando distingue por ejemplo entre establecimientos de espectáculos y aquellos con finalidad diversa pero en los que se brinda espectáculos, enfatizando así que el carácter artístico del trabajo depende de la tarea en sí y no de la persona para quien se presta o el local en que se realiza.

Desde el punto de vista formal, se exige al artista una inscripción o matriculación en el "Fondo de Derechos Sociales", entidad que otorga un carnet cuya presentación es necesaria en todo acto o gestión que se relacionen con dicha institución. La obligación de solicitar la inscripción corresponde al empleador que contrata los servicios del artista, pero el Reglamento faculta a éste para hacerlo en forma

(5) CABANELLAS, Guillermo: *Contrato de trabajo*, Ed. Omega 1964, Tomo IV, p. 300.

(6) Diccionario "Pequeño Larousse Ilustrado", Ed. 1964, p. 99.

DE LA CUEVA opina que "la gama inmensa de las actividades artísticas no consiente una definición, la que no parece indispensable, porque las significaciones de los términos actos y músico corren de boca en boca, lo mismo en los centros de cultura que en la vida diaria de los locales de trabajo donde se preparan los espectáculos" (*Ob. cit.* p. 531)

(7) La Ley 14985 comprende en el régimen de la Ley 4916 a los trabajadores especializados de radio y televisión (locutores, operadores, técnicos, etc.) cualquiera que sea el número de horas diarias que laboren.

(8) Revista "Asesoría Legal", 1972, No. 7, p. 854.

directa en caso de omisión.

Artista, así, para la ley y para el cabal disfrute de los beneficios que ésta ha creado, es quien desempeña una actividad de las mencionadas, cualquiera que sea la persona para quien las preste; y que esté inscrita en el Fondo, poseyendo el respectivo carnet.

Empleadores: Obligaciones y Responsabilidades.

Empleador es, por definición del Reglamento, toda persona que contrata artistas para prestar servicios por una remuneración (art. 2o.).

Dentro del criterio extensivo adoptado por la ley, no se distingue a los empleadores en razón de la índole de sus actividades o la naturaleza de los respectivos centros de trabajo; tampoco se contemplan excepciones. Antes bien, en forma expresa se asimila a la condición de empleadores a las cooperativas, asociaciones y cualesquiera otras agrupaciones, con personería jurídica o sin ella, aún cuando estén conformadas en todo o en parte por artistas, que utilicen el trabajo de éstos y les paguen o distribuyan por ese trabajo una suma de dinero.

En nuestro medio son cada vez más frecuentes estas asociaciones a través de las cuales los artistas, en ausencia de auténticos empresarios, asumen los riesgos no sólo en el terreno puramente profesional sino económico. La unión de artistas para la ejecución de una obra —bajo forma de cooperativa de hecho o asociación en participación— supone en aquéllos una doble condición: la de empresarios de sí mismos y copartícipes en el éxito o fracaso comercial del espectáculo; y la de empleadores, a su vez, de las personas auxiliares a quienes se contrata para labores técnicas o secundarias.

Se ha preferido frente a este tipo de agrupaciones de hecho y aún frente a las realmente constituidas como personas jurídicas, no dar margen a que puedan ser utilizadas para ocultar la existencia de relaciones de trabajo o para burlar los derechos de otros trabajadores; y atribuirles inexcusablemente la condición de empleadores, incluso respecto de los artistas que las constituyen en calidad de socios.

En el fondo la aparente contradicción que representa el ser a la par empleador y trabajador de sí y para sí no es tal si se reconoce a las asociaciones de hecho, como en este caso, una personería restringida para el único efecto de asumir las responsabilidades de empleador y garantizar de ese mo-

do los derechos irrenunciables del artista-trabajador.

A contramano del alcance casi ilimitado de la ley, ésta no considera organizadores económicos de actividades artísticas (empleadores, en buena cuenta) a los propietarios o conductores de emisoras de radiodifusión y establecimientos donde se efectúen actividades artísticas, que se limiten a alquilarlos o vender espacios de radiodifusión, en ambos casos, por suma fija. La razón de esta exclusión o excepción al principio general estriba en que, en los casos que se indica, la calidad de empresario es pasiva; el propietario limita su acción al mero cobro de la renta o merced conductiva, sin tener participación en la selección, contratación y dirección del personal artístico.

Al parecer la ley, entre la disyuntiva de no excepcionar a ningún empresario directa o indirectamente vinculado al espectáculo o contemplar este tipo de situaciones especiales, ha optado por lo segundo sobre la base de estimar que de todos modos habrá garantía para el pago de los derechos sociales a través del arrendatario o conductor del establecimiento.

Tal criterio contraría en algo el principio de "solidaridad" establecido con carácter genérico en el art. 13, que extiende íntegramente la responsabilidad no únicamente a quien efectúa la contratación en forma directa o personal sino a todos quienes organicen económicamente las actividades artísticas o contraten artistas por intermedio de terceros. Establecida la responsabilidad solidaria de éstos y aquéllos, la excepción del art. 20 del Reglamento, que estamos examinando, podría dar margen a subterfugios o simulaciones, a través de pseudo-intermediarios que actúen en condición de empresarios presuntamente sustrayendo al propietario del riesgo y desamparando al artista de la garantía real que constituyen los bienes del negocio, afectados como están prioritariamente al pago de las remuneraciones y otros derechos sociales, por disposición de la Ley 15485.

Teniendo en cuenta que la exclusión nace con el Reglamento y que eventualmente habría implicancia con el artículo pertinente de la Ley matriz, debe entenderse que el criterio de la solidaridad pasiva predominará en aquellos casos en que se discuta judicialmente, debiendo los Tribunales aplicar el principio constitucional de jerarquía de normas previsto en los arts 133 y 154, inc. 8, de la Carta Fundamental.

Responsabilidades y Atribuciones.

Con independencia del complejo de responsabilidades y atribuciones del empresario artístico comunes a las de todo empleador e inherentes de modo esencial a la relación de trabajo, aquéllos asumen determinados deberes específicos exclusivos de este género de contratos profesionales.

En primer término, la obligación de inscribirse en el Fondo de Derechos Sociales antes de iniciar actividades, aún cuando éstas sean temporales. Sin este requisito no se autoriza la realización de las mismas.

Como derivación de tal requisito, el empresario tiene también que inscribir en el Fondo a los artistas que contrate si éstos no lo estuvieran de antemano.

Estas inscripciones —la del empresario y la de los artistas— adquieren decisiva importancia para la garantía de los derechos sociales en razón de que según se ha adelantado el ámbito de éstos se desenvuelve en la Seguridad Social más que en el tradicional Derecho Laboral. El Fondo actúa como organismo recaudador, administrador y pagador de los beneficios sociales más importantes; y en tal virtud, el requisito de la inscripción asume gran relieve.

En lo que atañe a obligaciones de tipo formal, el art. 14 del D.L. 19479 remarca la necesidad de que todos los pagos remuneratorios sean registrados en libros de planillas, cualquiera que sea la duración del contrato o el número de presentaciones, actuaciones, transmisiones, fijaciones o reproducciones. Aunque la ley no lo especifica, debe entenderse que los libros en mención, deberán ser de formato especial, para adecuarse a las peculiaridades de la prestación de servicios y registrados ante la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Son deberes, también, del empresario empazar mensualmente las cantidades correspondientes a la remuneración vacacional y la compensación por tiempo de servicios; en forma similar, las estaciones

de radiodifusión y quienes difundan fonogramas u otros medios técnicos deben consignar mensualmente los derechos de intérprete o ejecutante a que se refieren los artículos 16 y 17.

Contrato de trabajo.

El contrato para trabajo artístico presenta características especiales en fondo y forma. En cuanto a ésta, debe celebrarse por escrito y contener taxativamente todos los elementos que exige el art. 4o. del D.L. 19479, o sea: (i) Nombres propio (y artístico, si lo hubiera), nacionalidad, edad y domicilio en el territorio nacional de las partes; (88) Clase de servicios o actividad a efectuar; (iii) lugar o lugares donde deberá prestarse el trabajo, con especificación de los establecimientos, estaciones de radiodifusión u otros locales; (iv) número de presentaciones o actuaciones; (v) Tiempo de trabajo; (vi) Duración de contrato; (vii) Monto de la remuneración y día y lugar de pago; y, (viii) Día de descanso semanal, si hubiera lugar a éste.

De los tópicos a que se refieren los puntos (iii) a (viii) volveremos a ocuparnos cuando analicemos el régimen de derechos y beneficios de los artistas. Debe resaltarse tan sólo el carácter claramente tuitivo que se revela en exigencias como la de señalar con exactitud el centro de trabajo, por un lado, y el lugar de pago, por otro, previéndose la posibilidad de que sean sitios diferentes; y la obligación de consignar el número de presentaciones y el día de descanso semanal, en aras al cabal cumplimiento de los preceptos sustantivos que la propia norma contiene.

Aspecto formal importante es, también, la obligación de registrar el contrato en el Concejo Municipal dentro de cuya jurisdicción se ejecute y el de remitir un ejemplar del mismo a la Dirección General de Contribuciones. Se ha omitido, sin embargo, el requisito de aprobación o refrendación por la Autoridad Administrativa de Trabajo que rige en general para todo contrato laboral, consignándose sólo la ambigua expresión: "en las dependencias públicas pertinentes" (art. 3). Tanto porque la disposición general sobre el punto (D.S. de 27 de octubre de 1936) no ha sido derogada, cuanto porque resultaría insostenible que un contrato de trabajo como éste, en el que la forma escrita es solemnidad forzosa, pueda quedar al margen de la acción preventiva y tuitiva del Ministerio de Trabajo (el cual tiene jurisdicción para atender los reclamos o denuncias de los artistas, por mandato del art. 26), entendemos que deben ser sometidos a aprobación previa bajo san-

ción de nulidad (9).

Capacidad.

En cuanto a la capacidad, el D.L. 19479 presenta una particularidad: Mientras, por un lado, autoriza a los menores de 18 años a celebrar contratos a condición de que firme por ellos su representante legal (art. 3o.), restringe por otro, la capacidad de los mayores de 18 años (y menores de 21) al disponer que tales representantes legales firmarán conjuntamente con el artista el respectivo contrato creando una excepción al principio laboral general de que la capacidad plena se alcanza a los 18 años.

Plazo

El D.L. 19479 establece que el plazo máximo de duración de un contrato es de dos años, salvo los que estipulan compromiso de exclusividad, en los que es de un año.

Comentando esta norma, Montenegro Baca (10) señala que "los artistas, gente de teatro y congéneres... pueden prestar servicios a través de diversas modalidades contractuales como por ejemplo: trabajo continuo, locación de obra, trabajo alternativo de periodicidad irregular y bajo la forma de trabajo de temporada, etcétera. En los casos en que sé el trabajo intermitente es de aplicación el D.L. 19479".

La opinión de Montenegro Baca implica una interpretación muy liberal de la norma legal, ya que en nuestro concepto la locación de obra no es aplicable a la relación jurídica que estamos analizando, dado precisamente su carácter civil y no laboral.

El D.L. 19479 contiene una reglamentación implícita del D.L. 18138 que prohíbe la concertación de contratos a plazo fijo salvo cuando la naturaleza de la obra a desempeñar o de la labor a ejecutar así lo haga necesario: La naturaleza de la labor artística hace necesario tal tipo de contrato.

Debe observarse que la posibilidad de celebración de contratos temporales otorga al empresario una norma de excepción al principio universal de estabilidad en el empleo consignado en el D.L. 18471 y complementada por el ya mencionado D.L. 18138.

Finalmente, la redacción de la ley pareciera inducir el criterio de que sólo es posible la celebración

de contratos a plazo fijo, mas no por término indeterminado. Habría sido preferible un texto como el de la ley mexicana (11) que dice: "Las relaciones de trabajo pueden ser por tiempo indeterminado o por tiempo determinado, para varias temporadas o para la celebración de una o varias funciones, representaciones o actuaciones". En esta norma se distinguen con nitidez las diversas opciones que la realidad ofrece, en armonía con las necesidades de cada espectáculo y de cada relación.

Exclusividad

Se diferencian en la ley dos tipos de exclusividad: la referida a la producción de fonogramas y la relativa a actividades artísticas en general.

Respecto a la primera y para evitar que la exclusividad pueda redundar en inactividad del artista, a quien podría mantenerse sujeto por la limitación pero no dársele ocasión de actuar, se obliga mutuamente a fijar cuando menos 6 temas al año o tres singles (equivalentes a 6 temas) para su publicación. Se dispone también que la exclusividad se limita a la grabación y que no se extienda a las demás actividades personales del contratado, aún las de tipo artístico.

Finalmente se fija un término para el compromiso exclusivo; 5 años de la fecha de grabación, lapso durante el cual el artista no podrá fijar el mismo tema para otro productor. Este plazo caduca si el empresario no pusiera a la venta el fonograma o, habiéndose agotado en el mercado, rehusara publicar nuevos ejemplares, previo requerimiento del artista.

(9) "Asesoría Legal" (No. 7, 1972, p. 854) opina que la omisión del requisito en forma expresa importa que ya no se exige la aprobación previa.

(10) MONTENEGRO BACA, José: "Síntesis de la Legislación Peruana del Trabajo", incluida en "EL DERECHO LATINOAMERICANO DEL TRABAJO", Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, 1ra. Edición, T. II, p. 354.

(11) Nueva Ley Federal del Trabajo, 1972. Art. 305. La Consolidação das Leis do Trabalho, de Brasil, establece para los contratos de artistas, en su art. 507, una norma de excepción al principio de que la renovación de un contrato a plazo fijo convierte a éste en uno de plazo indeterminado.

La exclusividad referida a otros géneros diversos de la grabación de fonogramas se sujeta a condiciones diferentes: No puede ser mayor de un año y sólo se extiende al o a los campos en que taxativamente se pacte (boites, circos, coliseos, radios, restaurantes, teatros, televisión) sin comprender los demás.

Complementariamente, y siempre con el espíritu de garantizar al artista la efectividad de su labor, dentro del concepto del trabajo entendido no sólo como un deber sino como un derecho, se señala en tres el número mínimo de intervenciones o actuaciones al mes, en contratos para radio y televisión; y en todas las ocasiones en que haya actividad artística, cuando se trata de exclusividad en boites, circos, coliseos, restaurantes, teatros y otros establecimientos. El aparente exceso de esta última disposición debe entenderse referido sólo a aquel tipo de espectáculos compatibles o asimilables a la especialidad artística del contratado exclusivo.

En definitiva, la ley asume que la exclusividad, como severa limitación a la libertad individual del artista, sólo es factible cuando paralelamente se dan a éste las garantías de trabajo efectivo en condiciones adecuadas y en ritmo y cantidad suficientes para otorgarle estabilidad económica y respeto moral.

Limitación a extranjeros.

En principio el porcentaje limitativo del personal extranjero es similar al que se impone a las demás actividades económicas: 80 o/o del personal debe ser nacional. Pero se han incluido algunos criterios diferenciales: El cómputo se realiza por espectáculo y no por empleador; esto es, que en cada actuación o función deben participar nacionales en la proporción mínima de 80 o/o, con independencia de otros trabajadores al servicio del mismo patrono que no intervienen en aquéllas.

Por otra parte, se ha variado la proporción general en lo que atañe a remuneraciones; el límite general de 80 o/o se ha reducido a 60 o/o en el caso de artistas. Se atiende aquí al hecho incontrovertible de que en el mercado de trabajo, la cotización de los actores extranjeros es siempre superior a la de los nativos ya que, por lógica, sólo acceden a los escenarios internacionales quienes alcanzan niveles destacados. La constatación de esta realidad casi obvia se patentiza en normas como la del art. 307 de

la ley mexicana que consagra que no es violatoria del principio de la igualdad de salario la estipulación de remuneraciones distintas por trabajos iguales por razón de la categoría de las funciones, representaciones o actuaciones, o de la de los trabajadores actores y músicos.

En este punto, la ley peruana adopta una posición sensata y realista, como también cuando asimila implícitamente a la condición de peruano al artista con residencia mayor de diez años (y al casado con peruano/a o con hijos peruanos) con criterio idéntico al de la Ley No. 14460.

Finalmente se reafirma el principio de excepción contenido en el art. 3), inc. b) del D.L. 14460 (11a.) respecto de quienes ingresen al país integrando elencos con visa de "No Inmigrante Temporal Artista", para ejecutar un contrato por un periodo no mayor de 3 meses, pero se condiciona a la existencia de reciprocidad con el país de origen.

Para los programas de radiodifusión se ratifica la vigencia de la Ley 19020 cuyos arts. 22 y 91 disponen la obligación de incluir en la programación diaria promedio un porcentaje no menor del 60 o/o de programas producidos y elaborados en el país, y que en la elaboración de ellos deben participar no menos del 90 o/o de personal peruano.

Es muy importante destacar que el art. 14 del D.S. 010-73-TR estipula que los artistas extranjeros tienen iguales derechos que los peruanos, siempre que en sus países de origen se otorgue al artista peruano derechos similares a los que dicha norma establece.

Régimen de derechos y beneficios.

A diferencia de la Ley 15087 - ley de eficacia casi nula, virtualmente inexistente, que se limitó a declarar comprendidos en los beneficios de la Ley 4916 y sus ampliatorias a los artistas, pero cuya falta de especificidad y de reglamentación hicieron inoperante, el D.L. 19479 ha previsto de modo exhaustivo los diversos derechos que se otorgan a estos trabajadores y los beneficios que de la relación laboral se derivan. A diferencia también de esa ley, la nueva se centra en una esfera conexas a la Seguridad Social para los beneficios más importantes (y

(11a) Este inciso concedía hasta 6 meses, por lo que en la práctica se está restableciendo el criterio del D.S. de 10 de marzo de 1953 en cuanto al plazo de 3 meses.

gravosos para el empresario), con lo cual se previene la aparición de conflictos privados como los que con frecuencia, y generalmente sin resultado positivo para el servidor, se daban en procura de la aplicación de la Ley 15087.

Debemos distinguir, pues, aquellos derechos que se cumplen en un marco bilateral (artista-empresario) de los que deben actuarse a través del Fondo de Derechos Sociales del Artista, dependiente del Seguro Social del Perú.

Examinaremos primero los que se agotan en términos bilaterales para concluir con aquellos en los que interviene decisivamente el Fondo de Beneficios Sociales del Artista.

—Estabilidad.

No obstante lo dicho acerca de lo relativo del concepto de estabilidad en el empleo en el caso de contratos a plazo fijo (que implican una suerte de excepción al principio), el art. 25 del D.L. 19479 señala que durante la vigencia del contrato los artistas están sujetos al D.L. 18471. Esta comprensión abarca dos extremos: Por un lado, el artista no puede ser despedido sin causa justificada sino que su cese debe acontecer a consecuencia del vencimiento del plazo; y, por otro, que antes de dicho vencimiento cabría la posibilidad de rescisión anticipada en caso de que el artista incurriera en falta grave prevista en el art. 20. de la indicada norma o que se produjera causal técnica o económica que afectara a la empresa, en los términos del art.10.

De igual manera podría inferirse que la ruptura injustificada del contrato generaría en favor del artista la opción de reposición o cobro de beneficios establecida por el art. 30. del D.L. 18471, existiendo asimismo una alternativa adicional: la de exigir el pago de las retribuciones a devengarse hasta el término del contrato. Surge aquí una interrogante: ¿Tiene efectivamente el artista opción a escoger entre el pago de estas retribuciones contractuales hasta el vencimiento del plazo estipulado y las remuneraciones caídas que consignan los incisos a) y b) del art. 30.? ¿O es que la referencia al D.L. 18471 significa que sólo habría lugar a éstas mas no a aquéllas? A nuestro entender la duplicidad creada sobre el particular —fruto, a su vez, de la implicancia entre una ley de estabilidad y un contrato a

plazo fijo— constituye una opción extra que la ley introduce de modo implícito y que debe entenderse como una alternativa real por el principio "pro operario".

—Jornada de Trabajo.

Como señala Cabanellas (12) entre los elementos que derivan del contrato laboral del artista están las obligaciones de concurrir a ensayos, cumplir horarios estrictos, trasladarse a lugares distintos. La nueva ley peruana resalta esta característica al indicar que la jornada legal no puede exceder de la máxima fijada por las disposiciones legales (13) pero que dentro de ella se debe incluir el tiempo destinado a ensayos y caracterización cuando sean necesarios para prestar el trabajo. Y dentro de esta jornada global se restringe a cuatro horas y media al día el tiempo destinado a la presentación o actuación, dividido cuando menos en dos partes.

Esta previsión legal se apoya en consideraciones fácticas (duración usual del espectáculo; público; ritmo de fatiga; etc.) pero tal vez peca de un exceso de generalidad al no contemplar situaciones en las que la labor llega a adquirir naturaleza discontinua o intermitente, cual es el caso de la grabación de fonogramas, fijación de videotapes para televisión y similares, en los que la actuación propiamente dicha se alterna con periodos de descanso o de simple inacción; la técnica de estas grabaciones supone intercalar, montar, sobregabar y, en suma, suplir la continuidad de la acción viva con recursos mecánicos. Parecería evidente que en tales casos no sería aplicable la expresión "presentación o actuación", aunque hubiera sido de desear una excepción expresa.

La ley contiene también una limitación en cuanto al horario de ensayos al prohibir que éstos (o las grabaciones) se efectúen después de la una de la mañana o en domingos y días feriados. Apunta

(12) CABANELLAS, Guillermo: "Contrato de Trabajo", Vol. IV, p. 300.

(13) D.S. de 15.1.919; D.S. de 26.6.934. La "Consolidación" brasileña limita a 6 horas la jornada de los músicos en teatros y similares (art. 232), pero no comprende el tiempo de ensayos.

En Panamá, "tratándose de representaciones públicas, la prestación del servicio no podrá exceder de 5 horas ininterrumpidas por espectáculo, debiendo alternarse periodos de actuación y descanso" (HOYOS, ARTURO: "Derecho Panameño del Trabajo", incluido en "EL DERECHO LATINO-AMERICANO DEL TRABAJO", Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, 1ra. Edición, T. II, p. 191).

con ello a prescribir la costumbre utilitaria de algunos empresarios que, al emplear para los ensayos y grabaciones los mismos escenarios que para las realizaciones en vivo, dedicaban a éstas los horarios "comerciales" sometiendo al actor a jornadas de ensayo totalmente inadecuadas e inhumanas (entre 01:00 y 07:00 a.m.) u obligándolo a sacrificar días que la ley reserva para el descanso.

—Descansos

En concordancia con las reglas ordinarias del descanso semanal, originadas en la ley 3010, se dispone que el trabajador tiene derecho a 24 horas de descanso remunerado continuo al cabo de 6 días consecutivos de labor, o a una remuneración proporcional a los días trabajados, en caso de que éstos no llegasen a 6 (1/6 de la remuneración de un día por cada día de labor efectiva). El criterio de retribución del descanso hebdomadario coincide, en términos amplios con el del salario dominical creado para obreros por la ley 10908. En efecto, a más de las normas antes señaladas el art. 60. del D.L. 19479 dispone que la inasistencia o impuntualidad injustificadas del artista a una presentación, actuación o ensayo determina la pérdida de la remuneración correspondiente a su descanso semanal, disposición en todo semejante a la que rige para el salario dominical.

Por otra parte se incorpora también un principio que la jurisprudencia tiene claro dentro del régimen común, pero que no deriva rectamente de una fuente legal: Si se presta servicios durante el día en que corresponde gozar de descanso semanal se tiene derecho, además, a percibir su remuneración con una sobretasa del 100 o/o. En el caso de artistas no se contempla la alternativa de que se sustituya el día de descanso por otro en la misma semana, pero ello es innecesario si observamos la sutil pero importante diferencia que existe entre el régimen de descanso en caso de artistas y el régimen común: en éste el día de descanso es necesariamente domingo; para el artista en cambio puede ser cualquier día de la semana. La razón es obvia, pues por lo normal, el domingo es el día de mayor actividad artística y, en consecuencia, el más laborable de los días; en la actividad común es exactamente a la inversa. Al no señalarse para el artista un día fijo para el descanso sino dejarlo librado al acuerdo o a la conveniencia de las partes, se hace inoperante el canje del día de

descanso.

—Remuneración.

La Ley del Artista no incluye disposiciones específicas en cuanto a la remuneración usual del trabajador, aspecto que queda librado a la convención bilateral entre éste y el empleador. Pero sí contiene una importantísima norma para proteger a aquél en el caso de grabaciones, fonogramas y similares. Los artículos 16 y 17 de la ley establecen que la utilización parcial o total para fines comerciales o publicitarios de un tema interpretado, ejecutado o animado por uno o más artistas debe ser convenida entre éstos y quien utilice el tema; y que la retrasmisión de un tema en que ha intervenido un artista da lugar al pago de una suma adicional a convenir, por cada una de las estaciones de radiodifusión que participen en la retrasmisión; de igual manera, la reutilización de un tema originalmente fijado exclusivamente para la radiodifusión origina también el derecho a la respectiva retribución, que debe ser convenida entre el artista y quien utiliza su labor en proporción a las veces en que el tema sea transmitido.

En todos estos casos, se conceden al artista medios de defensa de sus derechos que van desde la responsabilidad solidaria de quienes utilizan el tema y quienes se benefician con él (en la publicidad, por ejemplo), hasta el reclamo de la indemnización adicional a la remuneración en caso de incumplimiento por parte de quien utiliza el tema.

Es éste sin duda uno de los aspectos más notables y justicieros del nuevo régimen legal. La fijación o grabación de espectáculos (principalmente en la TV) constituía una de las formas de explotación comercial más rentables para los empresarios, a la vez que más desventajosas para el propio artista, que se convertía en competidor de sí mismo. La producción de lo que en el argot artístico se denomina "material enlatado" ha dado pingües ganancias a los comerciantes del espectáculo, en tanto que el actor recibía una modesta retribución en proporción únicamente a las horas de labor efectiva. Su trabajo artístico se convertía en objeto de comercio sin que él tuviera intervención o participación en las utilidades que iba a producir.

Con la nueva norma se rectifica tan desigual situación y se da a aquel cuyo trabajo es la fuente de riqueza el derecho a participar en ella en la misma medida en que el fruto de su trabajo es utilizado. El pago de éstos "derechos de intérprete o ejecutante" se deben canalizar obligatoriamente a tra-

vés de un Fondo especialmente creado en el Banco de la Nación, en el que el empresario de actividades recreativas así como las estaciones de radiodifusión y quienes difundan o transmitan fonogramas deben depositar mensualmente el importe que corresponda. La repartición de los fondos empozados se efectúa en la primera quincena de diciembre de cada año, atribuyéndose en partes iguales entre todos los artistas que hayan participado en la fijación de los fonogramas o de otros medios técnicos (video-tapes, por ejemplo) susceptibles de generar tal derecho.

—Vacaciones.

Teniendo en cuenta las peculiaridades del trabajo artístico, y, también sin duda, la circunstancia de que los contratos tienen como plazo máximo 2 años, la ley no se refiere al descanso vacacional sino sólo a su remuneración. Así el artículo 20 del D.L. 19479 señala que toda persona que contrate artistas debe abonar mensualmente al Fondo de Derechos Sociales del Artista una suma igual a un dozavo (1/12) de las remuneraciones que les pague por concepto de remuneración vacacional. El Fondo, a su vez, abona a cada artista, en la primera quincena de diciembre de cada año, las sumas acumuladas que le correspondan por remuneración vacacional, enterando por ésta el total de sumas acumuladas en su cuenta corriente por este derecho desde el 1o. de noviembre al 31 de octubre de cada año, con descuento de los gastos de administración del Fondo, que no pueden exceder de 5 o/o.

Este sistema, como señalamos anteriormente, tiene la virtud de desplazar la conflictuación laboral de la esfera privatista hacia otra más conexas con la Seguridad Social, primero, porque el mecanismo de recaudación, distribución y pago es entregado al Fondo de Derechos Sociales del Artista (dependiente del Seguro Social del Perú); segundo, porque desliga al artista de la necesidad de continuidad con un mismo empleador, ya que para efectos vacacionales es equivalente lo empozado por un primer, por un segundo o por sucesivos empresarios, todo lo cual se integra en un solo fondo individual, que representa la retribución vacacional anual del artista, con independencia de quien o quienes fueron sus empleadores o cuánto tiempo trabajó con cada uno; y, finalmente, porque la intervención de un ente estatal como es este Fondo, premune al cobro de los derechos sociales de un amparo coactivo del que carecen normalmente los derechos del personal ordinario (14).

Para efectos del control y pago el Fondo debe llevar una cuenta individual de cada artista en la que se registran las sumas que en concepto de remuneración vacacional paguen los empleadores. El artista tiene derecho a solicitar al Fondo el estado de su cuenta individual a fin de verificar los pagos que se hayan inscrito en dicha cuenta. El derecho a cobrar prescribe a los 3 años.

De este sistema se desprende que en último término, la responsabilidad por el descanso efectivo —razón de ser de la institución vacacional— recae exclusivamente en el propio artista. Consecuentemente, no hay para el empleador ni obligaciones de control y fiscalización ni indemnizaciones por frustración del descanso ni, en definitiva, deberes formales o materiales que vayan más allá del mero pago del dozavo de los haberes pagados en forma directa al actor.

—Compensación por tiempo de servicios.

Este beneficio está previsto en la Ley del Artista en términos muy semejantes a la remuneración vacacional. Como ésta, la compensación por tiempo de servicios debe ser empozada por el empleador en el Fondo a razón igualmente de un dozavo de las remuneraciones pagadas; en igual forma se agotan en el cumplimiento estricto de este pago las responsabilidades de fondo y forma del empleador; finalmente, vacación y compensación por tiempo de servicios resultan asimilables en cuanto a los vínculos que generan entre el artista y el Fondo.

Las diferencias entre uno y otro instituto están dadas en relación con la acumulación de los fondos y a la posibilidad y periodicidad del cobro por parte del artista. La compensación por tiempo de servicios genera un fondo individual acumulativo, que no se liquida anualmente sino que permanece y se incrementa hasta el momento en que el artista decida retirarse de la actividad artística.

A primera vista, parecería que la acumulabilidad y crecimiento del fondo dependerían únicamente del propio artista, al que podría bastarle declarar anual

(14) En Panamá, el artista tiene derecho a 7 días de vacaciones remuneradas por cada 3 meses de trabajo con el mismo empleador; cuando el contrato es por término inferior a 3 meses pero superior a 2 semanas, el descanso remunerado no puede ser inferior a 5 días; si el contrato es por más de 5 meses y el artista labora un mínimo de 4 días a la semana queda cubierto por el régimen común de vacaciones. (Ver HOYOS, Arturo: *ob. cit.*, p. 192).

o periódicamente su "retiro" de la actividad para cobrar lo acumulado, pero la ley ha previsto un resguardo para impedir este subterfugio: al retornar el artista a la actividad no le serán entregadas las sumas acumuladas sino 5 años después de su ingreso, salvo que se incapacite o cumpla 65 años de edad. De modo, pues, que el retiro ficticio o aparente sólo podría darse una primera y única vez o cada 5 años, lapso este último suficiente y razonable para dar al Fondo garantía de permanencia y al artista, capitalización de su dinero.

La forma de retiro y otros aspectos conexos están previstos en el D.S. 010-73-TR que norma la administración del Fondo de Derechos Sociales del Artista, siendo de destacar que éste debe efectuar cada 2 años la liquidación del rendimiento de sus inversiones y pagar a los artistas las sumas que correspondan, siempre que tengan en su cuenta individual sumas acreditadas dentro de un periodo mínimo de 2 años; tal liquidación y pago se efectúan en la segunda quincena del mes de julio del año que corresponda.

La compensación por tiempo de servicios viene a ser así el total de sumas acumuladas en la cuenta individual relativas a ese derecho hasta la fecha de retiro en la actividad artística, con descuento del porcentaje pertinente a gastos de administración del Fondo, y que no pueden exceder de 5 o/o del ingreso bruto. El derecho a cobrarla prescribe a los 3 años de producido el retiro de la actividad artística, momento a partir del cual había quedado expedita.

—Otros derechos y garantías.

Uno de los aspectos contemplados en la nueva ley que mejor refleja la naturaleza especial del trabajo artístico es el contenido en el art. 11 del D.L. 19479 que regula las obligaciones del empleador cuando el artista presta servicios fuera de su residencia, situación muy común y frecuente. Dice este artículo que el empleador debe: (i) adelantar el 25 o/o de la remuneración convenida (no sólo como medida de garantía del pago, especie de arras, sino para hacer factible la financiación del presupuesto familiar aceptado por el viaje del cabeza de familia); (ii) pagar los pasajes de ida hacia el lugar más alejado donde deba trabajar, así como el de retorno, haciendo entrega de los billetes o comprobantes correspondientes (ambos antes del inicio de las labores, se entiende); (iii) pagar los gastos de alojamiento y alimentación, usualmente denominados viáticos; (iv) sufragar los gastos de transporte del equipo ar-

tístico; y, (v) abonar los gastos de migración si el viaje fuere al extranjero (15).

Todas estas normas tienen una razón de ser y una justificación claras; se trata de que el empresario asuma sin excepción todos los gastos que el cumplimiento del contrato origine, a efectos de que el íntegro de la remuneración que pertenece al artista sea apropiada por éste con plena y libre disponibilidad, como corresponde a su naturaleza intrínseca de salario.

El conjunto de derechos patrimoniales y extra-patrimoniales que la ley establece en favor del artista, incluidos, naturalmente los que acabamos de examinar, constituye patrimonio irrenunciable de éste. El art. 27 del D.L. 19479 lo dispone de modo expreso; y lo ratifica el art. 26 del D.S. 010-73-TR

que declara nulo todo pacto en contrario. Se sigue en esto la tónica general en materia de protección a los derechos y beneficios sociales de los trabajadores.

—Seguridad social.

Independientemente de los aspectos relativos al Fondo de Derechos Sociales del Artista, que es entidad dependiente de la Seguridad Social, ésta comprende a los artistas como asegurados obligatorios por disposición del art. 15, el que precisa que lo son en el Seguro Social del Empleado. Y aunque éste formalmente ya no existe por haber sido absorbido por el Seguro Social del Perú debe entenderse que corresponde a los artistas el régimen de cotizaciones y prestaciones de la Ley 13724 y complementarias, incluidas por cierto las de tipo económico (pensionario) del D.L. 19990.

En relación con la Caja de Enfermedad-Maternidad, el art. 12 se pone en la situación de que el contrato se ejecute o en el extranjero o en lugar donde no exista atención hospitalaria y farmacéutica directa del Seguro Social del Perú. En tal caso ésta será de cargo del empleador, a quien se reembolsarán los gastos dentro del sistema de libre prestación y según las tarifas en vigencia. Obsérvese al respecto dos cuestiones importantes: Que esta medida rige tanto en el Perú cuanto, fundamentalmente, en el extranjero; y que, no obstante existir el régimen de libre prestación al que puede acudir cualquier em-

(15) El art. 308 de la Ley Federal de Trabajo mexicana contiene estipulaciones similares a los puntos (i) y (ii), no así respecto de los demás.

pleado común, en el caso de artistas se desplaza la obligación aseguratoria al empleador, modificándose igualmente, el sistema de reembolso que, en vez de hacerse al servidor, se efectúa al empresario.

El fondo de Beneficios Sociales del artista.

Este es, sin duda, el más importante de los logros del D.L. 19479. Es en torno de esta entidad, dependiente del Seguro Social del Perú y específicamente de la Caja Nacional de Pensiones, que se estructura todo el sistema legal y económico de la contratación de artistas.

El Fondo como es natural, carece de fines de lucro y, a pesar de su dependencia formal de la Caja Nacional de Pensiones, mantiene una administración autónoma de sus recursos en relación con los demás sistemas similares. Debe sí sujetar sus inversiones a requisitos idénticos a los que regulan las de la Caja y que precisan los artículos 22 y 23 del D.L. 19990; y se le impone taxativamente un límite al gasto administrativo, el que no podrá exceder de 5 o/o del ingreso bruto anual.

Su patrimonio está formado por los recursos siguientes: (i) Las aportaciones al cargo de los em-

pleadores destinadas al pago de vacaciones y compensación por tiempo de servicios; (ii) Las sumas que recaude por concepto de derechos de intérprete o ejecutante; (iii) Multas y mora; (iv) Intereses o rendimiento de sus inversiones; (v) Donaciones y legados que reciba; (vi) Derechos no cobrados y prescritos.

Las funciones que básicamente correspondan al Fondo son las de registro o matriculación de empleadores y artistas, conforme a los arts. 3, 4 y 5 del D.S. 010-73-TR; la recaudación, inversión y administración de los fondos recaudados de los empleadores y de sus demás recursos económicos; y, en esencia, el pago de derechos vacacionales anuales, compensación por tiempo de servicios y derechos de ejecutante e intérprete.

Como quiera que, con prescindencia del salario, estos beneficios constituyen el elemento económico más importante de la relación laboral, la existencia del Fondo y la mecánica de prestación de sus servicios implican un desplazamiento de la órbita contractual hacia el ámbito de la Seguridad Social. Esto es, a nuestro concepto, lo más importante de la Nueva Ley del Artista, D.L. 19479 reglamentado por D.S. 010-73-TR.

APLICACION POR LA CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA DEL ARTICULO 199 DEL CODIGO PENAL SOBRE VIOLACION DE MENORES

1. Introducción. 1.1. Normas Legales. 1.2. Bien Jurídico tutelado. 1.3. Elemento material. 1.4. Sujeto activo del delito. 1.5. Sujeto pasivo del delito. 1.6. Culpabilidad. 1.7. Consumación. 1.8. Tentativa. 1.9. Circunstancias que agravan la represión. 1.10. Acción Penal. 1.11. Penalidad. 2. Resoluciones de la Corte Suprema de la República recaídas sobre el artículo 199 del Código Penal y disposiciones conexas. 2.1. Bien Jurídico Tutelado. 2.2. Elemento material. 2.3. Sujeto activo del delito. 1.4. Sujeto pasivo del delito. 2.5. Culpabilidad. 2.6. Consumación. 2.7. Tentativa incompleta. 2.8. Desistimiento. 2.9. Circunstancias agravantes. 2.10. Concurso de delitos. 2.11. Acción Penal. 2.12. Penalidad.

1. Introducción

Antes de iniciar el estudio de las Resoluciones Supremas recaídas sobre el delito previsto por el artículo 199 del Código Penal, creemos necesario exponer algunas nociones previas sobre la figura delictiva. Dichas nociones se refieren a cuestiones como las siguientes: cuáles son las disposiciones legales aplicables; cuál es el bien jurídico principalmente tutelado por la ley penal al sancionar todo acto sexual o análogo realizado con menores de edad; o también, el saber qué quiere decir la ley con esa expresión de "acto sexual o acto análogo". Esta breve exposición es, pues, necesaria si queremos estar en aptitud de analizar los casos prácticos que expondremos en la segunda parte de este trabajo.

1.1. Normas legales.

Las disposiciones legales aplicables a la llamada "violación presunta de menores de edad" son, principalmente, los artículos 199, 203, 204 y 205 del

Código Penal y los Decretos Leyes 17388 (Art. 3o.) y 18140. Asimismo, son de aplicación las disposiciones contenidas en el Libro IV, Título I del Código de Procedimientos Penales y el Decreto Ley 18968 (1).

1.2. Bien Jurídico Tutelado.

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 (modificatorio del artículo 199 del Código Penal), sanciona todo acto sexual o análogo realizado con menores de hasta 16 años de edad; y exige, como único requisito, que el menor agraviado se encuentre dentro del límite de edad tutelado, es decir, hasta los 16 años.

Establece este dispositivo una sanción mucho más severa cuando el menor agraviado tiene menos de 7 años de edad, en cuyo caso castigaba al autor del delito con pena de muerte (posteriormente se redujo a la de internamiento), mientras que si la víctima es un menor que se encuentre por encima de 7 años de edad, se aplica al autor penitenciaría o prisión.

Esta distancia lleva a preguntarnos: ¿Por qué la ley vigente establece penas diferentes según la edad del agraviado, siendo así que, antes de la dación del Decreto Ley 17388, el artículo 199 del Código establecía una sanción única aplicable al autor del delito en agravio de menores de hasta 16 años de edad?

La esencia de esta distinción ha de buscarse en

(1) En fecha posterior a la elaboración de este trabajo se promulgó el Decreto Ley No. 20583 el que modificó el artículo 199 entre otros. En las notas a pié de página se hacen referencias a las modificaciones introducidas.

el bien jurídico principalmente protegido por la ley. Ahora bien, ¿Cuál es el bien jurídico tutelado por la ley en estos casos?

Algunos autores consideran que la ley protege, principalmente, el pudor del agraviado. Entre este grupo de tratadistas se encuentra Carrara, quien sitúa la figura delictiva dentro del grupo de delitos que atentan contra la persona y, específicamente, bajo el acápite de los que ofenden el pudor individual.

Para otros tratadistas, resulta ser la libertad sexual de la víctima lo que es atacado, principalmente, con este delito.

La libertad sexual es entendida como el derecho que tiene todo ser humano de elegir, voluntariamente, el objeto de su actividad sexual; escogiendo a la persona que será poseedora de su cuerpo libremente entregado, sin que se haya empleado para ello fuerza ni intimidación y con el más completo conocimiento de lo que dicho acto significa y de las consecuencias que el mismo acarrea. Entre los sostenedores de esta teoría se encuentran Carlos Fontán Balestra, Sebastián Soler, José Peco, Francisco González de la Vega, Antonio Vicente Arenas y Mariano Jiménez Huerta, entre otros.

Por su parte, Humberto Barrera Domínguez, en Colombia, considera que lo realmente lesionado es la libertad sexual de la víctima.

Según nos dice, la protección de la seguridad sexual debe ser entendida como el amparo del impúber contra todo tocamiento lúbrico que pueda acarrearle una perturbación psicofisiológica del instinto erótico. Así, señala que **“...se ha aceptado, de acuerdo con la moderna sicología, que las primeras experiencias sexuales tienen una gran importancia, como que si éstas son prematuras, irregulares o desafortunadas, suelen producir perdurables perjuicios síquicos”** (2).

Otros tratadistas piensan que no es uno solo el bien jurídico atacado, sino que, al acceder carnalmente a un menor de edad, se lesionan varios bienes jurídicos, sea el pudor junto con la seguridad sexual o (como en la opinión de Carlos Salvagno Campos), la libertad sexual de la víctima y en forma subsidiaria la honra y el pudor. Para otros, en fin, serían lesionados tanto la libertad y el honor sexuales, como el orden de la familia.

En nuestra opinión, dentro de la intención de la ley está el proteger, principalmente, la seguridad psicofisiológica del menor, así como su libertad sexual es protegida por la ley penal en todos los casos previstos en el artículo 199 (modificado) del

Código Penal, la seguridad sexual lo sería en todos aquellos casos en que el menor tenga menos de 7 años de edad.

No negamos que pueda lesionarse otros bienes, pero creemos que siempre lo será en forma subsidiaria y no principal.

Nuestro juicio, el atentado a la libertad sexual se origina como consecuencia de la falta de voluntad libremente otorgada para realizar el acto; por cuanto, para la ley, el menor hasta los 16 años de edad (3) no tiene suficiente madurez para consentir en asuntos referentes al sexo. Al no tener las condiciones mentales necesarias para comprender el acto sexual en su cabal significado y en sus alcances, su voluntad es jurídicamente inexistente y, por lo tanto, al no dar un válido consentimiento, el acto que realiza no es libre.

Angel Gustavo Cornejo, al hablar de la libertad sexual, resalta la necesidad de que, para que un acto se considere libremente efectuado, debe confluir una voluntad válidamente expresada. Así, dice que la libertad es el pensamiento, la convicción y la expresión humana de la sexualidad considerada no sólo como función sino como acto de voluntad y como índice de capacidad del individuo (4).

En nuestra opinión, al sancionar la ley todo acto sexual (o análogo) realizado con menores de hasta 16 años de edad, lo ha hecho considerando que hasta dicha edad no existen en dichos menores los elementos esenciales para otorgar un válido consentimiento; es decir el discernimiento y la voluntad. Igualmente, cuando de menores de muy tierna edad se trata, ante el peligro que se originen serios traumatismo psíquicos y físicos, aumenta la represión para los autores del delito.

1.3. Elemento material.

El elemento material del delito está dado por la expresión **“acto sexual o acto análogo”**, que se interpreta en el sentido de acceso o penetración carnal.

En otros textos legales se usan términos que, en

(2) BARRERA DOMINGUEZ, Humberto. . . *Delitos Sexuales*.- Bogotá, 1963, Parte II, Tema III, p. 63.

(3) El artículo 199, modificado por el Decreto Ley No. 20583 protege al menor hasta los 14 años de edad.

(4) CORNEJO, A. Gustavo. . . *Derecho Penal Especial*.- Lima, Librería e Imprenta Gil, S.A., 1937, Sec. III, Tit. I, p. 91 del T.I.

nuestra opinión, indican con mayor precisión esta idea de penetración en la carne. Así, los códigos argentino y colombiano emplean el de acceso carnal; el chileno el de yacimiento; el mejicano se refiere a cópulo y, por último, el italiano señala el de conjunción carnal.

Al referirse nuestro Código al acto análogo al sexual, creemos que son vías aptas para configurar el delito, junto con la vaginal, la anal y la oral; no es necesaria una penetración completa, pudiendo ser superficial y hasta momentánea. Como consecuencia de esto se desprende que no se requiere la desfloración, la *delitia carnis* ni la *seminatio intra vas*.

1.4. Sujeto activo del delito.

Sujetos activos del delito pueden ser tanto el hombre como la mujer.

El hecho de considerar al hombre como sujeto activo del delito surge de la esencia misma de la figura, por cuanto el tipo legal exige la penetración carnal.

No se desprende con la misma evidencia el hecho de considerar a la mujer como sujeto activo; de ahí que éste sea uno de los puntos más debatidos en doctrina.

En nuestra opinión (y siguiendo a tratadistas como Vincenzo Manzini, Octavio Torres Malpica, Carlos Caballeros Elías, Ricardo Núñez, Carlos Fontán Balestra y Antonio Vicente Arenas), la mujer puede ser, igualmente, sujeto activo del delito, tal como hemos dicho anteriormente. Fundamentamos nuestra afirmación en el hecho de que, al realizar la mujer el acto sexual o análogo con un menor de 16 años, se darían los elementos requeridos por el tipo legal para que quede configurado el delito:

a) Al tener el sujeto pasivo del delito menos de 16 años de edad, se encontraría comprendido dentro del límite establecido por el artículo 199;

b) Habría penetración carnal en el cuerpo de otra persona;

c) Al no tener capacidad de consentimiento el menor, el acto que realice es un acto no querido legalmente y por lo tanto, no es libre. Es por este motivo que nuestra ley penal emplea la expresión "hace sufrir un acto sexual o análogo", por cuanto, al no tener capacidad de consentimiento, todo acto que realice es contra su voluntad y se le hace sufrir un acto no querido. Esto dentro del plano de la ley, ya que, como dice Giuseppe Maggiore, citando a Carrara, lo que falta al menor no es siempre la capacidad natural, sino la jurídica. Así, dice que son

naturalmente capaces los menores y los locos que no quieren aceptar un acto que les repugna. En este caso, nos dice, coincide la capacidad natural con la presunción de falta de voluntad de la ley.

Entre nosotros, quienes niegan que la mujer pueda ser sujeto activo lo hacen por considerar que, al decir la ley que será penado el que haga sufrir el acto sexual, significa que quien realiza el acto debe penetrar al menor. Consideran entonces, que el sujeto pasivo del delito debe serlo también del acto, lo que es un error.

1.5. Sujeto pasivo del delito.

Con referencia al sujeto pasivo del delito, podemos decir que lo es cualquier menor que esté vivo al iniciarse el acto, que no haya cumplido 16 años de edad, y sin que importe el sexo del agraviado (5).

1.6. Culpabilidad.

El delito del que tratamos sólo puede ser cometido mediante dolo, ya que no se concibe una forma culposa de violación.

El dolo está dado por la intención del agente de tener acceso carnal o, como dice nuestro Código, de hacer sufrir el acto sexual o acto análogo a un menor de 16 años de edad.

En términos del artículo 81 del Código Penal, es intencional la infracción cuando se comete por acción o por omisión, consciente y voluntaria. La conciencia debe abarcar en el sujeto, la representación de su actividad y la del resultado. Asimismo, la voluntad no debe referirse sólo a actividad, sino que también debe ser querido el resultado.

A pesar de que en el error no negligente no se podría construir la culpabilidad por falta de dolo y culpa (como bien ha señalado Luis Jiménez de Asúa en su obra "El Criminalista"), nuestro Código sanciona el acto realizado, así provenga de una errónea (no culpable) apreciación de los hechos o del carácter delictuoso.

El artículo 87 de nuestro Código Penal atenúa la pena en el caso de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no proveniente de negligencia, así como por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto

(5) Como hemos señalado, el Decreto Ley No. 20583 ha rebajado la edad tutelada a 14 años.

que hubiera sido considerado lícito por el agente.

1.7. Consumación.

Con respecto a la consumación, ya hemos adelantado algunas ideas al hablar del elemento material; bástenos recordar que el delito se consuma con la mínima penetración carnal por cualquier abertura natural del cuerpo ajeno.

1.8. Tentativa.

En el caso de que no se prosiguiera con la ejecución del delito por causa ajena a la voluntad del agente, se daría la tentativa simple o incompleta, a que se refiere el artículo 97, in fine, del Código Penal.

Es importante la intención del agente, por cuanto, si ésta fue distinta a tener acceso carnal con la víctima, o si no pudiera ser probada, los actos libidinosos realizados deberán ser sancionados a título de actos contrarios al pudor; delito previsto en el artículo 200 del Código y sancionado con penas más benignas que las previstas en el artículo 199, modificado.

Si bien consideramos que puede darse la tentativa incompleta, no creemos que pueda configurarse la tentativa completa o delito frustrado; por lo menos en la forma como está concebida la figura por nuestro texto legal, ya que, como dice Angel Gustavo Cornejo, en el delito frustrado la obra está completa pero no se ha alcanzado el resultado apetecido.

Al adecuarse la acción al tipo legal por la simple penetración aun superficial y momentánea, el *iter críminis* no sufre interrupción alguna al pasar de los actos ejecutivos a los consumativos, ya que la etapa consumativa comienza con la mínima introducción carnal. Al lograrse ésta, el delito se consuma. Si no sucediera esto, todos los actos anteriores quedarían comprendidos dentro de los actos ejecutivos y, por lo tanto, constituirían tentativa o desistimiento.

En opinión de Carlos Caballero Elías, no es posible admitir la posibilidad del delito frustrado, porque esta forma del delito imperfecto exige que el responsable ejecute objetivamente todo lo indispensable para consumir el delito. En la violencia carnal, esto significa haber logrado la introducción siquiera superficial. Y, si ésta se logra todos los requisitos del delito se habrán cumplido, el *iter críminis* se

encontrará en la etapa consumativa y no será posible hablar de delito frustrado, sino de delito consumado (6).

Se dará el desistimiento si el agente renuncia "espontáneamente" a continuar el delito; sin que la ley investigue la causa ni los móviles que lo llevaron a ello.

El desistimiento del actor lleva consigo el perdón de la ley penal, siempre y cuando los actos realizados no constituyan delito por sí mismos.

1.9. Circunstancias que agravan la represión.

La Ley impone una pena más severa (internamiento) (7) cuando el menor agraviado tiene menos de 7 años de edad. La razón de ser de la mayor pena (que antes era la de muerte) está dada por el grave peligro que significa dicho acto para la salud psíquica y física del menor agraviado tal como ya hemos dicho.

El artículo 199 también agrava la represión cuando se dan, entre el agresor y la víctima, ciertas relaciones especiales basadas en vínculos familiares y de dependencia. Así, se agrava la pena cuando la víctima es descendiente del delincuente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge, su discípulo, aprendiz, doméstico o niño confiado a su cuidado (8).

En opinión de Luis Eduardo Mesa V., se trata de situaciones en las que la víctima se encuentra en condición desventajosa para oponerse al actor, debido a la presencia de ciertos vínculos naturales o artificiales que le imponen reverencia y subordinación, de lo que se aprovecha el agresor para realizar el acto delictuoso (9).

El artículo 203 del Código Penal agrava el delito cuando se originan la muerte o un grave daño en la salud de la víctima. Se trata de resultados preterintencionales ya que el texto legal se refiere a que dichos resultados pudieran ser previstos por el agente.

Este último artículo impone pena más severa

(6) CABALLERO Elías, Carlos... *Violencia Carnal y Estupro*.- Bogotá, 1965, Cap. III, pp. 38-39.

(7) Después de la promulgación del Decreto Ley 20583, la pena es de muerte.

(8) El Decreto Ley 20583 ha incluido dentro de las agravantes el hecho de ser pupilo, hermano u hospedado del agresor o hijo de su conviviente.

(9) Mesa Velásquez, Luis Eduardo... *Delitos contra la libertad y el honor sexuales*, en Estudios de Derecho, Medellín, setiembre de 1960, No. 58.8.307.

cuando el autor del delito se entregó a actos de crueldad.

1.10. Acción Penal.

Debe seguirse la acción de oficio.

- a) Cuando el menor agraviado tenga menos de 14 años de edad;
- b) Cuando los menores que se encuentren entre los 14 y 16 años no tengan padres ni tutores;
- c) Cuando el agraviado sea descendiente o hijo adoptivo del agresor, su pupilo o hijo de su cónyuge o hubiera estado confiado al cuidado del agente,
- d) Cuando se ocasionen lesiones graves o resulte la muerte del agraviado (10).

Tal como está redactado el artículo 312 del Código de Procedimientos Penales, concordado con el art. 302 del mismo cuerpo de leyes, en todos los demás casos la acción penal debería ejercitarse por querrela de parte. No obstante esto, se ha interpretado que se trata de una acción pública sujeta a instancia privada.

Según la segunda parte del artículo 204 del Código Penal, el delincuente que se case con la agraviada quedará exento de pena, y se extinguirá la acción penal respecto a él.

1.11. Penalidad

Las penas principales, aplicables al autor del delito, son las siguientes:

a) Internamiento; en el caso de que se haya hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de hasta siete años de edad (11).

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 estableció que en estos casos la pena sería de muerte. Esta misma sanción fue prevista por su Decreto Ley aclaratorio, No. 18140. No obstante, al darse el Decreto Ley 12968, la Corte Suprema interpretó (en nuestro concepto acertadamente) que dicha pena había sido sustituida por la de internamiento;

b) Penitenciaría o prisión no menor de 5 años si la víctima tuviere entre 7 y 16 años de edad y no se encontrare dentro de alguno de los supuestos contenidos en el siguiente literal:

c) Penitenciaría no menor de 10 años si la víctima es discípulo, aprendiz, doméstico, pupilo, descendiente o hijo adoptivo del agente, hijo de su cónyuge o menor confiado a su cuidado.

2. Resoluciones de la Corte Suprema de la República recaídas sobre el artículo 199 del Código Penal y disposiciones conexas.

Al realizar el análisis de las diferentes resoluciones de la Corte Suprema, vamos a ceñirnos en lo posible al orden seguido en la parte introductoria de este trabajo. Consignaremos en primer lugar una su-milla de la Resolución Suprema, para proceder luego a comentarla.

2.1. Bien Jurídico tutelado.

"...en los delitos contra el honor sexual en agravio de menores de 16 años, no se castiga el atentado contra la virginidad de la menor, sino el acto doloso practicado contra su honestidad" (12).

La cita que reproducimos es un extracto del Dictamen del Fiscal, señor Velarde Alvarez, en una causa sobre la que recayó Resolución de la Corte Suprema, con fecha 24 de octubre de 1952.

Consideramos que es importante el Dictamen Fiscal, ya que la Corte Suprema, para resolver, hace suyos los fundamentos dados por el señor Velarde Alvarez.

Coincidimos con el referido Dictamen sólo en cuanto nosotros tampoco consideramos que se castigue el atentado contra la virginidad de la menor.

(10) El Art. 205 del Código Penal, modificado por el Decreto Ley No. 20583 dispone que se seguirá la acción de oficio:

a) Cuando resulte la muerte del agraviado o se le infirieran lesiones graves.

b) Cuando el menor de 14 años no tenga padres ni guardador.

c) Cuando el delito sea perpetrado por un ascendiente, hermano, guardador u otra persona encargada del cuidado del menor.

(11) El Decreto Ley No. 20583 establece como penas aplicables al autor del delito las de: a) muerte, si la víctima tiene 7 ó menos años de edad; b) penitenciaría no menor de 10 años si la víctima es discípulo, aprendiz o doméstico del delincuente, o su descendiente, su hijo adoptivo o hijo de cónyuge o conviviente, o su hermano, o su pupilo o un niño confiado a su cuidado u hospedado. La pena en cambio, será penitenciaría o prisión no menor de 5 años cuando no medie dichas circunstancias agravantes.

(12) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, noviembre de 1952, No. 106, pp. 2985-2986.

Sencillamente, no es la virginidad lo primordialmente protegido por la ley en este caso, ya que caen dentro del artículo 199 los actos sexuales realizados con cualquier menor, aunque no sea virgen, con tal que tenga menos de 16 años de edad.

Por otro lado, este artículo comprende no sólo dichos actos ejecutados o realizados con mujeres, sino también a los "actos análogos" que se hubieran podido hacer sufrir a cualquier menor, sea éste hombre o mujer.

Siendo todo esto correcto, no puede afirmarse que lo tutelado por la ley penal, en este artículo, sea la virginidad del menor, ya que, como hemos dicho, son sujetos pasivos del delito los menores de hasta 16 años de edad, sin importar el sexo al que pertenezcan ni si se encuentran vírgenes o no.

Tampoco creemos que sea la honestidad el bien jurídico primordialmente tutelado.

Cabe preguntarse: ¿En qué forma se vería perjudicada la honestidad de un menor de 3 ó 4 años de edad que fuera sometido a una práctica carnal de las requeridas por la figura?, y si se tratase de una prostituta ¿podría decirse que su honestidad se ha visto perjudicada? y ¿si el hecho delictuoso no hubiera trascendido?

No podemos, pues, estar de acuerdo con lo afirmado por el Fiscal señor Velarde Alvarez. Ya hemos dicho que, en nuestra opinión, el bien jurídico principalmente atacado en este tipo de delitos es la libertad sexual, sola o junto con la integridad psicofisiológica del menor agraviado.

2.2. Elemento material.

"La práctica de actos de frotamiento sobre los genitales externos de una menor de 16 años de edad, constituye el delito contrario al pudor". (13).

Dentro de los considerandos de su Dictamen Fiscal, el señor Velarde Alvarez señala que no existe prueba suficiente que corrobore la afirmación de que el actor accedió a la menor.

Este hecho resulta particularmente importante ya que, según hemos dicho, para que se configure el delito sancionado por el artículo 199, debe haber acceso carnal, es decir penetración en el cuerpo de otra persona por medio del órgano viril, aunque sea en forma momentánea e imperfecta.

El Tribunal Supremo, de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal, declaró autor del delito

contra el pudor al procesado.

Estamos, pues, conformes tanto con lo resuelto por la Corte Suprema, como con lo afirmado por el señor Velarde Alvarez en su Dictamen, ya que, en nuestra opinión, todo acto que no implique un inicio de penetración carnal no constituye el delito consumado de violación.

Si, en cambio, se hubiera probado la intención de acceder a la víctima, no se habría configurado el delito de atentado contra el pudor, sino que se trataría de una tentativa de violación.

- b) "Constituye violación presunta de menor, hacer sufrir un acto análogo al sexual a un menor de 5 años de edad". (14).

No creemos que sea menester comentar mayormente la sumilla arriba consignada, ya que obedece a una clara disposición legal.

No nos ha sido posible encontrar fallo alguno de la Corte Suprema en el que se sancione la llamada **fellatio in ore**, sea como delito sancionado por el artículo 199 (como creemos que sería correcto considerarla) o por el artículo 200 del Código Penal.

- c) "Para que quede configurado el delito es necesaria la intervención de los genitales masculinos" (15).

Esta afirmación corresponde a una Resolución de la Corte Suprema recaída en la causa No. 1497-71 de fecha 23 de diciembre de 1971, la que no creemos haya sido publicada.

Para resumir dicho fallo, diremos que los acusados introdujeron los dedos en los genitales de la menor, motivo por el cual se les consideró autores del delito sancionado por el artículo 200 del Código Penal, por cuanto dichos actos "... **no constituyen delito de violación sexual sino contra el pudor previsto en el artículo doscientos del Código Penal**".

2.3. Sujeto activo del delito.

(13) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, abril de 1954, No. 123, pp. 512-513.

(14) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, agosto de 1953, No. 115, pp. 994-995.

(15) La resolución que comentamos es la recaída en la causa No. 1497 de 23 de diciembre de 1971, la que no creemos haya sido publicada.

No nos ha sido posible encontrar Resolución alguna en la Corte Suprema en la que se sancione a una mujer como sujeto activo del delito.

En la parte introductoria de este trabajo, hicimos notar que no se acepta, por un sector de la doctrina, que la mujer sea activo del delito, por considerar que el hombre requiere de cierto estado síquico para llevar a cabo la realización del acto carnal. Quienes así piensan sostienen que dicho estado propicio no se daría si el hombre es forzado a ejecutarlo. Los mismos autores tampoco creen que podría darse el delito si la víctima fuera una menor de edad, por existir en ese caso —según afirman— imposibilidad física del sujeto pasivo.

Con respecto a esto, es preciso tener presente lo siguiente:

1) Se configura el delito, aunque el menor preste su consentimiento para la realización del acto carnal.

2) Si bien en otras legislaciones tiene fuerza la objeción planteada, con respecto a la incapacidad física del menor, ésta pierde toda su fuerza dentro del ámbito de aplicación del Código Penal peruano, ya que, dado el amplio margen que señala el artículo 199, bien podría un menor que se encuentre cerca de los 16 años realizar el acto sexual con otra persona, tal como lo demuestra el caso que comentamos a continuación.

Nos parece de suma importancia citar, en este sentido, la Resolución Suprema de fecha 13 de octubre de 1951 (16).

En el Dictámen Fiscal del señor Villegas (y esto es lo que consideramos realmente importante), se tipifica dentro del artículo 199 del Código, el delito cometido por un sujeto en agravio de dos menores "...actuando en un caso como sujeto activo y en el otro como pasivo".

Creemos que en este caso, al haber fallado en concordancia con el Fiscal, la Corte Suprema puso la base para que se sostenga, aún por los Tribunales de Justicia, la recta doctrina de que la mujer puede ser sujeto activo del delito, sobre todo (y en este punto no nos cabe la menor duda) cuando se trate de menores de edad.

No obstante, en fecha muy posterior, más precisamente el 3 de enero de 1973, la Corte Suprema expidió una Resolución con la que no podemos estar conformes, y que pasamos a exponer, por creerlo necesario, más detenidamente.

Los considerandos, en realidad, no nos sirven de

gran ayuda. Este es un problema que hemos advertido en cada una de las Resoluciones estudiadas, aunque antes se veía mitigado por el estudio del caso contenido en los correspondientes dictámenes fiscales.

En los considerandos de la Resolución Suprema que comentamos se dice únicamente: "...que por la forma y circunstancias en que se realizaron los hechos, éstos configuran el delito a que se refiere el artículo doscientos del Código Penal; que siendo ésta la disposición específica, prima en su aplicación sobre la disposición genérica contenida en el artículo ochenticinco del Código de Menores...".

Si por desgracia no hubiera habido voto en discordia de los Vocales señores García Salazar, Nugent y Barrós Conti, no nos habiéramos podido enterar cuáles eran esas formas y circunstancias de perpetración del delito, a que se hace referencia en la Resolución Suprema.

Decimos esto ya que, en los considerandos de dicho voto, se expresa que el menor agraviado es quien accede al agente del delito y, por este motivo, dichos señores Vocales opinan que, como el artículo 199 se refiere al que "hace sufrir" el acto análogo al sexual a un menor, no puede decirse que en este caso se haya configurado el delito previsto en dicho artículo ya que, según dichos señores, para que ello suceda, el menor debe ser sujeto pasivo del acto.

De ninguna manera podemos estar de acuerdo con lo expuesto por los mencionados Vocales; y menos aún, podríamos estarlo con lo expresado en los considerandos de la Resolución Suprema. No podemos dejar de expresar nuestra disconformidad cuando se pretende considerar como atentado contra el pudor al acto análogo al sexual practicado con cualquier menor.

La Resolución que comentamos expresa que, por la forma y circunstancias en que se realizaron los hechos, es de aplicación el artículo 200 del Código Penal. Pero ¿cabe afirmar que es de aplicación dicho artículo, cuando se ha producido la penetración carnal? Indudablemente que no. Cada vez que se copule con un menor de 16-años de edad, según nuestro Código Penal, se estará dentro del artículo

(16) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, febrero de 1952, No. 97, pp. 1734-1735. En el mismo sentido ver Ejecutoria de 1o. de diciembre de 1951, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1952, p. 1880.

199, y no dentro del artículo 200, que se refiere a todo acto de lubricidad que no implique penetración carnal.

Ya el tratadista nacional, Dr. Octavio Torres Malpica ha dicho que, en el caso que estudiamos, no puede negarse que se ha configurado la figura prevista en el artículo 199 del Código Penal (17).

Este autor no acepta que quepa subsumirlo en el artículo 200, y ni siquiera en el 206 (como pretendió hacerlo el Segundo Tribunal Correccional de Lima en la causa antes analizada, sobre la que recayó la Resolución de la Corte Suprema de fecha 13 de octubre de 1951). No cabe considerarlo como acto contrario al pudor, según Octavio Torres Malpica, ya que "...los actos contra el pudor se consuman sin introducción del pene..." (18).

Según este mismo autor resultaría incongruente calificarlos como delito de corrupción de menores, ya que dicha figura "...exige como presupuestos la intervención de un tercero y el propósito de lucro que éste persigue" (19).

En opinión de este tratadista "...la corrupción importa una depravación sexual y se materializa con actos de lujuria, pero sin unión sexual" (20).

Por otro lado, la frase "hacer sufrir el acto sexual", que usa el Código en el Art. 199, y a que se refiere el voto en discordia a que nos hemos referido anteriormente, puede llevar a error, tal como ha sucedido en este caso; de ahí que consideremos que sería conveniente un cambio en la terminología empleada en el artículo.

El error en que han incurrido los Vocales, señores García Salazar, Nugent y Barrós Conti, es en considerar que, por el hecho de decir la ley que será penado aquel que haga sufrir el acto sexual a otra persona, ésta (el menor agraviado) siempre debe ser sujeto pasivo del acto sexual.

No se debe olvidar que el menor, legalmente, no puede prestar un consentimiento válido para realizar el acto sexual, o el acto análogo, fuera del matrimonio. De acuerdo a este punto de vista, todo aquel que realice dichos actos con un menor, está haciéndole sufrir un acto no querido. No querido, sencillamente, porque para la ley nada vale el consentimiento que pudiera haber otorgado el menor y, por lo tanto, ese acto es ajeno a su voluntad y por ende no es libre.

Ya Carlos Fontán Balestra ha dicho, al comentar el Código Penal argentino:

"Nosotros entendemos que el acceso carnal natural, ejecutado por mujer capaz sobre un menor de 12 años, está viciado en lo que se refiere al consentimiento del sujeto pasivo y encuadra en la previsión, de la violencia ope legis del art. 119, inc. 1o." (21).

Según este autor, al presumir la ley que el menor carece de voluntad, queda perfectamente configurado el delito.

En opinión de Carlos Caballero Elías, acceso carnal es la intromisión del miembro viril por cualquiera de los esfínteres del sujeto pasivo de la relación carnal, y no la intromisión viril por cualquiera de los esfínteres de la víctima (22).

En su concepto, el término someter (que es empleado en la legislación colombiana) significa, en su sentido natural y lógico, tanto como dominar, vencer u obligar. De ahí que diga que "...la expresión del Código equivale a decir: "quien obligue a otra persona al acceso carnal..." (23). Lógicamente, y como lo dice este autor, puede obligarse a otra persona a realizar el acto sexual, sea como sujeto penetrado o penetrante.

En nuestra opinión (y como se desprende de lo afirmado por Carlos Fontán Balestra que citáramos anteriormente), al no tener el menor capacidad de consentimiento, el acto sexual que acepte realizar no es querido legalmente y, por lo tanto, ese acto es contrario a su voluntad, y, en consecuencia, se le habrá hecho sufrir un acto (sexual o análogo) no querido realmente por el menor. Esto según la ley, porque el menor podría realmente conocer las implicancias del acto que realiza y, por lo tanto, prestar un consentimiento naturalmente válido (aunque no —valga la redundancia— legalmente).

No puede aceptarse, pues, que el acceso carnal realizado con un menor de edad sea considerado como atentado contra el pudor, o como corrupción, cuando existe un artículo que específicamente ha

(17) TORRES MALPICA, Octavio... *Código Penal*. La Victoria, Talleres de Ediciones Jurídicas, José Merino Reyna, Editorial e Imprenta, 1965, p. 123.

(18) *Loc. cit.*

(19) *Loc. cit.*

(20) *Ibidem*, p. 127.

(21) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Delitos sexuales*. Buenos Aires, Talleres Gráficos Enrique L. Frigerio e Hijo, 1945, Cap. IV, p. 82.

(22) CABALLERO ELIAS, Carlos... *Op. cit.* Cap. III, pp. 53-54.

(23) *Ibidem*. Cap. III, p. 54.

previsto dicho acto como violación.

Con respecto al artículo 85 del Código de Menores, y que citan los Vocales Supremos, estamos de acuerdo con la Resolución de la Corte Suprema en el sentido de que habiendo una disposición específica en el Código Penal, prima ésta sobre el Art. 85 del Código de Menores.

Como podemos apreciar, grande es la confusión existente con relación al sujeto activo del delito. Este es, de hecho, uno de los puntos más debatidos en doctrina; aunque no el único, ya que los tratadistas no consiguen ponerse de acuerdo sobre aspectos tan importantes como el de saber si el matrimonio de uno de los "delincuentes" con la agraviada beneficia a los otros inculcados, o si solamente surte efectos respecto del que se casa con la víctima; o el, ya comentado, de cuál es el bien jurídico tutelado.

Un caso sobre el que recayó Resolución de la Corte Suprema de fecha 1o. de octubre de 1973, demuestra la confusión existente al respecto. Se trató en esta oportunidad de un mayor de edad que realizó un acto análogo al sexual con un menor de 14 años de edad, actuando este último como sujeto activo del acto. La Corte declaró haber nulidad en lo resuelto por el Vocal del Tribunal Correccional, y se produjeron dos votos en discordia; uno de ellos correspondiente a los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano, y el otro de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti.

El vocal juzgador condenó al acusado como "...cómplice del delito contra la libertad y el honor sexuales, en su figura de violación presunta, en agravio del menor... previsto y sancionado por la primera parte del segundo párrafo del artículo tercero del Decreto Ley número Diecisiete mil trescientos ochentiocho, aclarado por el Decreto Ley número Dieciocho mil ciento cuarenta..."

Por su parte, la Corte Suprema, en discordia y considerando que, "...siendo el encausado un pederasta pasivo y el agraviado un menor de catorce años, que actuó como activo en el acto sexual, resulta que los hechos configuran el delito a que se refiere el artículo doscientos del Código Penal; que siendo esta la disposición genérica contenida en el artículo ochenticinco del Código de Menores...", lo condenaron como autor del delito contra el pudor.

En su voto en discordia, los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano, considerando "...que el acto sexual análogo, realizado entre un homosexual mayor de edad y un me-

nor de dieciséis años, conforme al artículo ciento noventinueve del Código Penal, constituye delito de violación presunta porque atenta contra las buenas costumbres, la libertad y el honor sexuales, que constituye el bien jurídico tutelado por la Sección Tercera del Libro Segundo del Código Penal y el Título Primero de la misma; que la materialidad del delito sexual surge cuando el órgano de una de las personas, sea sujeto activo o pasivo, es introducido en la vagina o en el ano de la otra; que las dudas al respecto se deben a los vocablos empleados en muchos Códigos y a la circunstancia de que, como en el caso de autos, el agraviado hizo de sujeto activo del acto carnal; pero, teniendo en cuenta el bien jurídico tutelado y la incapacidad de discernimiento del menor, en verdad ha sufrido un acto sexual que menoscaba sus buenas costumbres, su libertad de acción y el honor consiguiente... que el caso no puede reputarse como delito de corrupción, aunque en sí, es depravante, porque no reúne los requisitos legales del propósito de lucro y de la intervención de terceros..."; por estos fundamentos, opinaron que debía condenarse al acusado como autor del delito de violación presunta, de acuerdo con el artículo 3o. del Decreto Ley 17388.

En cambio, los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti opinaron que debía declararse nula la sentencia recurrida e insubsistente todo lo actuado desde el auto apertorio de instrucción, por cuanto, en su opinión, "...el artículo ciento noventinueve del Código Penal se refiere al que hace sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor de dieciséis años; que, en consecuencia, dicho dispositivo reprime al sujeto activo de dicho acto y no al pasivo que, en el caso presente, es precisamente el encausado; que, de igual modo, el delito contra el pudor previsto y penado en el artículo doscientos del mismo Cuerpo de Leyes, reprime a quien cometiere un acto contrario al pudor en la persona de un menor de dieciséis años; que, en consecuencia, no cabe tenerse al encausado como agente activo del delito desde que, con su proceder, no ha cometido un acto propiamente contrario al pudor en la persona del menor agraviado; que éste en forma alguna ha sido presionado a realizar en la persona del encausado el acto sexual en que el último ha actuado como sujeto pasivo; que desde que el menor, sin violencia o amenaza alguna, fue objeto de inmoral proposición por parte del encausado, pederasta pasivo, para que practicara en su persona el acto sexual, se encontraba en plena libertad de aceptar o rechazar

la inmoralidad propuesta; que si bien la ley presume, tratándose de menores de dieciséis años, la ausencia de voluntad, tal presunción se refiere al caso único de ser sujeto pasivo de la relación sexual o del acto deshonesto; que la inmoralidad que ha dado origen a este proceso no está prevista ni penada en el Código Penal... que en cambio, la incitación inmoral o contra las buenas costumbres está contemplada en el artículo ochenticinco del Código de Menores”.

De todo lo expuesto, podemos resumir las posiciones expuestas de la siguiente forma:

1) Vocal del Tribunal Correccional: El procesado es cómplice del delito contra la libertad y el honor sexuales (violación presunta) en agravio de un menor de 14 años de edad. Con esto, dicho menor vendría a ser sujeto activo de su propia violación.

2) Corte Suprema: Se ha cometido un acto contrario al pudor, previsto en el artículo 200 del Código Penal.

3) Voto en discordia de los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano: El acto realizado configura el delito de violación presunta en agravio de menores de edad previsto y sancionado por el artículo 199 del Código Penal; modificado por el artículo 3o. del D.L. 17388.

4) Voto en discordia de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti: El acto realizado no está previsto en el Código Penal, siendo de aplicación el artículo 85 del Código de Menores.

Son, pues, cuatro versiones, con otras tantas tipificaciones distintas, para un mismo acto. Nosotros nos inclinamos, como se desprende de lo expuesto en lo que va del presente trabajo, con lo afirmado por los señores Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano en su voto en discordia. Esto no significa que aceptemos todo lo opinado por dichos señores, por cuanto, en nuestro concepto, el bien jurídico tutelado es la libertad sexual sola o conjuntamente con la seguridad psicofisiológica del menor agraviado.

El error en que ha incurrido el Vocal superior es de tipificación. Tal como la figura en estudio está concebida en nuestra legislación positiva, el menor que realice actos sexuales, o análogos, con otra persona no puede ser autor de su propia violación. Se es sujeto activo o pasivo del delito, pero no se puede ser ambas cosas a la vez.

En el Código Sanitario, por ejemplo, existe un caso en que una persona puede ser autora del delito cometido en agravio de sí mismo. Aunque parezca

raro, así es; pero lo es, porque la ley expresamente lo ha previsto. Este caso está contenido en el artículo 185, inciso g) del Decreto Ley 17505 de 18 de marzo de 1969.

El artículo 185, inciso g), de dicho Decreto Ley señala que:

“Constituye delito contra la salud: . . . g) Las lesiones graves producidas voluntariamente a sí mismo y que traigan como secuela pérdida de miembros, deformaciones permanentes, perturbación mental, u otra clase de daño a la salud”.

El artículo 3o. del Decreto Ley 17388 establece, en cambio, que “será reprimido. . . el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor. . .”. No es, pues, sancionado el menor, sino el que le hace sufrir el acto sexual o un acto análogo. Creemos que al respecto sobra cualquier otro comentario.

Respecto al contenido del fallo del Supremo Tribunal, ya nos hemos pronunciado, en la parte introductoria de este trabajo, así como en los puntos pertinentes de esta segunda parte; no creemos que debamos ahondar más en ello. No tampoco en lo sostenido por los vocales Torres Malpica, Cuentas Ormachea y Valenzuela Pomiano.

Con relación al voto en discordia de los señores Nugent, Chirinos Araico y Barrós Conti, no creemos que sea de aplicación el artículo 85 del Código de Menores, toda vez que existe una disposición específica en el Código Penal.

Tanto la Corte como los únicos vocales citados, han incurrido posiblemente en error, por considerar que el sujeto activo del delito también debe serlo del acto. Pero no existe en el texto del artículo 199 del Código, ni en la intención de la ley, dicha exigencia. Insistimos en que, sea como sujeto activo de la relación carnal o como sujeto pasivo, todo menor de 16 años se encuentra protegido por el artículo 199 del Código y, por lo tanto, al realizar el acto sexual o un acto análogo con otra persona, sufre un acto no querido legalmente, por cuanto el consentimiento que pueda haber prestado se encuentra viciado **ab initio**. No tienen razón, pues, los vocales supremos, cuando dicen que la ley presume la ausencia de voluntad sólo cuando el menor es sujeto pasivo de la relación carnal.

2.4. Sujeto pasivo del delito.

- a) “Ante la menor edad de la víctima, el consentimiento que haya podido prestar carece

de valor debido a su incapacidad absoluta” (24).

El Fiscal, señor Febres, que en su Dictamen de 5 de abril de 1952, expresó que las cópulas reiteradas a que fue sometida la víctima fueron aceptadas inconscientemente por ésta, debido a su incapacidad física y síquica.

Indudablemente que para la ley penal nada vale el consentimiento del menor sobre el que pesa una presunción de incapacidad sexual absoluta.

- a) “Conforme al Art. 204 del Código Penal, cuando la agraviada es una mujer casada —aunque sea menor de edad— no procede que se condene al pago de dote” (25).

La importancia de la sumilla consignada radica en el hecho de comprobar que, en criterio de la Corte Suprema, pueden ser sujetos pasivos del delito los menores de edad casados. Entendemos que en este sentido se habría pronunciado el Supremo Tribunal en el caso de que un menor casado hubiera sido el agraviado.

En el caso que comentamos, se trató de una menor que, siendo desatendida por el marido, mantuvo relaciones amorosas primero, y sexuales después, con el condenado, yendo a residir con su amante.

La Corte, encontrando a éste culpable del delito previsto en el artículo 199 del Código Penal, lo condenó con la pena mínima, ya que el caso no revestía mayor gravedad.

Como el caso es claro y no merece mayores comentarios, pasamos a tratar sobre la honestidad o deshonestidad de la víctima.

- c) “Procede el Juicio oral cuando del expediente aparecen explicados los hechos en forma que no admite duda la efectividad del delito, sin que a ello obste la supuesta mala conducta de la menor ofendida, de 15 años, ya que el requisito de la buena conducta no es indispensable en estos casos” (26).
- c’) “El delito de violación en agravio de una menor de 16 años, se configura en atención a la edad de la víctima con prescindencia de la prueba sobre su conducta” (27).

Las sumillas arriba reproducidas, que corresponden a las Resoluciones de la Corte Suprema de fechas 28 de agosto de 1953 y 14 de agosto de 1951, son dos de las muchas que pueden extraerse de las reiteradas Ejecutorias de la Corte Suprema en este mismo sentido.

Es tan claro el hecho de que el texto legal no requiere de la honestidad del menor para que se configure el delito, que pareciera superfluo insistir sobre el tema. No obstante, expongamos las razones sobre las que se funda esta afirmación.

1) El texto del artículo 199 requiere únicamente la comprobación de la edad de la víctima; no ha establecido, como lo hace el artículo 201, la exigencia de que se trate de menor honesto.

2) Si el menor no tiene capacidad de discernir sobre lo que le conviene o no, y sobre lo que es bueno o malo, mal podría decirse que es un menor deshonesto.

¿Cómo va a ser deshonesto si, según la ley, no se da cuenta de que el acto que realiza es malo?

Si bien el texto legal no requiere que el menor agraviado sea honesto, creemos que la mala conducta de la víctima deberá ser tenida en cuenta “. . . para los efectos a que se contrae el artículo cincuentiuno. . .” del Código Penal, como bien señala la Resolución de la Corte Suprema de 14 de agosto de 1951 (28).

Al respecto, resulta de interés analizar un caso sobre el que recayó Resolución del Supremo Tribunal con fecha 27 de mayo de 1940 (29).

Los hechos fueron los siguientes:

Una meretriz logró convencer a una menor de 13 años de edad, a fin de que practicara el acto carnal con varios asiáticos a cambio de cierta suma de dinero, que después de recibir la menor, entregaba a la mujer.

(24) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de 1952, No. 101, pp. 2324-2325.

(25) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, noviembre de 1964, No. 250, p. 1347.

(26) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, enero de 1954, No. 120, pp. 106-109.

(27) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, enero de 1952, No. 96, pp. 1615-1616.

(28) *Ver nota anterior*.

(29) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*, Lima, 1940, T. XXXVI, pp. 7 a 14.

Descubierto el hecho se abre la correspondiente instrucción.

El Tribunal Correccional falla condenando a la meretriz por el delito de corrupción, así como a los asiáticos por el delito contra el honor sexual, sancionado en el artículo 199 del Código Penal.

La segunda sanción es la que nos importa: 1o.) Porque es sobre el delito que estamos analizando; y 2o.) Porque es sobre ella que se va a pronunciar la Corte Suprema.

Los asiáticos interponen recurso de nulidad.

Hasta aquí los hechos tal como constan en el Dictamen del Fiscal, señor Palacios.

La opinión del referido Fiscal puede resumirse en los siguientes puntos:

a) Al tener la menor 13 años de edad, el hecho juzgado se encuentra comprendido en el artículo 199 del Código Penal; el que "...no admite **distintos**, y no hay el derecho de hacerlos donde la ley no los establece..." (30).

b) La pena mínima aplicable es (era) la de 2 años de prisión;

c) Hay que aplicar el Art. 87 del Código Penal, ya que consta en el proceso que la menor representaba mucha mayor edad de la que en realidad tenía, "...sin duda por su desarrollo prematuro, consecuencia del comercio carnal a que había sido dedicada..." (31).

d) La meretriz y la menor engañaron a los asiáticos haciéndoles creer que tenía 18 años de edad (fs. 231); y

e) Los asiáticos no buscaron a la menor, sino que la meretriz se la llevó,

"...Todo ello revela, que si bien los asiáticos han cometido una infracción que la ley pena, practicando acto carnal con una menor de 13 años, lo ha sido por errónea apreciación del hecho, no negligente, que cometían, ignorando el carácter delictuoso de ese acto, que ellos, erróneamente, conceptuaban lícito al practicarlo en su propio domicilio con persona que conceptuaban mayor de lo que en realidad era, y que espontáneamente venía traída por una mujer..." (32).

Por todo lo expuesto, el Fiscal era de opinión que la pena debía ser disminuida a límites inferiores al *mínimum legal*, conforme al citado artículo 87. Así, proponía que se fijase la pena en 6 meses de prisión.

La Corte Suprema por su parte, considerando "...que el delito contra el honor sexual sólo es justificable (entendemos justiciable) con todo rigor

de la ley, cuando se practica en agravio de una menor de dieciséis años, cuya edad no ofrece ninguna duda y que ha observado antes, una conducta moral..." (33) y que la menor aparentaba tener mayor edad (18 años) de la que realmente tenía; que desde antes del comercio carnal con los encausados, la menor vivía entregada al vicio; por la incultura de los procesados y por el engaño sufrido, por Resolución de 27 de marzo de 1940, declaró la nulidad en la parte recurrida de la sentencia de vista y, reformándola, absolvió a los encausados del delito contra el honor sexual.

En discordia, los vocales Valdívía y Elías votaron por la no nulidad de la sentencia recurrida.

No podemos estar de acuerdo con el fallo de la Corte Suprema; a continuación pasamos a exponer nuestros fundamentos:

1) Los motivos que determinaron al Supremo Tribunal de Justicia a absolver a los asiáticos no están previstos por nuestra ley penal como eximentes. Así, no se encuentran comprendidos dentro del Art. 85 del Código Penal.

2) El error, en cambio, sí se encuentra consignado dentro del Art. 87 como una atenuante de pena; mas no, permítasenos repetirlo, como eximente. Dicho artículo dispone que: "En los casos de infracciones cometidas por una errónea apreciación de los hechos no provenientes de negligencia, o por ignorancia o error no culpables sobre el carácter delictuoso de un acto que el agente hubiera considerado lícito, el juez podrá disminuir la pena hasta límites inferiores al *mínimum legal*..."

Debe tenerse en cuenta que nuestro texto legal no ordena al Juez que disminuya la pena, sino que le reconoce el poder discrecional de hacerlo o no. Dicho artículo dice que el Juez "...podrá..." disminuir la pena, pero de ninguna manera dispone que el delincuente quedará exento de pena.

3) Creemos que la mala conducta del menor sólo puede permitir una atenuación de la pena dentro de los límites fijados por la ley, pero no aplicar una pena por debajo del *mínimum legal*.

En este sentido, y sólo en él, nos encontramos conformes con señalado por la Corte Suprema, al

(30) *Ibidem*, p. 10.

(31) *Ibidem*, p. 11.

(32) *Loc. cit.*

(33) *Ibidem*, p. 13.

afirmar que sólo es justiciable el delito con todo el rigor de la ley en el caso que la víctima sea de conducta honesta. De ahí que hayamos dicho que nos encontrábamos conformes con la Resolución Suprema de 14 de agosto de 1951, en cuanto en ella se decía que debía apreciarse la conducta de la víctima para los efectos a que se contrae el artículo 51 del Código.

2.5. Culpabilidad.

- a) "La ignorancia o errónea apreciación de los hechos por el agente del delito, permite disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*" (34).

La sumilla reproducida corresponde a un caso sobre el que recayó Resolución de la Corte Suprema con fecha 10 de enero de 1944.

El caso fue como sigue:

Uno de los acusados pidió en matrimonio a la menor agraviada, que tenía 15 años de edad.

Por considerar el padre de la muchacha que ésta no tenía edad para casarse, no consintió el hecho. No obstante, entregó a la menor al acusado a fin de que hicieran vida marital.

A raíz de una desavenencia entre ambos convivientes, el padre de la menor presentó la denuncia.

El Tribunal Correccional, en aplicación de los artículos 199 y 211, impone a los acusados la pena de 2 años de prisión, más la reparación y dote correspondientes.

Uno de los acusados interpone recurso de nulidad.

En opinión del Fiscal, la pena impuesta era justa, ya que la alegación hecha por los acusados de que ignoraban la ley y la naturaleza ilícita de sus actos, por considerar el procedimiento una costumbre, no lo eximía de responsabilidad.

La Corte Suprema, por considerar que el caso caía dentro del artículo 87 del Código Penal, disminuyó la pena por debajo del *minimum legal*.

Creemos acertado el fallo, ya que, si la infracción ha sido cometida por una errónea apreciación de los hechos, no provenientes de negligencia, procede la atenuación de la pena, a tenor de los dispuestos por el artículo 87 del Código Penal.

Igualmente, en los casos de delitos sancionados con pena de prisión, si ellos se cometen por ignorancia no culpable sobre el carácter delictuoso del acto (que el agente hubiera considerado lícito), el

Juez puede disminuir la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*, tal como lo dispone dicho artículo 87.

- b) "Cuando la infracción penal se comete considerando lícitos los actos que ella implica, puede disminuirse la pena hasta límites inferiores al *minimum legal*" (35).

El 12 de mayo de 1943 se expidió la Resolución Suprema de la que se ha extraído la sumilla arriba consignada.

La sentencia recurrida, que originó dicho pronunciamiento, sostenía que, por haberse realizado la ceremonia del *servinacuy* o matrimonio a prueba, mediante la cual la mujer pasa a poder del prometido en calidad de amante con el consentimiento de los padres y en presencia de testigos y padrinos, "... no puede hablarse de delito de violación o de la figura contenida en el art. 199 del Código Penal, sino simplemente de seducción previsto en el art. 201 del mismo Código..." (36).

Se señala, asimismo, que la menor tenía conocimiento del acto que iba a realizar, ya que había tenido relaciones sexuales tanto con el acusado como con terceras personas.

Por último, se dijo que, tratándose de un indígena semicivilizado, de escasa cultura, la responsabilidad debía graduarse con arreglo a las disposiciones contenidas en los arts. 42 y 90 de la ley penal.

En opinión del Fiscal, señor Calle, la calificación legal del delito, efectuada por el Tribunal Correccional, está totalmente equivocada.

"En efecto, la ley, en el art. 199 del Código Penal, se refiere a la punición del acto sexual practicado con una menor de 16 años de edad, sin determinar condición ni circunstancia alguna respecto a la forma de perpetración, con o sin violencia, con o sin seducción: en cambio el art. 201, aplicado en la sentencia se refiere al acto sexual practicado con mayores de 16 años a quienes la ley capacita y voluntad para apreciar el acto" (37).

(34) PALOMINO ARANA, Helí... *Jurisprudencia Penal Comentada*, Huancayo, Talleres Tipográficos "La Inmaculada", 1953, Parte III, pp. 29-351-a 353.

(35) *Ibidem*, pp. 29-353 a 356.

(36) *Ibidem*, p. 354.

(37) *Loc. cit.*

Por otro lado, señala que el artículo 90 es im-
pertinente por cuanto dicho artículo se refiere a los
casos de atenuantes que no llegan a resultar eximen-
tes con arreglo al artículo 85.

En cambio, opina que son de aplicación los ar-
tículos 45 y 204 del Código Penal, ya que se trata
de un indígena semicivilizado, como lo prueba la
realización del *servinacuy*.

La Corte Suprema, por considerar que era apli-
cable al caso el artículo 87 del Código Penal,
"... ya que se trata de infracción cometida por ig-
norancia o error no culpable sobre el carácter deli-
citoso del acto que el agente consideró como lícito..."
(38), impuso al acusado la pena de 15 días
de prisión.

Indudablemente, el acto realizado con la menor
de 16 años no puede quedar configurado dentro del
artículo 201 (seducción), sino dentro del artículo
199.

Al haber una errónea apreciación del carácter
delictuoso del acto, así como por tratarse de un
indígena semicivilizado, son de aplicación el artículo
87 y el 45 del Código Penal; por lo que, en esen-
cia, nos parece correcto el fallo comentado (39).

2.6. Consumación.

"Lógica y legalmente no procede calificar como
tentativa a la consumación del delito, cuando
como en el caso de autos ha habido violación
de una menor de edad, acreditada por los cer-
tificados médicos correspondientes" (40).

En el caso que estudiamos, se acreditó que la
menor había sido accedida en reiteradas oportuni-
dades por el mismo inculpado.

Los médicos, al examinar a la víctima, compro-
baron desfloración reciente.

No cabe hacer mayores comentarios al respecto,
ya que la Resolución comentada coincide amplia-
mente con lo expuesto en la parte introductoria de
este trabajo. Sólo debemos recordar que para que se
consume el delito basta que la penetración sea mo-
mentánea y hasta imperfecta.

2.7. Tentativa incompleta.

"Para que se trate de tentativa es necesaria la
intención de yacer con el menor y que el acce-
so carnal se interrumpa" (41).

El caso que motivó el pronunciamiento de la
Corte Suprema, en el sentido anotado fue el siguien-
te.

El acusado hizo frotamientos con el pene a la
menor, hasta que ésta sintió algo caliente que fue
limpiado por el agresor con un trapo.

El Supremo Tribunal, considerando "... que el
acusado sólo trató de conseguir el orgasmo, sin lle-
gar a ocasionarle daño a la menor; que siendo estos
los hechos no se puede afirmar que se trate de ten-
tativa de violación sexual...", condenó al ofensor
por el delito contra el pudor.

Tal como hemos dicho, en el caso de que la
intención del actor sea distinta a acceder a la vícti-
ma, o si la intención de acceder o no pudiera ser
probada, los actos realizados no constituyen tentati-
va de violación, sino que deberán ser penados a
título de actos contrarios al pudor, delito previsto y
sancionado por el artículo 200 del Código Penal.

2.8. Desistimiento.

"La tentativa no es punible cuando el agente se
hubiera desistido espontáneamente de la infrac-
ción conforme ordena la primera parte del art.
95 del Código Penal; pero cuando dicho agente
fue descubierto por la madre de la menor agra-
viada en los actos preparatorios al coito, impi-
diendo su consumación, se trata de tentativa
punible..." (42).

En el caso que analizamos, el ofensor fue des-
cubierto por la madre de la menor, que se encontra-
ba alarmada con la tardanza de la muchacha.

(38) *Ibidem*. 355.

(39) En el mismo sentido ver Ejecutoria de 19 de mayo de
1950 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, 1950, p. 763.
Ejecutoria de 18 de setiembre de 1950 en TELLO LEZA-
MA, Américo... *Jurisprudencia Nacional en Materia Penal y*
Procesal Penal. Cuzco, 1962, p. 181.

(40) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de
1958, No. 173, p. 687.

(41) Resolución de la Corte Suprema de fecha 25 de se-
tiembre de 1971.

(42) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, marzo de
1957, No. 158, pp. 336-337.

Tal como señala la Resolución, al no tratarse de un desistimiento espontáneo, no es de aplicación el artículo 95 del Código Penal, sino el 97 *in fine*.

La diferencia entre ambos artículos está dada por el término "espontáneamente" empleado por el legislador en el artículo 95.

Según el **Diccionario de la Lengua Española** (décimonovena edición 1970), espontáneo es aquello voluntario y de propio movimiento. Nos remite, así, al término voluntario.

Según el mismo Diccionario, **voluntario**: "dícese del acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad de extrañar a aquello". A su vez, voluntad, en su quinta acepción, resulta ser la "elección de una cosa sin precepto o impulso externo que a ello obligue".

En opinión de Luis Bramont Arias, el artículo 95 expresa que, si el agente del delito abandonase su propósito delictivo, interrumpiendo la acción "... por desistimiento espontáneo, por propia iniciativa, sin causas o motivos exteriores que lo obliguen a ello, no es punible" (43); lógicamente, y tal como señala el citado artículo 95, siempre y cuando los actos practicados no constituyan por sí mismos delito.

Expresamos, pues, nuestra conformidad con el fallo de la Corte Suprema, de cuyo texto hemos extraído la sumilla.

2.9. Circunstancias agravantes.

- a) "Corresponde agravar la pena impuesta al agente del delito, quien revela inadmisibles e increíbles perversión moral, por la circunstancia de ser la ofendida hija del encausado; conforme a la segunda parte del art. 199 del Código Penal" (44).

Ante la meridiana claridad del texto legal, en lo concerniente a esta agravante, la Corte Suprema no ha hecho más que efectuar una exacta aplicación del mismo; no creemos que quepa hacer más comentarios al respecto.

- b) "Siendo la víctima menor de dieciséis años y viviendo con su madre, conviviente del acusado, es de aplicación la segunda parte del artículo 199 del Código Penal" (45).

Nuestro Código Penal, de igual modo que legislaciones de otros países, no ha previsto expresamen-

te dentro de las agravantes el caso del concubinato. Así, dentro de las relaciones especiales, a que hemos hecho referencia en la parte introductoria de este trabajo, señala nuestro texto legal el hecho de ser la víctima descendiente del delincuente, su hijo adoptivo o hijo de su cónyuge, así como de ser discípulo, aprendiz, doméstico, pupilo del agresor o un niño confiado a su cuidado. No está pues, el de ser el actor concubino de la madre del menor agraviado. No obstante esto, creemos que en este caso es de aplicación la agravante consignada en la última parte del artículo 199 del Código Penal, modificado por el artículo 3o. del D.L. 17388.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en reiteradas oportunidades, y son varias las resoluciones expedidas por el Supremo Tribunal a las que podría aplicarse la sumilla citada. En todas ellas se señala que, por ser el ofensor conviviente con la madre de la agraviada, corresponde aplicar la agravante contenida en la segunda parte del artículo 199 del Código Penal.

Al estudiarse estas agravantes debe tenerse en cuenta, como señala Antonio Vicente Arenas, que "... el criterio dominante debe ser la relación de dependencia entre los sujetos activo y pasivo, o el ascendiente moral del victimario sobre la víctima" (46).

En Argentina, Carlos Fontán Balestra opina que la agravación se funda en el quebrantamiento de la confianza y respeto debido a la víctima, así como en la violación de los deberes de protección que corresponde ejercer al victimario (47).

El Código Penal de dicho país, a diferencia del nuestro, no se refiere a que el menor esté confiado al cuidado del sujeto activo, sino que habla del encargado de la educación o guarda. No obstante esto,

(43) BRAMONT ARIAS, Luis... *Código Penal Anotado*. Lima, Talleres Gráficos de la Editorial El Ferrocarril, 1966, p. 204.

(44) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, junio de 1957, No. 161, pp. 698-699.

(45) CORSO MASIAS, Alfredo... *Op. cit.* Lib. II, Sec. III, Tít. I, 8 p. 280 del T. III.

(46) ARENAS, Antonio Vicente... *Comentarios al Código Penal Colombiano*. Bogotá, 1947, Parte I, Cap. I, p. 56.

(47) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Talleres Gráficos DULAU, 1969, Tít. III, p. 95 del T. V

creemos que quiere expresar lo mismo que el Código Peruano, por cuanto, como señala Ricardo Núñez (48), el encargado de la guarda es aquella persona que tiene a su cuidado al menor o incapaz. Por eso es que consideramos pertinente lo afirmado por la doctrina de dicho país sobre él.

En opinión de Enrique Díaz de Gisarro, dentro del texto legal argentino, el concubino cae dentro del término guardador, ya que ocupa aparentemente la posición jerárquico-doméstica del padre en el matrimonio y porque, además, integra el núcleo como si fuera padrastro.

“No puede hablarse de que sea un tercero a quien se haya conferido la custodia de los menores. Esta le corresponde por efecto directo, propio y espontáneo de la unión concubinaria que lo coloca en el rango de jefe del grupo. Obtiene, así el emplazamiento objetivo en la posición de cónyuge y padre...” (49).

Por su parte, Ricardo Núñez opina que, si en la vida marital el concubino actúa efectivamente como jefe del hogar, es un encargado de la guarda (a que se refiere el Código argentino) es aquel que tiene a su cuidado al menor, sea por convención, oficio o por una situación de hecho.

Por su lado, Giuseppe Maggiore considera que confiar a un menor comprende hasta la autoentrega (por ejemplo, en el caso de un menor privado de padres o tutores, que se confía a una persona espontáneamente) (51). Con el mismo criterio, Carlos Fontan Balestra, considera que la agravante comprende a toda persona que se encuentre de hecho encargada de la guarda de la víctima (52). Sebastián Soler opina que se trata de situaciones de hecho que deberán ser apreciadas por el Juez, que no se reducen a la violación de simples deberes legales, sino también a la de deberes sociales y de hecho. De ahí que sostenga que el concubino puede hallarse comprendido dentro de la agravante respecto de los hijos de la concubina.

En coincidencia con la opinión de dichos tratadistas respecto de la legislación extranjera, consideramos que, dentro de la expresión “un niño confiado a su cuidado” contenida en nuestro Código Penal, procede considerar al concubino que tenga relaciones sexuales con los hijos de la mujer con la que convive, tal como el caso ha sido interpretado por la Corte Suprema de la República.

Lo señalado es totalmente aplicable en el caso

de que la mujer realizara alguno de los actos penados por el art. 199 con los hijos de su conviviente.

- c) “el contagio venéreo producido como consecuencia de la comisión de un delito contra la libertad y el honor sexuales es una agravante del mismo” (53).

En nuestro concepto, el contagio venéreo constituye un agravante siempre y cuando el agente pueda prever que la víctima podría contagiarse, por cuanto la ley penal señala que se impondrá pena más severa “... si los actos cometidos causaren un grave daño a la salud de la víctima y si el delincuente pudo prever este resultado...”

En el caso de que el agresor hubiera tenido la intención de transmitir la enfermedad venérea, se configurará el delito previsto en el Art. 166 del Código, tal como ha reconocido la Corte Suprema en su Resolución de 8 de abril de 1953, (54); concurriendo junto con el delito previsto por el Art. 199.

- d) “Habiéndose producido la muerte; sin intención del agente y si pudo prever dicho resultado, como consecuencia de los actos ejecutados sobre el menor; es de aplicación la agravante prevista en el Art. 203 del Código Penal” (55).

(48) NÚÑEZ, Ricardo... *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, Artes Gráficas Bodoni S.A.I.C. 1964, Tit. III, Cap. III, p. 274 del T. IV.

(49) DÍAZ DE GUI SARRO, Enrique... *El concubinato con la madre o el padre de la víctima como agravante en los delitos contra la honestidad*, en Revista de Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, 1936, T. 56, pp. 346-347.

(50) NÚÑEZ, Ricardo... *Op. cit.* Tit. III, Cap. III, p. 276 del tomo IV.

(51) MAGGIORE, Giuseppe... *Derecho Penal - Parte Especial*. Buenos Aires, 1955. Parte I, Cap. IX, Sec. I, p. 66 del T. IV.

(52) FONTAN BALESTRA, Carlos... *Tratado*. Tit. III, pp. 95-96 del T.V.

(53) PALOMINO ARANA, Helí... *Op. cit.* Parte II, p. 573. En el mismo sentido ver ejecutorias de 26 de julio de 1943 en CORSO MASIAS, Alfredo... *Op. Cit.* Lib. II, Sec. III, Tit. I, p. 250 del T. III. Ejecutoria de 23 de setiembre de 1952 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, setiembre de 1953, No. 116, pp. 1105-1106.

(54) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima, setiembre de 1953, No. 116, pp. 1107-1108.

Si bien la figura delictiva no requiere del empleo de la violencia o de las amenazas para que se configure, tampoco las excluye, tal como señalan Ricardo Núñez y Sebastián Soler en Argentina.

Así, consideramos, en coincidencia con la Resolución que comentamos, que si los actos ejecutados por la víctima ocasionaren la muerte de ésta, no teniendo el autor la intención de ocasionar dicho resultado, pero pudiéndolo prever, se daría la agravante contenida en el Art. 203 del Código Penal.

- e) "Al ser la agraviada, doméstica del ofensor, se encontraba bajo la dependencia del acusado, por lo que es de aplicación lo dispuesto en la última parte del artículo tercero del Decreto Ley diecisiete mil trescientos ochentiocho" (56)

El artículo tercero a que hace referencia la Resolución de la Corte Suprema de fecha 2 de enero de 1973, que hemos reproducido, dispone que "constituye circunstancia agravante de responsabilidad, si la víctima es un ... doméstico del delincuente...". Al ser la menor agraviada doméstica del agresor, indudablemente cae el caso dentro de la figura agravada.

2.10. Concurso de delitos

- a) "Habiendo practicado el agente del delito el acto sexual normal y contra natura en agravio de una menor de 12 años y además cometido delito contra el pudor en agravio de una hermana de su víctima, de 6 años y otra menor de 10 años, debe aplicársele la pena más grave fijada en los artículos 199 y 200 del Código Penal..." (57).

Es indudable que la sumilla reproducida contiene un típico caso de concurso real de delitos, previsto en el art. 108 del Código Penal; de ahí que, al aplicar la pena correspondiente al delito más grave, el Supremo Tribunal de Justicia ha dado correcta aplicación al artículo citado.

- b) "Se estima que el delito de sustracción de menores es medio para la comisión del delito contra el honor sexual (58).

El delito de violación absorbe la necesaria priva-

ción de la libertad de la víctima, tal como han señalado Sebastián Soler y Ricardo Núñez. De ahí que nos encontremos conformes con la Resolución citada.

- c) "Existe responsabilidad por los delitos contra el honor sexual y corrupción, cuando quien practica el "acto sexual" en agravio e una menor de 16 años permite que frecuente prostíbulos con provecho propio" (59).

Indudablemente, quien favorezca la prostitución de un menor, con el propósito de lucro y, además, practique el acto sexual, (o un acto análogo) con dicho menor, cae dentro del ámbito de los artículos 199 y 206 del Código Penal; al darse concurso real de delitos.

2.11. Acción Penal

- a) "No cabe la renuncia de la acción penal, cuando se trata de delito contra el honor sexual perpetrado en agravio de una niña de 14 años" (60).

Al momento de hablar sobre la acción penal dijimos que, según el Art. 312 del Código de Procedimientos Penales, la acción es de oficio cuando el delito es cometido en agravio de menores de hasta 14 años de edad. Al ser esto así, indudablemente, no cabe la renuncia de la acción penal. Por eso, la resolución comentada nos parece arreglada a ley.

- b) "La renuncia de la acción penal en los delitos contra la libertad y el honor sexuales cometidos en agravio de menores de 16 años, es improcedente, de conformidad con

(55) Resolución de la Corte Suprema No. 1138-72 de 11 de octubre de 1972.

(56) Resolución de la Corte Suprema No. 1927-72 de 2 de enero de 1973.

(57) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, julio de 1958, No. 174, pp. 767-768.

(58) Resolución de la Corte Suprema No. 2429-72 de 3 de abril de 1973.

(59) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, junio de 1953, No. 113, pp. 124-125.

(60) Revista de Jurisprudencia Peruana, Lima, febrero de 1953, No. 109, p. 199.

lo dispuesto en el Art. 312 del C. de P.P.” (61).

Lo sumilla que citamos en esta oportunidad corresponde a una Resolución de la Corte Suprema de fecha 23 de mayo de 1956.

¿Es realmente cierta la afirmación contenida en los considerandos de la Resolución comentada?

Para poder responder a esta pregunta, debemos analizar los artículos referentes a la acción penal existentes tanto en el Código Penal como en el de Procedimientos.

El artículo 205 del Código Penal, aplicable a los delitos contra la libertad y el honor sexuales, señala los casos en que procede formar causa de oficio y aquellos para los que se requiere querrela o denuncia de la víctima, de la persona bajo cuyo poder su hubiere hallado cuando se cometió el delito o, por último, por denuncia de cualquiera del pueblo.

Al momento de redactarse el Código de Procedimientos Penales, se creyó oportuno precisar aún más las normas contenidas en el Art. 205 del Código Penal, por cuanto, en opinión de los autores del Ante-proyecto del Código Procesal, antes de la dación de este texto legal se había hecho intervenir al Ministerio Público en los casos de delitos contra el honor sexual. Se dijo que se ponía de manifiesto esa “... peligrosa confusión...” (62) cuando los agraviados había pedido el corte del juicio, ya que (con la intervención del Ministerio Público) la acción había tenido el carácter de pública. De ahí que se dijera que:

“Conviene no desconocer la verdadera naturaleza de estos delitos, y sin extremar interpretaciones, volver a un régimen que aleje las dificultades expresadas y restablezca un sentido restringido en la materia. El Ministerio Público no debe intervenir sino cuando se trate de delitos cometidos contra menores de 14 años, con las excepciones que exijan las relaciones personales de los delincuentes con las víctimas” (63).

Por su parte, en la Exposición de Motivos del Proyecto de Código, se expresa que:

“Cuando la víctima es menor de 14 años, o siendo menor de 16 no tenga padres ni tutores, el juicio deberá seguirse de oficio con intervención del Ministerio Público. El mismo procedi-

miento se seguirá cuando entre el agente y la víctima del delito existe algún vínculo de dependencia o subordinación de los especificados en el artículo 312, y si el agraviado es huérfano cualquiera puede hacer la denuncia” (64).

El texto íntegro del artículo 312, que se cita en la Exposición de Motivos es el siguiente:

“El juicio se seguirá de oficio, con intervención del Ministerio Público, en los delitos contra el honor sexual, en agravio de niños, o niñas, menores de 14 años, o menores de 16 años que no tengan padres ni tutores. Igual procedimiento se seguirá cuando el delito ha sido cometido por el ascendiente, padre adoptivo, o cuando el menor sea hijo de su cónyuge, o sea pupilo, o hubiere estado confiado al inculpado. Si el agraviado es huérfano, la denuncia puede ser hecha por cualquiera que conozca la comisión del delito. En ninguno de los dos casos procede la renuncia a la acción penal hecha por quien representa al agraviado, ni puede admitirse la conciliación; salvo lo dispuesto en la segunda parte del Art. 204 del Código Penal, tratándose de niñas que hayan cumplido 16 años”.

El artículo 312 se encuentra ubicado dentro del Libro Cuarto del Código de Procedimientos Penales que tiene como epígrafe genérico el de “... Procedimientos Especiales” y como epígrafe específico el de “Para delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual”.

El artículo 302 establece que en los delitos de calumnia, difamación, injuria y contra el honor sexual, “... no perseguibles de oficio...” es indispensable la querrela de parte.

La excepción que prevé dicho artículo 302 es la contenida en el artículo 312 del mismo Código. Es decir que en los delitos que, por haberse producido dentro de las circunstancias previstas en el referido artículo 312, no son perseguibles por querrela

(61) *Revista del Foro*, Lima, enero-abril de 1956, No. 1, pp. 404-405.

(62) GUZMAN FERRER, Fernando... *Código de Procedimientos Penales*.- La Victoria, Litografía Huascarán, 1966, p. 352.

(63) *Loc. Cit.*

(64) *Loc. Cit.*

sino de oficio (o —según el caso— por denuncia por cualquiera del pueblo), no procede la renuncia a la acción penal ni la conciliación. Esto es lo que dispone dicho artículo 312 y no lo expresado por la Corte Suprema en su Resolución de 23 de mayo de 1956, al pretender que la renuncia de la acción penal, en todo caso en que se cometa delito contra el honor sexual en agravio de menores de 16 años, es improcedente "... de conformidad con lo dispuesto en el Art. 312 del C. de P.P. ...".

Así lo entendió el Supremo Tribunal en su Resolución de 29 de marzo de 1944.

Los fundamentos de esta Resolución están dados en el Dictamen del Fiscal, señor Calle. Al resolver de conformidad con dicho Dictamen, la Corte Suprema hizo suyos tales fundamentos y por tanto, lo contenido en él está reforzado por el asentimiento prestado por la Corte.

Si bien el menor agraviado tenía más de 16 años, y por lo tanto era de aplicación el artículo 313 del Código de Procedimientos Penales, el señor Calle afirmó que:

"De autos consta que el menor tiene 16 a 17 años, y cualquiera que sea el cómputo que se haga del tiempo en el que pudo realizarse el primer contacto carnal, siempre habría tenido más de catorce años, en cuyo caso la ley no niega la facultad de solicitar se corte el juicio..." (65).

Debemos subrayar la opinión del Fiscal, cuando claramente indica que, así el menor hubiera tenido al momento de la perpetración del delito 14 años, habría sido posible la renuncia de la acción penal, por permitirlo así el artículo 312 del Código de Procedimientos Penales.

La Corte Suprema, de conformidad con el Dictamen del señor Fiscal, declaró haber nulidad en el auto recurrido que declaraba sin lugar el desistimiento formulado y, al reformarlo, declaró insubsistente al auto apertorio de la instrucción, y mandó archivar el expediente. Tenemos que, si en dicha oportunidad, el caso hubiera sido de un menor mayor de 14 años de edad, pero menor de 16 y sin que se hubiera dado alguna de las circunstancias previstas en el Art. 312 de C.P.P., el fallo habría sido el mismo, en mérito de lo expuesto.

c) "El matrimonio extingue la acción penal,

tratándose del delito contra la libertad y el honor sexual" (66).

En el caso que comentamos se trataba de una menor de 15 años de edad.

Coincidimos con el fallo de la Corte Suprema, ya que creemos que, desde que se promulgó la Ley 9181, que rebajó la edad mínima para contraer matrimonio, rige lo dispuesto por el artículo 204 del Código Penal, segundo párrafo, en concordancia con el Art. 312 del Código Procesal, desde los 14 años de edad.

En este mismo sentido se pronunció la Corte Suprema por Resolución de 17 de mayo de 1973.

En esa oportunidad, considerando que "... el matrimonio con infracción del requisito de la edad es sólo anulable... conserva todos sus efectos mientras no sea anulado" (67), manda archivar definitivamente la instrucción.

Nos encontramos, pues, conformes con las citadas Resoluciones de la Corte Suprema.

d) "El matrimonio realizado por menores sin las formalidades señaladas en la parte final del artículo 204 C.P., no extingue la acción penal derivada de un delito contra el honor sexual" (68).

Según se desprende del texto de la Resolución de 27 de octubre de 1957, que ha servido de base para extraer la sumilla que acabamos de consignar, el ofensor y la ofendida contrajeron matrimonio 1) sin haber prestado la agraviada su libre consentimiento; o, 2) sin haber sido restituida al poder de su padre o guardador, o a otro lugar seguro; o 3) sin que se cumplieran ambos requisitos.

Al no haberse procedido conforme a lo dispuesto por el artículo 204, la Corte Suprema declara No Haber Nulidad en el auto recurrido que declara infundada la extinción de la acción penal.

(65) *Revista de Jurisprudencia Peurana*. Lima, octubre de 1944, No. 11, pp. 37-39.

(66) *Revista de Jurisprudencia Peruana*. Lima, agosto de 1951, No. 91, pp. 922-923.

(67) Resolución de la Corte Suprema No. 267-73 de 17 de mayo de 1973.

(68) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*.- Lima, 1957, T. III, pp. 130-131.

Pensamos que la Resolución de la Corte Suprema se encuentra arreglada a ley; por lo tanto, nos encontramos conformes con ella.

2.12. Penalidad.

- a) "...el artículo primero del Decreto Ley número dieciocho mil novecientos sesentiocho ha sustituido la pena de muerte que establecía el artículo tercero del Decreto Ley número diecisiete mil trescientos ochentitres por la pena de internamiento..." (69).
- a') "...sólo queda subsistente la pena de muerte para los autores de los delitos de traición a la Patria, homicidio como consecuencia de raptó y sustracción de menores y... se sustituye en los demás casos la pena de muerte por la de internamiento; que en el caso materia de autos se ha pasado a juicio oral por los delitos contra las buenas costumbres y homicidio, infracciones para las que no se encuentra vigente la pena capital..." (70).

La Corte Suprema se ha pronunciado en este mismo sentido, en reiteradas oportunidades.

Si bien de la simple lectura no aparece claro el sentido del dispositivo anotado, al analizarlo con detenimiento se ve que, en el caso que sea aplicable la primera parte del Art. 199, no puede ser otra la conclusión a que debe llegarse.

La doctrina enseña unánimemente que el intérprete de la ley no debe quedarse en el sentido literal (interpretación gramatical), sino que debe tratar de descubrir la verdadera intención que ella encierra. Esto es lo que debe hacerse con el texto del Decreto Ley No. 18968, y eso es lo que ha hecho la Corte Suprema en las Resoluciones comentadas.

La intención del Decreto Ley 18968 es la de reducir al mínimo posible los casos en los que debe aplicarse la pena de muerte. Por eso es que elimina dicha pena en el caso de los Arts. 151, 152 y 154 del Código Penal, a los que dicha pena fuera aplicable según el Decreto Ley 10976.

Al estudiar este tipo de delitos, no olvidemos que quienes violan a un menor de muy tierna edad son seres que, más que pena de muerte, requieren de un tratamiento psiquiátrico, problema este que

forma parte de uno mayor: el carcelario.

Que los autores de estos delitos son casi siempre enfermos, ya lo ha dicho Enrico Altavilla en su obra **La dinámica del delito**. Así, expresa que "... debe eliminarse del juicio acerca de sus delitos el sentimiento de severidad exacerbada, pues muchas veces se trata de gente desgraciadísima, merecedora de toda compasión, como todo enfermo que haya recibido naturalmente, una constitución anómala..." (71).

- b) "En los delitos contra el honor sexual, además de la responsabilidad civil, debe condenarse al acusado a dotar a la ofendida" (72).

Pensamos que la Resolución que nos ha servido para extraer la sumilla arriba consignada, obedece a una clara disposición de la ley, por lo cual no merece que nos detengamos más en ella.

- c) "Aún cuando sólo se trate de tentativa de delito contra el honor sexual, el reo está obligado a dotar a la ofendida, pues, el artículo 204 del Código Penal no hace distinciones entre delito consumado y tentativa" (73).

Creemos, de igual modo, que la Corte Suprema, que aunque se trate de delito tentado de violación, cabe que se condene al ofensor a dotar a la ofendida, ya que el Art. 204 del Código Penal se refiere a "... los casos de violación, estupro, raptó, o abuso deshonesto de una mujer..." y no hay derecho a distinguir donde la ley no lo ha hecho. De ahí que consideremos que la Resolución citada se encuentra arreglada a ley.

(69) Resolución de la Corte Suprema No. 110-73 de 27 de abril de 1973.

(70) Resolución de la Corte Suprema No. 1270-72 de 27 de diciembre de 1972.

(71) ALTAVILLA, Enrico... *La Dinámica del delito*.- Buenos Aires, 1962, Libro I, Cap. IV, p. 137 del T. II.

(72) *Anales Judiciales de la Corte Suprema de la República*.- Lima, 1932, T. XXVIII, pp. 17-18.

(73) *Revista de Jurisprudencia Peruana*.- Lima, febrero de 1950, No. 73, pp. 193-194.

EVOLUCION DE LA PARTICIPACION PATRIMONIAL DE LAS COMUNIDADES LABORALES

1. La participación patrimonial original. 2. La participación patrimonial: Mecanismo de presión para lograr reinversiones. 3. Tendencias a recortar el derecho de Comunidades Laborales a participar en la propiedad del capital de la empresa. 4. La participación patrimonial como recurso financiero del Estado. 5. Consideraciones generales.

Las instituciones jurídicas nacen con un determinado rol social que tipifica su origen: normas que estatuyen derechos o imponen deberes, otras que fijan atribuciones o que establecen prohibiciones, normas operativas, constitutivas de organismos, etc.

Normalmente las instituciones jurídicas permanecen con una misma finalidad o función durante toda su existencia. Eventuales modificaciones accidentales son producidas pero no llegan a variar su sustancia y permanecen en el tiempo hasta que caen en desuso o son derogadas (tal vez el mejor ejemplo sean las normas de Derecho Civil). Sin embargo, algunas de ellas van mutando el rol que les es originalmente asignado y, sin variar sustancialmente su forma, cambian de sentido con modificaciones posteriores al punto de que el objetivo inicial aparece igualado o rebasado por otros que se le añaden sucesivamente.

La realidad normalmente produce determinadas presiones de cambio de una norma que, en caso de ser considerables, le generan modificaciones que pueden ser recogidas o en la aplicación del Derecho (jurisprudencia principalmente), o en la modificación de las normas por la vía legislativa.

Esto último es lo que ha venido sucediendo con la participación patrimonial de las Comunidades Laborales: sus efectos principales y secundarios han sido tan importantes, que la institución ha sufrido una serie de modificaciones que la han transformado considerablemente.

Para explicar estas modificaciones, tratándose de un proceso, hemos optado por utilizar un método

básicamente cronológico de exposición, con el cual analizaremos primero el modelo original de la Participación Patrimonial, para luego ir viendo sus sucesivas modificaciones y terminar con una globalización del proceso legislativo.

1. La participación patrimonial original.

Esta participación, aunque innominada (la designación de participación patrimonial aparece recién en la creación de la Comunidad Pesquera), es contenida por primera vez en el D.L. 18350 (Ley General de Industrias) del mes de julio de 1970.

Este Decreto-Ley contenía entre sus normas de reforma de la Industria, la creación de la Comunidad Industrial como un organismo compuesto por todos los trabajadores de la empresa y cuyas finalidades centrales eran hacer participar al conjunto de sus miembros (los trabajadores), en la propiedad, la gestión y los beneficios económicos (utilidades) de la empresa en la cual laboran.

Para ello, se establecía un diez por ciento de la renta neta de la empresa como participación líquida de los trabajadores en las utilidades (1) y, desde

(1) La participación líquida también aparece nombrada como tal en la Ley de Pesquería por primera vez. Sin embargo, existe una diferencia importante entre la Comunidad Industrial y las otras tres (Pesquera, Minera y de Telecomunicaciones) que consiste en que en éstas la participación líquida está incorporada a la Comunidad Laboral en tanto que en el caso de Industrias, la participación líquida es un crédito que cada uno de los trabajadores tiene individualmente con la empresa, sin que la Comunidad tenga nada que ver con ella.

No obstante esta diferencia, nosotros asumimos que la participación líquida en Industria es también un beneficio derivado de todo el régimen de reforma y lo trataremos como si estuviera incorporado a la Comunidad Industrial. Otra razón abona en este sentido: es muy probable que muy pronto la participación líquida en Industrias sea incorporada a la Comunidad.

que la comunidad quedase inscrita en el Ministerio de Industria y Comercio (hoy Ministerio de Industria y Turismo), tendría derecho a incorporar un representante suyo ante el órgano director de la empresa.

Estos serían los derechos iniciales a las utilidades y la gestión de la empresa, otorgados al conjunto de trabajadores representados por la Comunidad Industrial. El tercer derecho (acceso a la propiedad de la empresa), se verificaría mediante la participación patrimonial que consiste en que el quince por ciento anual de la renta neta de la empresa, libre de impuestos, será utilizado para obtener acciones representativas del capital social de la empresa y entregarlas en propiedad intransferible a la Comunidad Industrial. El artículo 24o. del D.L. 18350 establecía:

“D.L. 18350, art. 24o.- El Patrimonio de la Comunidad Industrial se formará progresivamente deduciendo en cada ejercicio el quince por ciento de la Renta Neta de la empresa industrial, el cual, libre de Impuesto a la Renta, será reinvertido en la misma empresa...”

Las vías por las que la Comunidad Industrial podía adquirir acciones del capital de la empresa con su participación patrimonial eran dos:

1. Reinversión: el capital de la empresa se aumentaba hasta por el monto de la participación y se entregaba a la Comunidad las acciones correspondientes a valor nominal.
2. Adquisición de acciones de otros accionistas (2): si la reinversión no fuese conveniente dice el segundo párrafo del artículo 24o., el quince por ciento se utilizará en adquirir acciones o participaciones de otros socios o accionistas, para lo cual debería llevarse adelante una negociación de la transferencia entre los accionistas y la empresa que se fue legislando poco sistemáticamente hasta el D.L. 19419 de fecha 23 de mayo de 1974 que la normó clara y definitivamente.

Vale la pena detenerse en dos aspectos de las vías de adquisición de acciones porque serán importantes en algunas de las modificaciones posteriores.

La primera es la diferente consecuencia de elegir uno u otro camino. En el primer caso, la reinversión, la Comunidad Industrial alcanzará con me-

nos rapidez que en el segundo, una parte sustancial de las acciones de la empresa, pues deberá ir añadiendo recursos al capital y, desde un punto de vista puramente estático, requerirá participaciones patrimoniales de monto equivalente al 100 o/o del capital original para llegar a ser propietaria del 50 o/o al final del proceso.

Con el mecanismo de la compra de acciones a otros accionistas, y también desde un punto de vista estático, sólo requeriría participaciones patrimoniales equivalentes al 50 o/o del capital inicial para adquirir la mitad de la empresa.

El otro asunto importante, ligado a éste que acabamos de ver, es el del criterio que el artículo 24o. del D.L. 18350 establecía para optar por una u otra vía de adquisición de capital. En este sentido, la conveniencia de la reinversión, era la variable elegida pues, demostrada la inconveniencia, se procedería a adquirir acciones ya existentes, previa autorización del Ministerio de Industria y Turismo:

“D.L. 18350, art. 24o.

...Si no fuera conveniente la reinversión en la misma Empresa Industrial y la Comunidad Industrial no hubiera alcanzado la propiedad del cincuenta por ciento del patrimonio de la empresa, el porcentaje correspondiente de la Renta Neta se invertirá, previa autorización del Ministerio de Industria y Comercio, en la adquisición de parte del capital social de la empresa, perteneciente a los otros socios o accionistas...”

Según parece desprenderse de la norma, la conveniencia de la reinversión quedaba a criterio de la empresa de quien dependería en definitiva adoptar una u otra vía. Es de notar que sólo en el caso en que se decidiese usar la vía de la compra era necesaria la aprobación del Ministerio de Industria y Turismo.

De acuerdo a lo expresado, resulta evidente que los empresarios optarían siempre por el camino de la reinversión ya que era el que les aseguraba un fortalecimiento más lento de la Comunidad Indus-

(2) Para simplificar el lenguaje nos referimos en adelante, como en este caso, sólo a las sociedades por acciones. Es importante, sin embargo, señalar que hay Comunidad en cualquier tipo societarial.

trial y un mayor lapso de control sobre la empresa (3).

Es importante señalar que el acceso a la propiedad de la empresa por la Comunidad Industrial implica el crecimiento paralelo de sus derechos de utilidades y de gestión, pues en otros acápite de la Ley se establece que la Comunidad distribuirá entre sus miembros los dividendos que le proporcionen las acciones del capital de la empresa que tiene en propiedad (art. 14o. inc. "c" del D.L. 18384) y se señala asimismo que los representantes de la Comunidad en el órgano director se incrementarán proporcionalmente al incremento de la propiedad de capital de la empresa que se le transfiera (art. 44o. del D.L. 18384).

De esta manera, al alcanzar la Comunidad el 50 o/o de la propiedad del capital de la empresa, adquiriría también el 50 o/o de la gestión y el 50 o/o de los dividendos correspondientes al accionariado (además del 25 o/o adicional que obtendría aún luego de ser propietaria de la mitad del capital). De esta manera, la Comunidad opera como un accionista capitalista más, sólo que representando al conjunto de trabajadores.

Por esta razón es que el mismo D.L. 18350 en su artículo 26o., hacía una excepción al principio general del uso de la participación patrimonial en la adquisición del capital de la empresa:

"D.L. 18350, art. 26o.- Por excepción, las Empresas Industriales del Sector Público dedicadas a la Industria Básica, aportarán a la Comunidad Industrial el quince por ciento de la Renta Neta en bonos de la misma empresa; a falta de éstos, este aporte lo harán en acciones o participaciones en empresas industriales que tengan aprobados planes de reinversión, a elección de la Comunidad Industrial, previa autorización del Ministerio de Industria y Comercio. . ."

Hay algunos matices importantes en este artículo que queremos resaltar.

En primer lugar, es interesante señalar que no se refiere a todas las empresas estatales del Sector Industrial, sino sólo a aquellas destinadas a la Industria Básica. Evidente resulta la razón: dichas empresas, por el artículo 7o. del mismo D.L. 18350 habían sido reservadas exclusivamente al Estado y se comprende que no pudiese haber propiedad de par-

ticulares, aunque fuese la misma Comunidad.

Parece también obvio, por aplicación analógica, que tampoco podría haber acceso a la propiedad del capital de empresas públicas que, aún cuando no realizaran actividades de Industria Básica, habrían sido creadas por Ley para pertenecer exclusivamente al Estado.

Sin embargo, quedaban sujetas al artículo 24o. (participación de la Comunidad en la propiedad), todas aquellas empresas de inversión mixta del Estado con particulares y que actualmente constituyen un grupo bastante heterogéneo de entes societales numerosos.

En segundo lugar, es evidente que la Comunidad Industrial, en estos casos, deja de ser un ente cogestionario destinado a permitir el acceso de los trabajadores al manejo de la empresa. La presencia de dos representantes de la Comunidad en el órgano director no es en absoluto garantía de una gravitación dentro del juego de fuerzas para la toma de decisiones y representarán, en la práctica, un derecho a voz de los trabajadores, junto a un derecho a información que antes de estas normas es verdad que no existía.

En tercer lugar, el hecho de que con la participación patrimonial se adquieran bonos de la empre-

(3) Aunque resulta cierto que el mecanismo de la reinversión ha sido preferido al de la transferencia de acciones de otros accionistas, es también verdad que la contradicción principal entre Empresa y Comunidad ha sido no el problema de la vía de utilización de esta participación patrimonial, sino el de la existencia y monto de utilidades de la empresa en cada ejercicio económico. Un temprano estudio sobre esta materia demostró que la única variable importante para que las Comunidades alcancen poder rápidamente era la rentabilidad de la empresa. Si ella era alta, no importaba que se reinvirtiese o se comprase con el 15 o/o, o que los dueños de la empresa reinvirtiesen a su vez para ampliar su porcentaje de capital: de cualquier manera, la Comunidad alcanzaba rápidamente el 50 o/o. Si la rentabilidad era baja, por el contrario, el acceso a la propiedad del capital sería largo y difícil. Este trabajo, aunque con algunos errores de interpretación legal, es muy importante en el presente aspecto de la problemática:

DE LAS CASAS GRIEVE, Pedro. . . y otros.- *Análisis de la Participación de la Comunidad Industrial en el Capital Social de la Empresa*.- Lima, Universidad del Pacífico, 1970.

sa, convierte a ésta en una participación líquida diferida a la renta de los valores adquiridos, sin ningún otro efecto. La Comunidad, en este sentido, se vuelve un organismo básicamente economicista en lo que a derechos de los trabajadores se refiere.

Entrar a discutir si esta excepción es o no justificada en los casos señalados, sería en realidad discutir las razones por las cuales se ha estatizado las Industrias Básicas, lo que es totalmente ajeno a este trabajo. Lo que sí queremos decir es que el régimen de excepción hace que la Comunidad pierda sus potencialidades más audaces y se convierta en un mecanismo que favorece al trabajador en aspectos básicamente económicos.

Tenemos de esta manera, diseñado el modelo original de la participación patrimonial en la Comunidad Industrial. Interesa destacar que salvo la excepción de las Industrias Básicas, la Comunidad tiene derecho a acceder a la propiedad del 50 o/o del capital de la empresa con sus consiguientes derechos de gestión y utilidades, siendo la participación patrimonial la pieza clave del mecanismo de Comunidad, para llegar a la verdadera copropiedad y cogestión empresarial.

La excepción creada exclusivamente para las Comunidades de las empresas estatales destinadas a Industria Básica, y cuyo fundamento no entramos a analizar en este caso, convierte a la Comunidad en un organismo de redistribución de parte de la nueva riqueza producida y da, a la Comunidad, derecho a sólo dos representantes con voz y voto en el órgano director de la empresa.

2. La participación patrimonial: mecanismo de presión para lograr reinversiones.

Aproximadamente un año después de promulgada la Ley General de Industrias, se dio el D.L. 18880, Ley General de Minería, en la cual se creaba la Comunidad Minera.

El artículo 285o. de este Decreto-Ley incluyó una norma que modificaba en parte el sentido de la participación patrimonial tal como había sido legislada originalmente en Industrias y en Pesquería, convirtiéndola en un instrumento de presión a los actuales propietarios para que destinen parte de las

utilidades de las empresas a ser reinvertidas, adicionalmente a las reinversiones de la Comunidad Laboral.

La norma del artículo 285o. del D.L. 18880, copiada en enero de 1972 por el art. 12o. del D.L. 19262 para el sector industrial, establece que la vía de reinversión de la participación patrimonial sólo podrá ser utilizada cuando la empresa tenga un programa de reinversiones aprobado por el Ministerio del Sector correspondiente y siempre que la Comunidad Laboral no sea propietaria del cincuenta por ciento del capital de la empresa.

Si recordamos brevemente lo señalado en páginas anteriores, veremos que existen dos vías de utilización de la participación patrimonial: la de reinversión y la de compra de acciones de otros accionistas. La decisión de elegir una u otra quedaba, en la legislación original, en manos de la empresa de acuerdo a una "conveniencia" no definida por la ley. Recordaremos también, que la vía de la compra directa era mucho más expeditiva para la Comunidad que la de la reinversión.

En base a estos elementos el Gobierno, por una serie de razones de orden económico y político que no es del caso tratar aquí, decidió presionar a las empresas para lograr mayores reinversiones de utilidades.

Para comprender cómo funciona el mecanismo, es preciso señalar que las Leyes Sectoriales (industrias, minería, etc.), regimentan la reinversión, que ya no puede quedar a libre decisión de la empresa, sino que tiene que ser forzosamente aprobada por el Ministerio correspondiente, dándosele en este caso además, una serie de beneficios tributarios.

A fin de lograr la aprobación, la empresa debe someter al Ministerio un programa de reinversión a fin de que éste lo apruebe, observe o rechace. Una vez aprobado, el plan comienza a tener vigencia y la empresa deberá efectuar las reinversiones de utilidades en él consignadas, naturalmente en base a los recursos pertenecientes a los accionistas en proporción a su participación y derechos sobre el capital. Se ha discutido mucho si el porcentaje de participación patrimonial de la Comunidad Laboral debe o no ser considerado parte del programa de reinversiones. Algunas empresas trataban de incluirlo dentro de él (aquéllas cuyos accionistas deseaban comprometer la menor parte posible de las utilidades que

les correspondían), y otras preferían añadirlo como un plus a la cuota de reinversión autorizada (aquellas que verdaderamente necesitaban una expansión acelerada). No deseamos entrar en esta polémica esencialmente técnica porque nos distraería de los objetivos de este trabajo, siéndole accesoria.

En cualquier caso, sin embargo, es obvio que el razonamiento existente tras el art. 2857 del D.L.18880 ha sido el siguiente: dado que la vía de adquisición de acciones es más expeditiva que la de reinversión para el crecimiento de la copropiedad de la Comunidad, los actuales accionistas preferirán esta última. Por lo tanto, si se les pone como condición el que sólo será utilizada si la empresa tiene un programa de reinversión aprobado, se podrá presionar a fin de lograr un crecimiento global de las reinversiones.

El objetivo resaltante de la norma es, por tanto, utilizar efectos secundarios que tiene la participación patrimonial, a fin de lograr no el crecimiento del porcentaje de participación de la Comunidad en el capital, sino el que los dueños de las empresas, presionados por la condición señalada, opten por reinvertir.

Desde el punto de vista de la Comunidad, incluso, la participación relativa que alcance disminuye en la medida en que paralelamente al aumento de su parte alicuota, aumenta también la de los otros socios.

Hay quienes han sostenido que esta modificación respondía principalmente a la necesidad de eliminar ambigüedades en la norma y a dar claridad a la variable que determinaba la opción por una de las dos vías.

Ello podría ser cierto y, evidentemente, es más claro señalar que se utilizará la reinversión cuando haya programa aprobado en vez de expresar que cuando la reinversión no fuese conveniente se usará la vía de adquisición de acciones. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, la contradicción principal entre la empresa y la Comunidad no ha estado centrada en la elección de la vía de utilización de la participación patrimonial, sino en la existencia o no de utilidades y, es preciso reconocer, hasta ahora no se han tomado las debidas precauciones ni correctivos legales para evitar que los dere-

chos de las Comunidades sean burlados. (4).

Por ello, no consideramos válida esta explicación. Si de asegurar derechos se hubiera tratado, habría habido muchas otras normas prioritarias a ésta. La verdadera intención, por tanto, fue estimular las reinversiones mediante mecanismos indirectos, convirtiendo la participación patrimonial en un recurso incentivador de la inversión.

3. Tendencia a recortar el derecho de las Comunidades Laborales a participar en la propiedad del capital de la empresa.

Habíamos visto que en la legislación original de Comunidad Industrial, se establecía como regla general, la participación en la propiedad de la empresa, salvo el caso de las empresas estatales dedicadas a Industria Básica, en el cual la participación patrimonial se utilizaría en la adquisición de bonos de la empresa. De esta manera, la Comunidad Laboral se convertía en un organismo básicamente economicista por cuanto la participación patrimonial no tenía otro efecto que ser una participación líquida diferida y se recortaba sustancialmente el derecho de gestión.

El universo de empresas al cual se aplicaba la excepción a la participación en la propiedad se amplió considerablemente, en el caso de Minería, con el artículo 286o. del D.L. 18880 que establecía lo siguiente: "Por excepción, las Empresas Mineras del Sector Público, Empresas Estatales Mineras Asociadas y Empresas Mineras Especiales, aportarán a la Comunidad Minera el seis por ciento de la Renta Neta en bonos de la misma empresa; a falta de éstos, este aporte lo harán en valores de la Corporación Financiera de Desarrollo. . ."

El artículo señala con claridad algo que nosotros habíamos interpretado analógicamente en el caso de Industrias: las empresas mineras del Sector Público en ningún caso estarán sujetas a la adquisición de capital por la Comunidad.

(4) En este sentido, es interesante consultar, por ejemplo, las conclusiones del Primer Congreso Nacional de Comunidades Industriales donde aparecen propuestas muchas medidas plenamente justificadas por experiencias pasadas: empresas de servicios, subdivisión de empresas, etc. Ver: *Primer Congreso Nacional de Comunidades Industriales*.- Lima, Comisión de Prensa de la "CONACI", 1973.- Mimeo.

Sin embargo, se amplía el ámbito de esta excepción a las empresas estatales asociadas y mineras especiales.

Según el artículo 40o. del D.L. 18880, son Empresas Mineras Estatales Asociadas, aquéllas en las cuales el Estado invierte conjuntamente con inversionistas privados nacionales participando cuando menos en el 25 o/o del capital y de la administración de la empresa.

Las Empresas Mineras Especiales son aquellas en las cuales el Estado se asocia con personas extranjeras de Derecho Público o Privado, o con nacionales y extranjeros, y en las que participa con un porcentaje no menor del 25 o/o en el capital y administración de la empresa (art. 41o. del D.L. 18880 modificado por el D.L. 19615).

Siendo la política general del Gobierno en materia de Minería que las inversiones mineras se produzcan a través de la creación de empresas públicas o de coinversión del Estado con otros socios nacionales o extranjeros, parece evidente que, al menos a futuro, las Comunidades Mineras que se creen en las nuevas empresas del Sector se verán privadas en prácticamente su totalidad, de ejercer una verdadera copropiedad y gestión a nombre de los trabajadores.

Destaca también el hecho de que por primera vez en la legislación de Comunidades Laborales, se establezca la excepción a la utilización de la participación patrimonial en la adquisición de capital de la empresa, en aquéllas que pertenezcan al menos en parte a inversionistas privados.

Norma orientada en el mismo sentido aunque de contenido bastante diferente, está contenida en el artículo 13o. del D.L. 19262, que modificaba el artículo 26o. del D.L. 18350 en los términos que a continuación citamos:

“Por excepción, las Empresas Industriales dedicadas a la Industria Básica, así como las Empresas con participación del Estado señaladas en el artículo 10o. sustitutorio (del D.L. 19262) dedicadas a la explotación de Industrias de primera prioridad declaradas por Decreto Supremo como estratégicas para el Desarrollo Nacional y con niveles de inversión y tecnología que lo justifiquen, aportarán a la Comunidad Industrial el quince por ciento (15 o/o) de la Renta Neta en bonos de la misma empresa, o a falta de éstos, este aporte lo harán en valores de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE).

En caso que la participación del Estado en las Industrias declaradas como estratégicas se redujera a menos del treinta por ciento (30 o/o), o se retirara a éstas su calificación de tales, las Comunidades Industriales de las Empresas acogidas al régimen establecido en el primer párrafo del presente artículo, canjearán los bonos de sus empresas o los valores de la Corporación Financiera de Desarrollo por acciones de sus empresas, hasta un valor no mayor al cincuenta por ciento (50 o/o) del capital social, rigiéndose en lo sucesivo por lo dispuesto en el artículo 24o. del D.L. 18350.

Las Empresas Industriales en que al declararse su actividad como estratégica, sus Comunidades Industriales se encuentran bajo el régimen de participación patrimonial establecido en el artículo 24o. del Decreto Ley 18350, seguirán bajo el mismo régimen”.

Como primer punto, diremos que en su conjunto esta norma es muchísimo menos contundente que la contenida en el artículo 286o. del D.L. 18880, pues a pesar de que el Decreto Ley 19262 recogía la terminología de Empresas Industriales Estatales, Empresas Industriales Estatales Asociadas y Empresas Industriales Mixtas (5), básicamente semejante a la de la Ley General de Minería, no insistió en recortar la participación de la Comunidad en la propiedad de capital en todas ellas, sino que creó un curioso sistema de calificación de este tipo de empresas que nos interesa detallar.

La no participación en la propiedad del capital se produciría en las llamadas Empresas Estratégicas para el Desarrollo Nacional, que son una especie dentro de las empresas en las cuales participa el Estado, consistiendo esta especificidad en que el Consejo de Ministros, mediante Decreto Supremo declare la Industria de primera prioridad a que la empresa se dedica como estratégica para el Desarrollo Nacional, y que además existan “niveles de inversión y tecnología que lo justifiquen”.

Los criterios escogidos para efectuar la calificación son esencialmente vagos dentro de la norma y es sabido que toda norma dada en estas condiciones

tiene la misión de ser sumamente flexible en su aplicación e interpretación.

En segundo lugar, es evidente que la calificación de industria estratégica no proviene exclusivamente de estos criterios, sino también del hecho necesariamente concomitante de una participación estatal no inferior al treinta por ciento en el capital.

Además, está el último párrafo del artículo citado en el que se establece una excepción al principio de que en las empresas estratégicas no existirá participación de la Comunidad en la propiedad, y es que en aquéllas en las que al declararse su actividad como estratégica ya haya participación en la propiedad, seguirán bajo ese régimen y no entrarán al preceptuado en los dos primeros párrafos del artículo.

Para efectos de descubrir el sentido de la legislación al dar estas normas, es preciso señalar que el único caso de industria declarada Estratégica para el Desarrollo Nacional según la norma precitada es el de Bayer Industrial S.A. mediante Decreto Supremo 024-72-1C/DS de 22 de junio de 1972 que establecía: "Declarar a Bayer Industrial S.A. como Empresa Industrial Mixta y Estratégica para el Desarrollo Nacional, debiendo para ello cumplir dicha Empresa con modificar sus Estatutos para establecer la capacidad determinante del Estado en la Empresa. La modificación de Estatutos deberá contar con la aprobación del Ministerio de Industria y Comercio".

Es interesante anotar que, en este Decreto, se ha reconocido como Industria Estratégica no a una actividad industrial de primera prioridad, criterio expresado con bastante claridad por el artículo 13o. del D.L. 19262, sino que se ha dado tal calificación a una empresa individual, cosa discutible en términos de la Ley.

Nuestra hipótesis interpretativa de todo este movimiento legislativo consiste en que el Gobierno ha utilizado en estos casos la participación patrimonial como un arma de negociación de inversiones conjuntas entre Estado y otros socios nacionales o extranjeros.

No de otra manera se entiende que se exonere de participación en la propiedad, en el tipo de empresas que serán mayoría en el futuro dentro de la Minería por la tendencia de la política nacionalista implementada por el Sector correspondiente. Tampoco se entiende que en el artículo 13o. del D.L.

19262 se establezca que el régimen de no propiedad de la Comunidad, existirá en las empresas estratégicas, salvo en aquellas en las cuales ya se haya implementado, las que seguirán con dicho régimen. Esto es un claro indicio de que sólo interesa excepcionar de la copropiedad de los trabajadores a través de la Comunidad Industrial, a aquellas inversiones que aún no se hayan realizado.

Finalmente, es sintomático que el único caso de aplicación concreta de la norma declárase de carácter estratégico no a la actividad industrial que Bayer Industrial S.A. realizaba, sino que tal calificación recayese sobre la empresa misma, disonando con el sentido expreso del D.L. 19262.

La hipótesis de que legislando y recortando de esta manera la copropiedad a través de la participación patrimonial es un mecanismo intencional para promover co-inversiones del Estado con otros socios nacionales o extranjeros, tiene también asidero en las reacciones que los grupos representativos de los propietarios empresariales tuvieron frente a la Comunidad Industrial:

"Dispositivos del D.L. 18350... de antemano, deniegan a los trabajadores la propiedad personal y definitiva del fruto de su trabajo..." (6). "Ha sido y continúa siendo nuestra posición, que las acciones que la empresa industrial entre-

(5) D.L. 19262, art. 10o.- "Las Empresas Industriales, en que participa el Estado se clasifican en:

a. Empresas Industriales Estatales.- Son las Empresas Industriales creadas por Ley y en las que el Sector Público es el único propietario del capital social;

b. Empresas Industriales Estatales Asociadas.- Son aquellas empresas constituidas sólo por inversionistas nacionales en las que el Estado o empresas del Estado, participan en un porcentaje no inferior al treinta por ciento (30 o/o) del capital social, siempre que el Estado tenga capacidad determinante en las decisiones de la Empresa; y

c. Empresas Industriales Mixtas.- Son las definidas como tales en el Decreto-Ley No. 18900, incluyendo aquellas empresas en que el Estado o empresas del Estado participan en un porcentaje no inferior al treinta por ciento (30 o/o) del capital social, siempre que el Estado tenga capacidad determinante en las decisiones de la empresa.

La participación del Sector Público en Empresas Industriales se realizará a través del Organismo u Organismos que establezca el Ministerio de Industria y Comercio".

gue a sus colaboradores en vía de participación, se otorguen anualmente en propiedad individual, definitiva y con derecho a herencia en el momento en que se emitan. De esta manera, se cumplirá a cabalidad con uno de los objetivos de la Ley General de Industrias, cual es el de propender al 'desarrollo socio-económico permanente del país', a la par que se brindará protección al trabajador y a sus familiares, aún en su vejez y en caso de fallecimiento..." (7)

"En el esquema planteado, la propiedad se otorga a los trabajadores, es colectiva y no individual, eliminándolos del derecho de propiedad privada; derecho otorgado al Hombre, como individuo, por su Creador..." (8)

En todas estas citas (9) se demuestra el problema medular que los grupos representativos de los propietarios tienen frente al mecanismo de participación de la Comunidad en la propiedad del capital. Es evidente que la oposición no es franca y tajante, sino que recurre al mecanismo de defender la propiedad privada individual de las acciones por los trabajadores, frente al **colectivismo** que representaría el asignar dichas acciones a la comunidad laboral como organismo representativo del conjunto.

Tras ello, existe otra objeción no explicitada que es el rechazo a un mecanismo donde los trabajadores puedan tener verdadera fuerza en la dirección y gestión de la empresa. En efecto: si los trabajadores se convierten en propietarios individuales de las acciones resultará fácil en nuestro medio o que las vendan a los propietarios actuales, o que sus posiciones en las Juntas de Accionistas y en las elecciones de Directorio, etc., sean divergentes y atomizadas.

La propiedad socializada de esas acciones en la Comunidad, en cambio, significa otorgar a esta institución un poder de decisión que será definitorio cuando, con un porcentaje que no tiene por qué llegar al cincuenta, pueda aliarse con otros socios minoritarios y la convierta en necesaria para definir votaciones.

Uno de los comunicados citados antes, señala con frases claras la actitud que generan estos problemas en los empresarios, la perspectiva de incrementar su inversión..." (10)

La Cámara de Comercio e Industria de Arequipa es aún más precisa: "Considera que la Comuni-

dad Industrial... va a significar un obstáculo a la inversión y, consecuentemente, al proceso de desarrollo industrial..." (11)

Es evidente, por las citas transcritas que los sectores privados de inversionistas consideraban que los efectos de la participación en la propiedad de la empresa por la Comunidad, son especialmente negativos para la nueva inversión. Resulta por tanto, también verosímil que el Gobierno, aceptando este dato de la realidad y conteniendo entre sus parámetros económicos como necesaria la inversión privada, haya decidido abrir una puerta para facilitar inversiones, recortando el derecho que tratamos a las Comunidades Laborales e aquellas empresas en que exista inversión mixta y orientando de paso a la inversión privada, para asociarse con el Estado.

Resulta sintomático de todo lo dicho, un artículo publicado en el diario El Comercio, a propósito de la inversión de Bayer, uno de cuyos párrafos dice lo siguiente:

"El asunto mueve a reflexiones. Se ha presentado a la Comunidad Industrial como una creación peruana que resuelve muchos problemas... Se ha dicho también ahora que el establecimiento y ampliación de la Bayer son una muestra de confianza de los inversionistas ext ranjeros en las llamadas "reglas de juego" de la industria peruana. Pero lo evidente es que la exitosa prueba de confianza que comentamos se realiza en el campo de la industria estratégica donde la Comunidad Industrial no tiene la extensión ni los problemas que en las empresas comunes del país. La cuestión es saber... si la Comunidad Industrial constituye un estímulo o un desalien-

(6) Comunicado No. 5 de la Sociedad Nacional de Industrias, en: "La Prensa" del 29 de agosto de 1970.

(7) Aclaración de Gabriel Lanatta Piaggio. Lima, 26 de agosto de 1970.

(8) Comunicado No. 1 de la Sociedad Nacional de Industrias; Lima, 3 de agosto de 1970.

(9) Las citas anteriores y las inmediatamente siguientes han sido tomadas de un trabajo sobre reacciones de derecha frente a la Comunidad Industrial, inédito al momento de escribir éste, y preparado por Alberto Bustamante Belaúnde.

(10) Comunicado No. 5 de la Sociedad Nacional de Industrias, en: "La Prensa" del 28 de agosto de 1970.

(11) Exposición de la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, sobre la Ley General de Industrias. En: "La Prensa" del 22 de agosto de 1970.

to para la inversión. . . Porque si el propio Estado no lo considera atractivo para el caso de inversiones cuantiosas, estratégicas y de primera prioridad en las que es socio, el Estado, cómo puede constituir un atractivo para inversiones pesqueñas, no estatales ni mixtas, sino de empresarios privados peruanos" (12).

El Comercio, aunque de posiciones conservadoras, mantuvo usualmente una línea nacionalista que se refleja en la transcripción y que significa una crítica de fondo permanente de los sectores capitalistas a la Comunidad. El mismo El Comercio, señala indirectamente que una Comunidad disminuida ha sido incentivo importante para la Bayer a fin de invertir en el país y demostrar confianza en las reglas de juego.

Consideramos, por nuestra parte, que esta afirmación es totalmente real, desde que la única diferencia existente entre las empresas estratégicas y las demás en lo que a tratamiento y consecuencias legales se refiere, es la no participación de la Comunidad en la propiedad del capital en las nuevas inversiones que se realicen, pues como recordaremos, el tercer párrafo del artículo 12o. del D.L. 19262, establecía que dicha norma no funcionaría en las empresas estratégicas donde, a la fecha de ser declaradas como tales, ya existe participación en la propiedad por la Comunidad (13).

4. La participación patrimonial como recurso financiero del Estado.

Otro caso interesante de utilización de la participación patrimonial con una finalidad diferente a la que originalmente tuvo, es el sistema de financiamiento en torno a ella creado para la adquisición de las empresas dedicadas a Industria Básica.

Las normas están contenidas en los artículos 6o., 14o. y Disposición transitoria Unica del D.L. 19453 de 28 de junio de 1972.

"Artículo 6o.- El valor de las acciones que se adquieran dentro del proceso de adquisición (de empresas de Industria Básica) se pagará con los recursos siguientes:

- a. El quince por ciento (15 o/o) de la Renta

Neta que corresponde a la Comunidad Industrial de la Empresa. La totalidad de esta participación se destinará a adquirir a la par acciones clase "C" de la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE) directamente de dicha entidad emisora. A su vez, COFIDE empleará dichos fondos en reinversiones de las mismas Empresas, en caso de haber reinversiones autorizadas por el Ministerio de Industria y Comercio. Cuando no proceda la reinversión, COFIDE adquirirá acciones de los otros accionistas, de conformidad con la opinión del Ministerio de Industria y Comercio.

En caso de que el producto del quince por ciento (15 o/o) de la Renta Neta de la Empresa exceda los porcentajes establecidos en el contrato para la adquisición gradual, estos excesos serán destinados prioritariamente a la adquisición de los Certificados de Participación a que se refiere el artículo 14o. del presente Decreto-Ley y para los fines de inversión que determine el Ministerio de Industria y Comercio. . ."

"Artículo 14o.- COFIDE adquirirá prioritariamente, con la aprobación del Ministerio de Industria y Comercio, certificados de participación que emita la Empresa que desarrollo Industria Básica, para invertir los recursos a que se refiere el segundo párrafo del inciso a) del artículo 6o. del presente Decreto-Ley.

Estos certificados de Participación se registrarán por sus correspondientes reglamentos de emisión. Estos reglamentos serán aprobados por Junta General Extraordinaria de Accionistas, después de haber sido declarados conforme por el Ministerio de Industria y

(12) "La empresa Bayer y la Comunidad Industrial", en: "El Comercio" de 27 de junio de 1972.

(13) Esta interpretación consideramos que es sólo válida para los casos citados. Existen otros semejantes en los que la finalidad es simplemente mantener la propiedad del Estado: segunda Disposición Complementaria del D.L. 20001 para Pesquería (Ley de Pesca-Perú); inciso b) del art. 98o. del D.L. 19020 (Ley General de Telecomunicaciones). Además, las normas aisladas sobre Comunidad de Petro-Perú parecen indicar que se seguirá en su caso la misma estructura que venimos tratando, lo que resulta lógico desde que se trata de una empresa estatal: ver art. 12o. inciso e) y tercera Disposición Transitoria del D.L. 20036 (Ley Orgánica de Petro-Perú).

Comercio y por la Corporación Financiera de Desarrollo (COFIDE). Los citados Certificados de Participación, tendrán las características siguientes:

- a. Cuando se efectúe una revaluación de los activos fijos, el excedente de revaluación aumentará el valor de los Certificados de Participación en la misma proporción en que se incrementa el capital social de la Empresa;
- b. Percibirán un interés anual pagadero semestralmente; y,
- c. Serán convertidos en acciones mediante el correspondiente aumento de capital, de conformidad con lo estipulado en los contratos, cuando lo solicite el titular de los Certificados de Participación con autorización del Ministerio de Industria y Comercio. Antes de aprobarse el aumento de capital correspondiente a los Certificados de Participación, este deberá reducirse para efectos de compensar la totalidad de la pérdida que pudiese ser cubierta con el reajuste del valor de los bienes del activo en los términos que señale el correspondiente Reglamento de Emisión"

"Disposición Transitoria.- La participación patrimonial de las Comunidades Laborales en las Industrias Básicas, correspondiente a los ejercicios 1970 y 1971, se utilizará en la adquisición de acciones Clase "C" de COFIDE, conforme lo establece el presente Decreto-Ley. Si de conformidad con el artículo 260. del Decreto Ley 18350, esta participación hubiera dado lugar a la emisión de bonos de la misma Empresa, éstos serán canjeados por acciones Clase "C" de COFIDE".

De los artículos citados se puede apreciar que el mecanismo diseñado consiste en hacer invertir el 15 o/o de participación patrimonial en acciones Clase "C" de COFIDE y con ello formar un fondo que el Estado utilizará en reinvertir en la empresa destinada a Industria Básica a fin de aumentar el porcentaje de capital de su propiedad, adquiriendo acciones de los otros accionistas, o adquiriendo Certificados de Participación del tipo de los mencionados en el artículo 14o. del D.L. 19453, los que con posterioridad se convertirán también en acciones del capi-

tal de la empresa.

Mediante cualquiera de estas vías, el Estado adquirirá un mayor porcentaje de propiedad de la empresa en cuestión.

La Comunidad Laboral, por su parte, se beneficiará recibiendo el dividendo que COFIDE pague a las acciones Clase "C" en las cuales se ha invertido su participación patrimonial, no teniendo disponibilidad de los montos invertidos, los cuales están específicamente destinados a que el Estado invierta en la adquisición de las empresas.

Como puede apreciarse, no es un mecanismo radicalmente diferente del utilizado en todos los casos en los cuales la Comunidad no participa en el capital de la empresa, pero la particularidad de hacer con estos recursos un fondo especial, hace que la participación patrimonial se convierta en una vía adicional de financiamiento para las operaciones de adquisición progresiva de la Industria Básica.

5. Consideraciones generales.

A lo largo de estas modificaciones, hemos visto como una institución originalmente planeada para otorgar a los trabajadores representados por la Comunidad Laboral derechos de propiedad, gestión y utilidades, va siendo utilizada sucesivamente para alentar reinversiones, atraer nuevas inversiones y financiar determinadas operaciones de adquisición de empresas por parte del Estado.

Tal vez la mutación más lógica y acorde con los parámetros de la política industrial del país sea la tercera de las nombradas, en tanto que habiéndose reservado determinadas actividades industriales al dominio exclusivo del Estado, sería ilógico otorgar derechos de propiedad sobre la empresa a la Comunidad Laboral la cual, no obstante su naturaleza de entidad social (14), es expresamente reconocida en las leyes como persona de derecho privado.

Este no es sólo un argumento formalista. El asunto de fondo es que ni aún los trabajadores como conjunto, representados por una entidad, deben tener acceso a la propiedad de tales empresa si legislamos con coherencia. Podremos discrepar o no de que determinadas actividades sean destinadas a un

Sector con exclusividad, pero dicha discusión y análisis nos es ajena en este caso y en consecuencia, la asumimos como un dato informativo de todo el fenómeno legislativo. Es por tanto sistemático desde el punto de vista legal el que los mecanismos de participación patrimonial de estas Comunidades, contribuyan a la financiación de las adquisiciones del Estado.

Algo más discutible es la utilización de efectos secundarios de la participación patrimonial para incentivar reinversiones entre los actuales propietarios de empresas desde que la finalidad central ha sido desvirtuada y yuxtapuesta a otra de manera que ahora, por medios directos e indirectos, la participación patrimonial parece ser un mecanismo que, a la vez de participación a los trabajadores en la propiedad de la empresa, sirve como acicate para que los empresarios destinen parte de sus beneficios económicos a la reinversión. Estas dos vías, aparentemente paralelas, pueden significar en el plano político tendencias antagónicas donde, ambos efectos, anulan más o menos considerablemente las expectativas de real participación en la propiedad y marcha de la empresa por parte de los trabajadores a través de la Comunidad Laboral respectiva.

En cualquier caso, parece evidente que el tiempo que tome a las Comunidades adquirir en propiedad, partes considerables del capital de la empresa (aún bajo el 50 o/o señalado como tope final), se extiende con la yuxtaposición de finalidades asignada a la participación patrimonial al convertirla en medio de lograr mayores reinversiones.

Es diferente, sin embargo, el caso en el cual las Comunidades Laborales empiezan a ver recortado totalmente su derecho a adquisición de capital por destinarse la participación patrimonial a la adquisición de valores emitidos por la empresa o por COFIDE, cuando se trata de coinversiones entre el Estado y otros socios.

Mediante estas normas, que han ido incrementando los casos de no adquisición de propiedad, se desvirtúa el concepto de cogestión atribuido a la Comunidad y se la convierte en una institución básicamente redistributiva y economicista ya que al trabajador, aparte de una representación nominal en los organismos de dirección de la empresa, sólo le otorga perspectivas de incremento de sus ingresos

mediante los intereses o dividendos según sea el caso, que paguen los valores adquiridos por la Comunidad.

Consideramos que de seguirse extendiendo esta tendencia —el reciente Estatuto de Prensa parece corroborar su ampliación— (15) las Comunidades serán en corto tiempo, organismos de escaso interés para los trabajadores y, su carácter de instrumento participatorio en la vida de la empresa, se diluirá en la práctica.

Es importante señalar, para finalizar, que en este tipo de modificaciones, aún cuando se logren otros fines como la seguridad de las coinversiones del Estado, se está desnaturalizando sustancialmente a la Comunidad, se la está minimizando en su poder y su capacidad de contribuir a la elevación de la participación de los trabajadores y, a la larga, se la convierte en una especie de penalización a aquéllos que, no cayendo en las excepciones, fueron quedando como únicos sujetos a los que se les aplique la versión original de la institución, o sea, la participación en la propiedad de la empresa. La mutación de las instituciones jurídicas, cuando originalmente no han tenido características reformistas agresivas en el medio empresarial, puede llevar a desbalances importantes en el tratamiento a las empresas, desde que las condiciones de inversión y manejo empresarial sin que la Comunidad participe en el capital de la

(14) A raíz de la promulgación de la Ley de Empresas de Propiedad Social (D.L. 20598) se ha dado un nuevo giro al concepto de Derecho Social y al de Personas Jurídicas de Derecho Social. Cualquiera que sea la derivación que este concepto tenga en el futuro, es evidente que las Comunidades Laborales marcan una notable diferencia con las personas jurídicas de Derecho Público y Privado tal como se las considera tradicionalmente, aún cuando dicha diferencia es más tenue en su caso que en el de las Empresas de Propiedad Social.

(15) Ver el D.L. 20680, artículos 23o., 25o. y 26o., donde se establece que los diarios de circulación nacional pertenecerán a asociaciones, invirtiéndose la participación patrimonial en acciones de COFIDE y teniendo la Comunidad, derecho a participar en el órgano director con dos representantes.

Según el mismo Estatuto de Prensa, sin embargo, el régimen de participación de la Comunidad en el capital de la empresa, permanece en los diarios regionales o locales, y en las empresas editoras de publicaciones de periodicidad no diaria o de publicaciones eventuales (D.L. 20680, art. 37o.).

empresa, parecen ser mejores para los inversionistas según la tendencia legislativa expuesta y según las opiniones semejantes a las que hemos transcrito anteriormente.

La presión que las excepciones pueden crear para que en un momento dado, el régimen de participación patrimonial se oriente totalmente a la adquisición de otros valores que no sean acciones de la empresa ya existe y es verosímil que arree en el futuro, pudiendo lograr con el tiempo la modificación definitiva de la institución. En ese caso, la Comunidad Laboral dejaría de ser una reforma efectiva del régimen capitalista de empresa, para convertirse, en la práctica, en un simple mecanismo de participación en utilidades, condición que sería radicalmente diferente de la idea original al crearla.

Todo este desarrollo, aparte del interés que tiene en sí mismo, nos permite apreciar que, la mutación sucesiva y muchas veces poco perceptible por su apariencia casuística de algunas instituciones jurídicas, lleva consigo a la larga un cambio considerable en los fines y efectos que el Derecho les asignó originalmente. El caso de la participación patrimonial con respecto a la Comunidad Laboral como conjunto es sumamente claro: la Comunidad va pasando lenta pero sostenidamente a convertirse de una reforma de la propiedad y gestión de la empresa, a una organización que simplemente canaliza a los trabajadores una redistribución parcial de la riqueza producida.

Lima, agosto de 1974.

EL ROL POLITICO DEL ABOGADO

LITIGANTE

I

El presente artículo pretende discutir la posibilidad de que la actividad judicial constituya en sí misma una actividad política. Frecuentemente se oye decir que existe una división tajante entre Política y Derecho o, en un grado mayor de sofisticación, entre Política Jurídica y Dogmática Jurídica. La primera de estas disciplinas sería la menos "jurídica", aquella que propone lo que debe ser Derecho y que la autoridad se encarga de convertirlo en Derecho. En cambio, la segunda es la perspectiva propiamente "jurídica", es el punto de vista del abogado: neutro, libre de toda contaminación política. La Dogmática Jurídica adoptaría el Derecho como su nombre lo sugiere, como "dogma"; es decir, sin discutir si es justo o no, sin preguntarse si el contenido de la norma está de acuerdo con los criterios ideales de evaluación de la sociedad. Nos guste o no nos guste, la norma "está ahí", con toda su fuerza obligatoria; y frente a ella no tenemos sino que inclinarnos. Los abogados, para esta concepción, somos los especialistas en inclinarnos bien, elegantemente y coherentemente.

Dentro de este orden de ideas, hay que separar muy nítidamente al que crea el Derecho de quien lo aplica. Los que crean Derecho pueden ser cualquiera; mientras no se trate de la elaboración de los Códigos básicos —que todavía constituyen el "veda-do de caza" de los juristas— no hay inconveniente para que quien crea las leyes sea dirigente de un

La nuestra, es una sociedad prostituta. El sistema judicial, y más especialmente la profesión de abogado, es un prostíbulo que presta servicios a aquellos que están en mejor posición de pagarse los lujos que la justicia ofrece a sus clientes preferidos.

Florynce KENNEDY.- "The Whorehouse Theory of Law" (1)

sindicato de construcción civil, archimandrita, ingeniero, cartomántica o psicoanalista. Pero los que aplican el Derecho no pueden ser sino abogados. Una vez creada la ley por el obrero de construcción civil metido a representante a Congreso, solamente los abogados pueden interpretarla de manera respetuosa a su texto, como si se tratara de un "dogma"; solamente los juristas pueden sistematizarla, concordarla y aplicarla.

Todo ello supone que la tarea del Juez- jurista por excelencia - se limita únicamente a aplicar el "dogma" legal. El abogado litigante tiene la misma función mecánica en la medida que su papel consiste en proponer al Juez líneas de interpretación; el abogado no hace una operación distinta a la del Juez sino que, por el contrario, prefigurando el razonamiento de éste, le propone una "aplicación" del Derecho: así el abogado es también un mero "aplicador" que no puede darse el lujo de crear, de innovar, de trazar una política.

Todo lo cual ha llevado a muchas personas a sufrir una profunda decepción respecto del rol que puede jugar el Derecho —y, más particularmente, el sistema judicial— en la tarea de organizar la socie-

(1) KENNEDY, Florynce.- "The Whorehouse Theory of Law" in LEFCOURT, Robert (ed).- "Law against the People. Essays to Demystify Law, Order and the Courts", Vintage. New York 1971, p. 81.

dad en forma más justa. Este es el caso, por ejemplo, de la autora del texto que precede a este artículo; y de muchos otros que han renunciado a la posibilidad de utilizar "políticamente" el litigio judicial, limitándose a conservar a duras penas una cierta fe en las posibilidades de una acción legislativa que se ejecuta, prácticamente, por la vía administrativa.

Nos corresponde, en tanto que abogados, verificar si existen fundamentos en la Teoría misma del Derecho que justifiquen esa decepción. Y en caso de no ser así, es importante explicitar las opciones teóricas que permiten rescatar la función creadora del Derecho dentro de la sociedad. Es así como algunos autores han observado que la distinción tan pretendidamente nítida entre Política y Derecho —o entre Política Jurídica y Dogmática Jurídica— se encuentra notablemente cuestionada por la propia actividad judicial. Por la vía de la interpretación del Derecho, los jueces han visto la posibilidad de establecer líneas de acción social que quizá no habrán sido previstas por los legisladores. Y, por otra parte, en la medida que el abogado litigante es quien moviliza la acción del sistema legal al promover una intervención judicial, está también realizando una actividad valorativa y creadora por el hecho de orientar —"agitar"— en uno u otro sentido el poder coercitivo del Derecho; al punto, como lo veremos a continuación, que el abogado puede convertirse en un verdadero "agitador" político que lleva a cabo una "guerrilla" privada con las armas del Derecho.

II

En la base de la decepción antes anotada, se encuentra la teoría de la separación de los poderes políticos; en consecuencia, nuestra primera tarea debe consistir en repasar brevemente estos fundamentos de Teoría Política que sustentan una actitud pasiva del Juez.

Como es ampliamente conocido, la teoría de la separación de los poderes sostiene que solamente el pueblo puede darse leyes a sí mismo. Por esta razón, el Poder creador de leyes solamente puede estar constituido por el pueblo mismo o por sus representantes, es decir, por el Congreso dentro de una democracia representativa. De ello se deriva que el Juez —que no ejerce representación popular— no puede convertir su propio criterio en ley obligatoria;

por lo cual, debe abstenerse de agregar nada al texto legal, limitándose a aplicar la norma general creada por el pueblo a los casos particulares que le son sometidos. En otras palabras, el Juez tiene que reducir su intervención a una función meramente "fonográfica" (2): reproduce frente a una ocasión determinada el texto escrito de la ley. Ello supone —por definición— que el orden jurídico es un sistema cerrado, sin lagunas, en el cual el Juez puede —y debe— encontrar siempre una norma legal directamente aplicable a cualquier situación.

Ahora bien, esta idea de la separación de poderes es relativamente reciente. En Roma mismo, donde el Derecho tiende a una formalización que prefigura nuestro Derecho moderno, las funciones judiciales eran ejercidas muchas veces por los Gobernadores políticos, confundiendo así el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (3); y gran parte del Derecho Romano no fue creado por el Poder Legislativo sino por el propio sistema judicial a través de los Pretores (4). En realidad, la administración de justicia (*iurisdictio*) era una de las funciones de la magistratura suprema; y los pretores eran originalmente jefes en el sentido amplio del término que tenían no solamente la *iurisdictio* (decir el Derecho) como atribución, sino también la *coercitio* (poder disciplinario), el *imperium* (poder de mando, particularmente en asuntos militares) el *ius agendi cum populo* (facultad de convocar al pueblo en asamblea y proponer leyes) y el *ius agendi cum senatu* (derecho a convocar e interrogar al Senado) (5). No puede, pues, decirse que la República romana estuvo organizada en base al principio de la separación de poderes. En la Edad Media la superposición de planos presenta una naturaleza muy compleja; las grandes Abadías, los Obispos y los Señores feudales ejercían dentro de su territorio, funciones legislativas, judicia-

(2) NEUMANN, Franz.- "The Change in the Function of Law in Modern Society" in MARCUSE, Herbert (ed).- "The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory". Free Press. New York, 1966, p. 36. (Hay trad. castellana publicada por Paidós, Buenos Aires).

(3) VILLEY, Michel.- "El Derecho Romano", Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p. 15.

(4) VILLEY, Michel.- Op. cit.; también COOPER, H.H.A.- "Evolución del pensamiento jurídico. Estudio comparado del pretor romano y del juez inglés", Universidad Nacional de San Marcos, Lima, 1967.

(5) KUNKEL, Wolfgang.- "Historia del Derecho Romano". Ediciones Ariel. Barcelona, 1972, pp. 22, 23 y 93.

les y administrativas (6). Es solamente en la Edad Moderna, con el surgimiento de una nueva clase social comerciante que aspira a una cierta seguridad y previsibilidad jurídica, que la doctrina de la separación de poderes toma cuerpo. Locke señala que "ningún Edicto ni ninguna institución, cualquiera que sea la forma como ha sido creado o cualquiera que sea el poder que lo respalde, tiene la fuerza y la obligación de una ley, ya que no tendría la sanción del Legislativo, a quien el público ha escogido y nombrado" (7); y advierte que "el Legislativo no puede transferir el poder de hacer leyes a ninguna otra mano. Porque no siendo sino Poder delegado del Pueblo, no puede pasarlo a otros... Y cuando el Pueblo ha dicho: 'Nos someteremos a normas y seremos gobernados por Leyes hechas por tales hombres y en tales Formas', nadie más puede autorizar a otros hombres para que hagan Leyes; ni puede el Pueblo estar obligado por ninguna Ley si no ha sido creada por aquellos a quien el Pueblo ha escogido y ha autorizado para dar Leyes" (8).

Esta tesis alcanza su punto culminante con aquel movimiento por el que pasan a la acción política las ideas nuevas de la Edad Moderna y las aspiraciones de la clase emergente: la Revolución Francesa. Montesquieu adelanta y populariza la idea de la separación del Estado en tres Poderes Públicos. Y los revolucionarios del 89 se encargarán de llevar esta idea hasta situaciones-límite, proscribiendo de la forma más radical toda posibilidad de que el Juez pueda sentirse tentado a crear Derecho. Robespierre, planteó que "La afirmación de que los jueces crean Derecho... debe ser expulsada de nuestro lenguaje. En un Estado en el que existe una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de los Tribunales sólo puede basarse en la ley" (9). Y para evitar toda posibilidad en este sentido, los Decretos de 16 y 24 de agosto de 1790 prohibieron que el Juez interpretara las leyes y ordenaron que, en caso de duda, el Juez debía interrogar al Poder Legislativo.

Resulta obvio que tal mandato era impracticable y sólo podía haber sido dado por quien no tenía experiencia jurídica. Sin embargo, muchos años más tarde, la Corte de Casación francesa en una Ejecutoria de 25 de mayo de 1814, diría: "No corresponde a los Tribunales el papel de juzgar la ley; los Tribunales deben aplicarla tal como es, sin que les sea permitido jamás modificarla o restringirla por ninguna consideración, por más poderosa que ésta sea".

Y un jurista de la talla de Laurent, comentando esta Ejecutoria, nos dice: "Los Tribunales tienen por misión aplicar la ley... Sin duda, el Juez tiene el derecho de examinar si el acto cuya aplicación se le solicita es ley. Pero por el sólo hecho que las formas constitucionales hayan sido observadas, ya es ley y el Juez está obligado a aplicarla. La ley es la expresión de la soberanía nacional; como tal, obliga a los Tribunales lo mismo que a los particulares. Cuando se dice que el Juez está encadenado a la ley, esto significa que no tiene el derecho de someterla a un control, que no le está permitido examinar si esta ley está en armonía con los principios de lo justo y lo injusto que Dios ha grabado en nuestra consciencia" (10).

En realidad, la separación tan radical entre el acto de creación y el acto de aplicación de la ley, así como su base política de la separación de poderes, es una derivación lógica de la teoría del contrato social (11); y a su vez, toda esta construcción político-jurídica encuentra su raíz ideológica en una concepción subjetivista de los valores sociales.

En efecto, en la medida que la sociedad admite la existencia de valores objetivos, válidos en función de criterios externos a los individuos y a los cuales es posible llegar por medio de un "conocimiento" de algún tipo, no hay inconveniente para admitir

(6) Véase, por ejemplo, DAWSON, John P.- "A History of Lay Judges" Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1960, p. 39 y *passim*; es interesante también el trabajo de H.H.A. COOPER antes citado, cuando describe los orígenes de la justicia inglesa.

7) LOCKE, John.- "Second Treatise of Government or Essay concerning The True Original, Extent, and End of Civil-Government". Cap. XI, No. 134,11.

(8) Ibid. No. 141, 6.

(9) Cit. p. NEUMANN, Franz.- Op. cit. p. 37.

(10) LAURENT, F.- "Principes de Droit Civil". T.I, Bruylant-Christophe et Cie., 1869, No. 30, pp. 66-7.

(11) Esta alusión a la teoría del contrato social no debe entenderse en manera alguna como una referencia a las ideas de Rousseau quien, en nuestra opinión, es efectivamente uno de los teóricos que influyeron más notablemente en la formación del Estado y del Derecho liberal pero que, al mismo tiempo, es uno de sus más agudos críticos. El autor tiene en preparación un trabajo en el que aspira a demostrar la presencia de importantes elementos objetivistas en el pensamiento jurídico-político rousseauiano que lo alejan del liberalismo y lo convierten en precursor de una crítica socialista de "base libertaria".

una mayor difusión de las facultades creadoras de Derecho. Este es el caso, por ejemplo, del jusnaturalismo antiguo o medieval para el que existen estructuras naturales que son fuente de valor en sí mismas, independientemente de la voluntad de los individuos. A ellas puede llegarse con la ayuda de la razón (según ciertos jusnaturalismos) o con la ayuda de la Revelación divina (según otros jusnaturalismos). Estas estructuras o leyes naturales son el fundamento del Derecho; y la legislación humana debe simplemente esforzarse por implementarlas en obligaciones concretas, referidas al tiempo y lugar. Resulta evidente que en este caso la "ley" humana —o el Derecho— no se apoya tanto en el consenso sino en la intelección de tales valores naturales; y para llegar a ellos no se requiere el concurso de todo el pueblo sino la percepción adecuada (racional o inspirada) por la persona adecuada (filósofo, hombre racional en general o casta sacerdotal). Por eso, el jusnaturalismo no es necesariamente democrático e incluso puede decirse que contiene una clara tendencia anti-populista; la democracia se agrega al jusnaturalismo como una garantía contra el error humano pero no como un medio esencial de determinación de valor. Es más fácil que uno solo se equivoque a que se equivoque todo un pueblo y por eso es mejor que todos quienes componen un pueblo —o todos sus representantes— realicen la operación racional de **descubrir** el valor que normará el grupo; pero aquí el número no agrega nada a la realidad del valor mismo y un solo hombre puede descubrirlo aisladamente si tiene la razón o intuición suficiente. Desde esta perspectiva, es claro que no existe mayor inconveniente para admitir facultades de creación del Derecho en personas individuales, siempre que dominen el método necesario para descubrir el valor objetivo, aún cuando no tengan ninguna representatividad popular. Esta es la razón que justifica la creación de leyes por el Monarca, el Señor feudal, las autoridades de los Gremios profesionales o incluso por el Juez o el funcionario administrativo: de ahí también la confusión de funciones y la poca preocupación por la separación de poderes.

En cambio, las ideas liberales de la Edad Moderna trastruecan totalmente los fundamentos de la normatividad clásica y hacen imposible que ningún hombre particular pueda crear Derecho. El punto de partida de una transformación tan radical estriba en que la concepción del valor pierde su carácter objetivo para hacerse meramente subjetiva: no hay otros

valores que obliguen a los hombres que los que ellos mismos se dan. Nadie es capaz de saber mejor lo que le conviene que el propio individuo; por consiguiente, los hombres individualmente no pueden llegar sino a valores particulares, válidos para sí mismos pero no para los demás. El valor se convierte más bien en interés individual; y ante un haz de intereses individuales no cabe preferir a unos sobre otros: sólo queda la conciliación o la votación. En última instancia, la determinación del valor no es más un acto racional sino un acto volitivo (aún cuando, obviamente, no se trate de una voluntad arbitraria y caprichosa, sino razonada e inteligente). Dentro de este orden de ideas, los valores sociales no se descubren sino que se **crean** en base al consenso. Es el acuerdo de voluntades lo que crea la ley en vez del proceso de intelección de valores superiores. A consecuencia de este cambio de óptica, el pensamiento jurídico y político se transforma radicalmente. El jusnaturalismo mismo abandona la mayor parte de los datos "naturales" para quedarse casi exclusivamente con uno solo: la libertad individual (y sus derivaciones inmediatas, como la propiedad privada, etc.). El mundo jusnaturalista clásico poblado de esencias, de causas finales, de formas comunes, preocupado por la naturaleza de los grupos, de la familia, del Estado, se disuelve en una aglomeración de individuos libres que es preciso concordar y da origen a un nuevo jusnaturalismo "moderno" cuya piedra angular es el derecho "subjetivo" (12). La Ética Social pierde su carácter sustantivo y tiende a procesalizarse: la base del problema no radica ahora en llegar al conocimiento de ciertos valores objetivos sino en encontrar un "procedimiento" adecuado que permita compatibilizar los intereses particulares. El Derecho abandona poco a poco su preocupación por sus fuentes "materiales" (que habrían sido el objeto primordial de investigación para el jurista clásico) para ocuparse exclusivamente de las fuentes "formales" (que constituirán en adelante el límite de la investigación del nuevo jurista). Como dice Michel Villey, "el pensamiento moderno la ha vaceado (a la idea de Derecho Natural) de todo contenido sustancial". (13). Y una vez

(12) Véase en este sentido el importante libro de VILLEY, Michel.- "La Formation de la Pensée Juridique Moderne", Les Editions Montchrestien, Paris, 1968.

(13) VILLEY, Michel.- "Introduction à l'histoire de la philosophie du droit" in "Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit". Dalloz. Paris, 1962, p. 56.

que el jusnaturalismo moderno cumplió su misión de quebrar el concepto tradicional de Derecho y debilitar toda objetividad a nivel axiológico, fue sustituido por una nueva teoría jurídica, aséptica, no contaminada políticamente, que aspira a ser puramente "científica", que pretende fundamental un ejercicio profesional exclusivamente "técnico": el positivismo contemporáneo. A partir de entonces, la "Ciencia del Derecho" es pura y se distingue radicalmente de la Psicología, de la Sociología, de la Ética y de la Teoría Política, según lo afirma Kelsen (14); pero esta pureza ha sido obtenida por la vía de la castración pues se ha sometido al Derecho a una intervención quirúrgica que le elimina sus elementos generativos y fecundos para quedarse sólo con un bello esqueleto, lógicamente perfecto en el interior de sus propios límites: el poder creador queda del lado de la Política.

En esta forma, la evolución iniciada por el liberalismo primitivo y su concepción subjetiva de los valores ha seguido su camino: primero, el jusnaturalismo moderno planteó que, por razones todavía políticas, el Juez no debe crear Derecho; después, el positivismo recibe la posta y va más lejos en el proceso de "descontaminación" al afirmar, esta vez por razones "científicas", que el Juez —en tanto que jurista— no tiene posibilidades normativas.

III

Las tesis liberales en materia político-jurídica encuentran en sí mismas sus propias limitaciones. De un lado, advertimos que el subjetivismo valorativo conlleva una contradicción objetivista que obliga en algunos casos a la Política y al Derecho liberal a funcionar en forma asintomática. De otro lado, la teoría del consenso supone un nivel de comunicación humana inter-subjetiva que no se alcanza en la práctica y que tropieza de inmediato con las limitaciones del lenguaje.

Hemos señalado cómo el pensamiento liberal pretende devolver a cada individuo toda su capacidad de elección, de manera que la sociedad se desglosa en un conjunto de intereses particulares que no pueden ser formulados sino por los propios individuos. En esta forma, la voluntad individual prima sobre cualquier otro criterio y todo reconocimiento de un valor externo al individuo supone una tran-

sacción de intereses: de ahí la necesidad de organizar jurídicamente la sociedad sobre los pilares del derecho subjetivo y el contrato. Sin embargo, aún cuando el liberalismo niega todo criterio objetivo para definir el valor, simultáneamente otorga un valor absoluto precisamente al principio de que no existen valores absolutos; lo que lleva a establecer una base objetiva de razonamiento valorativo, que está más allá de la mera transacción o contrato. No se trata aquí de un acuerdo de voluntades sino que, "objetivamente" e independientemente de las voluntades particulares, la sociedad liberal es "buena" en sí misma. Por consiguiente, si se llega a esta conclusión por vía de razón y no por la mera afirmación volitiva de un interés individual, entonces es posible que los principios y normas que determinan la estructura liberal de la sociedad se impongan sin necesidad del acuerdo de voluntades. De ahí nace el Derecho Público liberal que, si bien no tiene otra función que asegurar la subsistencia y funcionamiento de una sociedad que permita el juego de los intereses individuales, sin embargo no incorpora en su desarrollo el principio "neutro" de la autonomía de la voluntad sino que adopta un carácter fundamentalmente imperativo y su razonamiento es en gran parte de tipo político. De ahí nacen también las normas denominadas de "orden público" que no pueden ser derogadas por la voluntad de las partes y cuya presencia se encuentra incluso en el Derecho Privado: son los cimientos constructivos de la sociedad de mercado. Es interesante notar que esta contradicción interna permanente en el seno del liberalismo entre la definición del valor a nivel subjetivo y el reconocimiento de un valor objetivo constituido por los principios liberales mismos, lleva a una cierta oscilación entre las consecuencias prácticas de ambos extremos de la contradicción, al punto que, en un cierto sentido, puede decirse que el liberalismo y el autoritarismo no son necesariamente posiciones opuestas. Estas dos tendencias pueden, en algunos casos, constituir un sistema integrado, representando los dos extremos de la contradicción que coexiste en el pensamiento liberal, lo que aparece bastante claro en la concepción política de Hobbes. Y así, cuando la sociedad liberal se siente atacada en sus bases mismas, llama en su auxilio al autoritarismo político precisamente para salvar sus bases li-

(14) KELSEN, Hans.- "Théorie Pure du Droit". Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre", Dalloz, Paris, 1962, p. 1.

berales.

Pues bien, si el liberalismo postula el valor absoluto de la sociedad liberal como tal, entonces no hay inconveniente -desde el punto de vista de su propia Teoría Política- para aceptar también que el Juez cree Derecho en lo que se refiere a la implementación de los principios básicos de la sociedad de mercado. La objeción "populista" de que toda norma debe ser creada por los representantes del pueblo porque no es sino expresión de la voluntad popular, pierde fuerza. Es la razón y no la voluntad popular lo que justifica la intervención creativa del Juez; y, en este sentido, no constituye un acto "anti-democrático" el hecho de que el Juez cree Derecho por la vía de la interpretación, como tampoco es anti-democrático que pueda afirmarse la existencia de Dios sin tener que someter el punto a votación popular.

Habíamos dicho que todo el problema surgía en el interior de la filosofía política liberal, debido a sus planteamientos subjetivistas que exijan que toda imposición sobre un individuo naciera del voto popular; y hemos visto que aún dentro del estrecho marco de esa filosofía política, la objeción no resulta suficientemente fuerte. Por estas mismas razones, no se planteará el problema si abiertamente escapamos al marco liberal y pensamos que es posible establecer, en una forma u otra, ciertos criterios objetivos de valor que se imponen necesariamente sobre los intereses individuales; es así como los jusnaturalistas, y los socialistas de diverso tipo, no se sentirán afectados por una intervención judicial creativa sin contacto directo con el voto popular.

En esta forma queda levantada la objeción política a la creación de Derecho por el Poder Judicial; lo que permite que el abogado litigante pueda intentar movilizar al Juez en un sentido político proponiéndole un modo de razonamiento finalista que desborda el marco lógico-formal. Pero subsiste aún una objeción aparentemente formidable: aún cuando quisiéramos hacer un uso político y creativo del litigio judicial, esto no es posible dentro de nuestro sistema jurídico porque el Juez está legalmente limitado a aplicar la ley y no tiene margen de juego para poder intervenir creativamente. El artículo I del Título Preliminar de Código Civil establece que ninguna ley se deroga sino por otra ley. En conse-

cuencia, aún cuando fuéramos liberales pero que hubiéramos borrado nuestro prejuicio en contra del rol creador del Juez por las razones antedichas o aún cuando fuéramos jusnaturalistas o socialistas y pretendiéramos hacer algo distinto con el Derecho, no nos sería posible porque el Juez no podría aceptarnos ninguna de nuestras propuestas de interpretación ya que estaría obligado a aplicar la ley y sólo la ley. Con lo cual regresamos al punto inicial de este artículo: a la decepción sobre lo que puede hacer el abogado litigante y el Juez que se encuentran sometidos a un marco legal determinado. Parecería que, después de haber superado los obstáculos políticos, tropezamos con nuevos obstáculos, esta vez de naturaleza jurídica. Y, por ese camino, volveremos a caer en el pesimismo de Florynce Kennedy o en el de Mario Sbriccoli cuando nos dice que el jurista es por esencia un ser integrado, al servicio de la clase dominante, un colaborador activo de la dominación de la clase (15)

Habríamos llegado así a la misma conclusión negativa que André-Jean Arnaud quien afirma que, "dado nuestro sistema jurídico, si hoy en día se quisiera hacer progresar la ciencia jurídica extrayéndola del sistema jurídico en el que se encuentra inscrita, esto no sería posible por la vía de la interpretación", el sistema mismo es el resultado de la opción política de nuestra sociedad y la interpretación no es sino "un mecanismo de ejecución". (16).

IV

La objeción "jurídica" a la politización de la interpretación judicial es menos sólida cuando se la examina a la luz de las actuales teorías sobre el lenguaje y sobre la propia interpretación jurídica. Una jurisprudencia "mecánica" o una intervención meramente "fonográfica" del Juez suponen que la ley lo haya dicho todo, que todo haya sido previsto por el legislador y que los textos legales sean absolutamente transparentes. Solamente si se dan estas condiciones, podremos entender de manera tajante

(15) Cit. p. ARNAUD, André Jean.- "Le médium et le savant. Signification politique de l'interprétation juridique", Archives de Philosophie du Droit, T. XVII, Sirey, Paris, 1972.

(16) ARNAUD, André-Jean.- Op. cit. pp. 180-1.

el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; ya que sólo si es posible precisar inequívocamente lo que se entiende por ley frente a cada caso, la disposición legal mencionada tendrá, efectivamente, una función limitante inequívoca.

Wittgenstein ha desarrollado la tesis de que quizá las palabras no tienen nunca un significado definido que pueda ser aprehendido unívocamente. Por el contrario, todo lo que podemos descubrir en ellas es la forma como se las utiliza dentro de un contexto determinado (17). Dentro de este orden de ideas, no es posible señalar límites precisos al contenido de cada palabra, sino que éstas presentan siempre una indefinición respecto de la totalidad de contenidos que pueden albergar. Aún más, todos los contenidos posibles de una misma palabra pueden ni siquiera tener un punto en común que sea susceptible de constituir el núcleo de significado de esa palabra; todos estos contenidos o significados están referidos a una misma palabra sólo porque unos se conectan a los otros, aún cuando el elemento de todas estas conexiones significativas no sea el mismo siempre: "estos fenómenos (los contenidos posibles) no tienen ninguna cosa en común que nos haga usar la misma palabra para todos ellos; pero están relacionados uno al otro en formas diferentes" (18). Wittgenstein propone, por eso, utilizar el concepto de "parecidos de familia" para determinar aquello que hace que significados diversos sean acogidos por la misma palabra, ya que también los miembros de una familia se parecen entre sí sin que necesariamente exista un rasgo común a todos ellos o "núcleo de parecido": "No puedo encontrar una mejor expresión que caracterice estas similitudes que la de 'parecidos de familia'; porque las diversas semejanzas que existen entre los miembros de una familia (textura, rasgos, color de ojos, manera de caminar, temperamentos, etc., etc.) se superponen y se entrecruzan en la misma forma" (19). Esto nos lleva a que, para describir lo que significa una palabra, por ejemplo la palabra "juego", nos vemos obligados a describir juegos y agregar: "Esto y otras cosas similares se llaman 'juegos'" (20). Ni siquiera podemos establecer reglas precisas de interpretación a fin de salvar esta imprecisión del lenguaje. "Una regla está frente a nosotros como un poste de señales. ¿Pero acaso el poste de señales no nos deja también dudas sobre la dirección que debemos tomar? ... Y si hubiera no simplemente un único poste de señales sino una cadena de postes contiguos o de marcas de

pintura en la pista, ¿hay acaso una sola manera de interpretarlas?" (21). En otras palabras, dado que las reglas de interpretación están constituidas por palabras, será necesario interpretar también las reglas mismas. Ya Rousseau sostenía: "Cien veces me he hecho la reflexión cuando escribía que es imposible en un libro grande dar siempre los mismos sentidos a las mismas palabras. No hay ninguna lengua tan rica para proveer tantos términos, giros y frases como modificaciones pueden tener nuestras ideas. El método de definir todos los términos y de sustituir permanentemente la definición en el sitio de lo definido, es hermoso pero impracticable; ya que, ¿cómo evitar el círculo? Las definiciones podrían ser buenas si no se emplearan palabras para hacerlas" (22).

Todas estas ideas han germinado en la mente de los juristas y han logrado impresionar incluso a quienes, por principio, podrían haber sido los más opuestos a toda imprecisión en la aplicación de las normas jurídicas: los teóricos positivistas. Pero la honestidad intelectual de estos escritores y además —last, but not least— la experiencia jurídica cotidiana, obliga a reconocer que el Derecho no puede ser aplicado mecánicamente, que las palabras con que están redactadas las normas jurídicas tienen diversos significados posibles, que la combinación de palabras dentro de una frase normativa y la combinación de normas dentro de un sistema jurídico, así como la ubicación de la norma dentro de un contexto social determinado, ofrecen varios sentidos abiertos a la interpretación.

Kelsen nos dice en su "Teoría Pura" que "si un órgano jurídico tiene que aplicar el Derecho, hace falta necesariamente que establezca el sentido de las normas que tiene por misión aplicar; hace falta necesariamente que interprete esas normas. La interpretación es, entonces, un proceso intelectual que acompaña necesariamente el proceso de aplicación del Derecho en su progresión de un grado superior

(17) WITTGENSTEIN, Ludwig.- "Philosophical Investigations", G.E.M. Anscombe, trans., 1969. T. I, 1 (p. 3).

(18) Ibid. I, 65 (p. 31).

(19) Ibid. I, 67 (p. 32).

(20) Ibid. I, 69 (p. 33).

(21) Ibid. I, 85 (p. 39).

(22) ROUSSEAU, Jean-Jacques.- "Emile ou de l'Éducation", Oeuvres Completes. T. IV Bibliothèque de la Pléiade. Editions Gallimard. Paris, 1969. p. 345 (nota).

a un grado inferior" (23). Ahora bien, agrega Kelsen que: "La norma de grado superior no puede reglamentar en todos sus aspectos al acto que la aplicará. Queda siempre, inevitablemente, un cierto margen para el juego del poder de discreción, reducido o considerable: la norma de grado superior no es sino un marco que debe ser llenado con el acto de creación de la norma inferior o con el acto de ejecución material que aplica la norma" (24). Y en esta forma, se reintroduce la posibilidad de creación de Derecho por el Juez. Las expresiones de este autor son particularmente claras sobre el punto: "Es así como la interpretación de una ley no debe conducir necesariamente a una decisión única que se considere que es la única exacta; es posible que conduzca a varias decisiones, todas del mismo valor en la medida que se adopta como criterio de valor solamente la ley que debe ser aplicada; aún cuando una sola de estas posibilidades llegará a ser Derecho positivo por el órgano de aplicación del Derecho, particularmente, por el acto del Poder Judicial. . . En otras palabras, decir que una sentencia se fundamenta en la ley significa sólo que tal decisión se inscribe en el interior del marco representado por la ley". (25). Es así como Kelsen, sin abandonar una perspectiva esencialmente liberal del Derecho, reconoce que los intentos de construir un Derecho "mecánico" son equivocados: "Verdaderamente, la Ciencia tradicional del Derecho (se está refiriendo a los primeros planteamientos del liberalismo jurídico) no comparte en absoluto estas ideas. No quiere que la interpretación le señale únicamente el marco. . . Para esta Ciencia tradicional, la interpretación debería desarrollar un método que le permita además llenar correctamente ese marco establecido por la ley. La teoría usual de la interpretación quiere hacernos creer que, al aplicar las leyes a casos concretos, éstas no pueden proporcionar sino una sola decisión correcta, una sola; y que la "corrección" de esta decisión se fundamenta en la ley misma. . . Lamentablemente, estas ideas (de la Ciencia Jurídica tradicional) y la esperanza que alientan, no se encuentran fundamentadas. Desde el punto de vista que no toma en cuenta sino el Derecho positivo, no existe ningún criterio en virtud del cual pueda preferirse una de las posibilidades que surgen dentro del marco del Derecho aplicable. . . Dicho de otra manera: el problema se presenta porque la norma aplicable no contiene una decisión sobre cuál de los intereses en juego tiene más valor, sino que remite esta decisión —es decir, esta determinación del rango de cada

interés— a un acto de creación de normas que tiene que realizarse posteriormente; por ejemplo, la decisión judicial" (26).

En la formulación de Kelsen que antecede, encontramos todos los elementos necesarios para "politizar" la aplicación judicial del Derecho: la sentencia no es mera aplicación sino también creación de Derecho; esta creación tiene que tomar en cuenta los diversos intereses en juego; la sentencia es no solamente un acto de intelección de una norma superior sino un acto volitivo, "político", de determinación de rangos o preferencias entre intereses. ¿Cómo es posible mantener todavía la idea de un Derecho "puro" después de esto? Kelsen dirá que la Ciencia Jurídica tiene que limitarse a establecer las diferentes líneas de interpretación; a la Política le corresponderá optar entre tales interpretaciones. En consecuencia, el Juez queda disociado en dos personalidades: es un jurista y un político. En su personalidad de jurista, la Ciencia del Derecho lo lleva sólo hasta mostrarle distintas alternativas equivalentes de interpretación; después asume su segunda personalidad, se convierte en político y decide entre una de esas alternativas. La disociación del rol del Juez permite salvar, de manera un tanto esquizoide, la distinción entre Derecho y Política. Pero lo importante estriba en que ha quedado claro que la Ciencia "pura" del Derecho **no puede ser aplicada**, no puede tener vida sin el concurso de la Política y que nadie puede ser Juez sin ser necesariamente "político"; lo que conlleva que nadie puede ser tampoco abogado sin ser necesariamente "político".

H.L.A. Hart, otro de los grandes positivistas contemporáneos y teórico eminente del Derecho moderno, reconoce explícitamente que el Derecho presenta siempre una "textura abierta" (**open texture**) (27), que lleva a optar entre diversas alternativas: normas aparentemente tan unívocas como la prohibición de que ingresen vehículos al parque —que puede ser establecida en un simple afiche per-

(23) Kelsen, Hans.- "Théorie Pure du Droit". Trad. francesa de la 2a. ed. de la "Reine Rechtslehre". Dalloz. Paris, 1962. p. 453.

(24) Ibid. p. 454

(25) Ibid. p. 457

(26) Ibid. p. 457-8

(27) HART, H.L.A.- "The Concept of Law". At the Clarendon Press. Oxford, 1961. p. 121 y ss; particularmente, p. 124.

fectamente claro— permiten comprender sin lugar a dudas que no se puede ingresar al parque en automóvil o en camión, pero dan lugar a muchas dudas respecto de otros “vehículos”, tales como la bicicleta, el coche del bebe, el patinete del niño o el auto de juguete; en estos casos, la interpretación tiene que sobrepasar el texto de la ley y preguntarse sobre el propósito —la “política”— que inspiró la misma. “Por consiguiente, el lenguaje le deja (al Juez, al intérprete en general) también una discreción muy amplia; de manera que el aplicar la norma, aunque la conclusión no sea arbitraria ni irracional, implicará siempre una opción (choice)” (28). Hart denuncia que: “El vicio conocido en la Teoría del Derecho como ‘formalismo’ o ‘conceptualismo’ consiste en la actitud de formular normas que pretenden tanto disfrazar como minimizar la necesidad de la opción, una vez que la norma se encuentra establecida” con la idea de llegar a un “paraíso conceptual, de los juristas” (29). Sin embargo, esto supone “un mundo adecuado para una aplicación ‘mecánica’ del Derecho (“mechanical” jurisprudence)” es decir, un mundo estructurado de modo muy simple y uniforme: pero “decididamente, ese mundo no es nuestro mundo” (30).

Todo lo expuesto nos lleva a pensar que la jurisprudencia nunca es “mecánica”, ya que los propios teóricos del positivismo han tenido que admitirlo. Aún cuando los jueces y abogados a veces no se dan cuenta de este hecho, la aplicación de la ley resulta siempre “inconscientemente” política. En consecuencia, para comprender realmente la actividad judicial es indispensable superar sus contenidos “jurídicos” manifiestos y alcanzar sus contenidos “políticos” latentes. Es preciso hacer jurídicamente consciente el inconsciente político, a fin de lograr una intervención judicial reflexiva y en pleno uso de su poder de decisión.

V

Esta necesidad de una interpretación “política” del Juez —y, consecuentemente, del abogado litigante que tiene que proponer al Juez una aplicación de la ley— no es un mero “defecto” de nuestro Derecho debido a las imperfecciones del lenguaje. Por el contrario, constituye un factor conveniente e incluso indispensable: lo que hace más apremiante aún la toma de conciencia de este fenómeno por parte de

los profesionales del Derecho.

Como lo he señalado antes, Kelsen considera que las limitaciones de la previsión humana hacen que una norma no pueda reglamentar en todos sus aspectos la materia sometida a su imperio; de ahí el carácter inevitable de una indeterminación relativa del acto de aplicación del Derecho. Pero además Kelsen hace notar que la indeterminación del Derecho puede ser “perfectamente intencional, es decir, que la intención del órgano que creó la norma fue dejarla en cierta forma indeterminada” (31). Y Hart afirma categóricamente que: “es importante advertir que, aparte de esta dependencia del lenguaje con su textura abierta, no debemos acariciar la idea, ni siquiera como un ideal, de que la norma deba ser tan detallada que, ya sea que se aplique o no a un caso particular, todo haya sido resuelto en ella de antemano y que nunca nos encontremos al aplicarla con la necesidad de tener que escoger entre alternativas abiertas” (32). Esto no es deseable, dice Hart, porque el mundo no está constituido por un número finito de rasgos ni conocemos todas las combinaciones entre ellos. Por eso, pretender legislar como si se pudiera preveer todo es legislar en forma inadecuada y las consecuencias serán peores que si se deja intencionalmente una cierta indeterminación que el Juez se encargará de precisar. Y Jerome Frank, en su habitual estilo incisivo con el que denuncia los mitos que existen en torno al Derecho moderno, escribe: “Incluso en una sociedad relativamente estática, la gente no ha sido capaz de construir un conjunto de normas eternizadas, que abarquen todo, de manera que puedan anticipar todas las posibles controversias jurídicas y resolverlas de antemano... Mucho menos es posible lograr tal sistema jurídico congelado en los tiempos modernos. Nuevos instrumentos de producción, nuevas formas de viajar y de vivir, nuevos sistemas de propiedad y de crédito, nuevas concentraciones de capital, nuevas costumbres sociales, hábitos, objetivos e ideales: todos estos factores de innovación hacen vana la esperanza de que se puedan redactar normas legales definitivas que solucionarán para siempre todos los problemas jurídicos”. Pero la solución no consiste tam-

(28) Ibid. p. 124

(29) Ibid. p. 127

(30) Ibid. p. 125

(31) KELSEN, Hans.- Op. cit. p. 465

(32) HART, H.L.A.- Op. cit. p. 125

poco en cambiar frecuentemente las leyes; de lo que se trata más bien es de hacer flexible a la ley, de manera que pueda ir adaptándose a las nuevas necesidades sociales. "Nuestra sociedad se encontraría en camisa de fuerza si el Poder Judicial, con la ayuda competente de los abogados, no estuviera constantemente remozando (**overhauling**) la ley y adaptándola a las realidades de condiciones sociales, industriales y políticas en constante cambio". Por todo ello, "el Derecho tiene que ser de todas maneras más o menos flexible, experimental y, por eso mismo, no tan encantadoramente calculable. **Mucho de la incertidumbre de la ley no es un accidente infortunado; tiene un inmenso valor social**" (el subrayado es del propio J. Frank) (33).

Esta indeterminación intencional de la ley se manifiesta bajo múltiples aspectos. De un lado, nos encontramos con la tendencia actual a la eliminación de definiciones dentro del texto de la ley; tendencia que en el Perú hemos recibido del Código Civil alemán de 20 de agosto de 1896 (**Bürgerliches Gesetzbuch**, conocido como el BGB, que aún se encuentra vigente tanto en Alemania Occidental como en Alemania Oriental). Esta ausencia de definiciones permite que el contenido de los términos pueda ser precisado por la jurisprudencia a medida que van variando las condiciones de su aplicación. El margen de discreción que se otorga en esta forma al Juez puede ser bastante grande y alcanza incluso a las áreas del Derecho consideradas más "técnicas" o independientes de las condiciones sociales y económicas en que se aplicarán, como el caso del Derecho de Obligaciones. Imaginemos, por ejemplo, la obligación de dar que tiene el arrendatario de una embarcación respecto del propietario de la misma: está sujeto a una obligación insoslayable de devolver la embarcación a su dueño al término de la locación. Sin embargo, poco antes del vencimiento del plazo, la embarcación naufraga por culpa del arrendatario y queda sobre el fondo marino a 100 metros de profundidad. Técnicamente, es posible reflotar la embarcación y repararla; sin embargo, los costos de colocarla a flote en su estado original son superiores al dad. Técnicamente, es posible reflotar la embarcación y repararla; sin embargo, los costos de colocarla a flote en su estado original son superiores al valor mismo de la embarcación. ¿Qué derechos tiene en este caso el acreedor, es decir, el dueño de ella? No cabe duda que podría exigir el pago del precio, más los daños y perjuicios. Pero, ¿podría, si lo qui-

siera, exigir que le entregue el arrendatario su propia embarcación, cueste lo que cueste el reflotamiento y la reparación? El problema estriba en determinar lo que debe entenderse por "pérdida de la cosa". En ninguna parte del Código encontraremos una definición de este concepto. Aparentemente, en el caso planteado, la cosa no se ha perdido puesto que técnicamente es susceptible de recuperación y reparación. Sin embargo, el Juez podría hacer uso de la indefinición de la "pérdida" y razonar de la siguiente forma: (a) la embarcación no tiene ningún carácter especial para su dueño, de modo que puede ser sustituida por otra similar; (b) la lógica de una sociedad de mercado se funda en que deben protegerse los intereses **reales** de los individuos y asegurarse una buena fe contractual necesaria para la interacción de tales intereses; (c) dentro de esa lógica, una cosa puede considerarse perdida **desde el punto de vista económico**, aunque no ocurra su pérdida física o técnica, siempre que su costo de reparación sea notoriamente desproporcionado en relación con el valor de la cosa; (d) por todas estas consideraciones, debe concluirse que la **embarcación** se ha perdido y el arrendatario puede **cumplir con su obligación** simplemente pagando el precio y los daños y perjuicios. Resulta evidente que el razonamiento habría sido diferente dentro de una sociedad en la que los bienes no se consideran objetos intercambiables y sustituibles sino, por ejemplo, extensiones de la personalidad que no pueden ser reemplazadas u obras de arte originales. En cambio, en una sociedad de mercado en la que predomina la producción en masa y todo objeto es en mayor o menor grado una mercancía y donde las decisiones se basan en un análisis de "costo/beneficio", puede resultar excesivo —¿injusto?— otorgar al acreedor el derecho de exigir la devolución de la cosa misma cuando esta devolución resulta más costosa que el valor económico de la cosa. Ahora bien, la indefinición de la palabra "pérdida" permite ajustar la norma a las condiciones del caso y a las bases económico-sociales de la relación.

En segundo lugar, otro procedimiento utilizado para lograr una indeterminación intencional de la norma consiste en el uso de lo que los intérpretes del BGB han llamado "**generalklauseln**", es decir,

(33) FRANK, Jerome.- "Law and the Modern Mind". Doubleday, Anchor. New York, 1963. p.p. 6-7.

conceptos de contenido muy amplio, cuyo sentido debe establecerse en cada caso en función de ciertas pautas generales. Este es el caso, por ejemplo, de las nociones de "buena fe" (art. 1328 del C.C.), "orden público" y "buenas costumbres" (art. III del T.P. del C.C.), "interés legítimo" (art. IV del T.P. del C.C.), "tolerancia recíproca" (art. 859 del C.C.), "interés social" (art. 34 de la Constitución) el "ordenado comerciante" y el "representante leal" (art. 172 de la Ley de Sociedades Mercantiles) y muchas otras nociones que ya se han hecho tradicionales en el Derecho y que están presentes explícita o implícitamente en muchos de los ordenamientos legales vigentes, como la del "buen padre de familia", el "hombre razonable", etc. Du Pasquier denomina a estas nociones como "standards" o "conceptos flexibles" y señala que tienen una gran importancia porque permiten cubrir un alto número de situaciones que hubieran sido difícilmente tipificables en la legislación (34). El poder discrecional que otorgan al Juez es también muy grande. En el Derecho norteamericano, por ejemplo, es conocida una Ejecutoria que haciendo uso del "standard" del "hombre razonable" limitó sustancialmente la obligación de pagar daños y perjuicios en caso de incendio, teniendo en cuenta lo que puede ser considerado razonable dentro de las condiciones sociales, económicas, comerciales e incluso psicológicas existentes en un país en pleno desarrollo capitalista. El incendio se habría originado en un cobertizo de propiedad de una Compañía de Ferrocarriles; pero las llamas alcanzaron la casa del demandante ubicada a treinta o cuarenta metros de dicho cobertizo. La pregunta era: "¿Es responsable el propietario del primer inmueble frente al segundo propietario por el daño causado por tal incendio?" El Juez consideró que amparar la demanda implicaría crear un tipo de responsabilidad contra la cual no habría manera de precaverse porque, entre otras cosas, "una persona puede asegurar su propia casa o sus muebles, pero no puede asegurar la casa o los muebles de su vecino". "En un país comercial, cada persona, hasta cierta medida, corre con el riesgo de la conducta del vecino y cada persona, gracias a los sistemas de seguros contra tales riesgos, está en posición de obtener una razonable seguridad contra las pérdidas. Descuidar la precaución de tomar un seguro y exigir una indemnización del vecino en cuya propiedad se originó el fuego, implicaría aplicar un castigo más allá de la ofensa cometida... (El demandado) sólo puede ser responsable por los daños directos ocasionados por sus

actos, pero no por los daños remotos" (35). También dentro del Derecho peruano, la combinación de la ausencia de definiciones con el uso de expresiones más o menos generales en la redacción de las normas lleva a que muchas reglas jueguen el papel de "generalklauseln". Por ejemplo, cabría válidamente preguntarnos si la palabra "contribuir" a causar el daño del artículo 1141 de nuestro Código Civil no podría ser interpretada por un Juez peruano dentro de lineamientos similares a la Ejecutoria norteamericana comentada, en el caso que la práctica del seguro contra incendios estuviera igualmente generalizada en el Perú: el propietario del segundo o tercer inmueble incendiado habría contribuido a producir su propio daño económico al actuar imprudentemente por no contratar una póliza de seguro, cuya indemnización habría limitado o reducido los efectos económicos negativos del primer incendio.

Un tercer procedimiento de indeterminación voluntaria consiste en legislar sobre una determinada materia con muy pocas reglas, lo que posibilita al Juez un gran margen de creatividad. Este es el caso, por ejemplo, de la responsabilidad extracontractual dentro del Derecho Civil peruano. Un campo tan amplio y tan rico de situaciones resulta normado casi exclusivamente por sólo doce reglas (arts. 1136 a 1148 del C.C.); y la regla básica está redactada de manera tan general que funciona casi como una "generalklauseln": "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo". Esto es todo. Con esta formulación tan amplia, el Juez tiene que apreciar si se trata de un hecho generador de responsabilidad, si se ha producido daño, el monto indemnizable, la relación de causalidad entre el hecho y el daño, los límites causales y el nivel de exclusión de los daños a terceros (daños que son consecuencia a su vez, de aquellos causados directamente por el descuido o la imprudencia), etc. Para apreciar el grado de discrecionalidad del Juez en la aplicación de esta norma, basta compararla con otras normas del mismo Código desde el punto de vista de su generalidad y abstracción; véase, por ejemplo, el artículo 864 ("Todo propietario puede exigir que se corten las ramas de

(34) DU PASQUIER, Claude.- "Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica". 2a. ed. Librería Internacional del Perú. Lima, 1950. No. 119. p. 111.

(35) Ryan v. New York Central R.R., Court of Appeals of New York, 1866. 35 N.Y. 210.

los árboles que se extiendan sobre su propiedad, y puede él mismo cortar las raíces que la invadan”) apunta a una situación muy concreta y precisa. Ahora bien, la amplitud del artículo 1136 es conveniente y necesaria porque sería imposible hacer una lista de situaciones que constituyen “daños reparables” ni establecer una tarifa adecuada de indemnizaciones. Por consiguiente, en campos como éste, el Poder Judicial está en mejor aptitud que el legislador para crear la norma que resuelva el caso; es decir, la ley escrita resulta un instrumento demasiado grueso para normar estos casos y por eso es más conveniente dejar la solución en manos del Juez, quien puede realizar una apreciación más fina de las circunstancias, evaluar los intereses en juego, determinar la “política” y encontrar la solución adecuada. En muchos casos, este rol “político” de la jurisprudencia ha permitido crear nuevos conceptos jurídicos, establecer nuevas “políticas” y preparar el camino de la legislación futura. Este es el caso, por ejemplo, de la noción de “competencia desleal” que recién se incorpora al Código de Obligaciones Suizo en el año 1911 (art. 48); sin embargo, este principio no habría surgido intempestivamente en la mente del legislador sino que había sido aplicado por los Tribunales durante muchos años por la vía de la responsabilidad extra-contractual: el artículo 50 del antiguo Código de Obligaciones Suizo —cuya redacción es muy similar a la del artículo 1136 de nuestro actual Código Civil— habría permitido que los Tribunales desarrollaran una “política” de protección de la empresa privada honesta, asegurando así las condiciones necesarias para el funcionamiento suave de una economía de mercado (36). Lo mismo puede decirse de nuestra legislación sobre inquilinato que ha sido desarrollada en gran parte muchas veces dentro de líneas “políticas” —poco consistentes— por la jurisprudencia; y un ejemplo particularmente notable en el Derecho Peruano lo constituye nuestra legislación laboral.

VI

Vemos, pues, que la aplicación de la norma legal deja un amplio margen de creación al Juez, quien tiene que escoger entre diversos valores, es decir, definir una “política”. Por otra parte, hemos visto también que, en algunos casos, la actividad del Juez es mucho más eficiente que la actividad de legislador con el propósito de lograr ciertos objetivos sociales, debido a que permite una apreciación

más fina del caso y a que el Juez se relaciona con personas y conductas concretas mientras que el legislador trabaja a un nivel general y abstracto.

Esta especificidad irremplazable de la creación de Derecho por el Juez ha llevado a que, en ciertas circunstancias, el propio Estado haya optado por enervar la acción judicial para lograr transformaciones sociales que no era posible implantar sólo “desde arriba” mediante textos legales.

Un caso particularmente impactante es el de la introducción del Derecho soviético en las comunidades tradicionales de Asia Central. Hacia el fin de la década de 1920, el Gobierno soviético pretendía someter todos los grupos culturales existentes dentro del territorio de la URSS a la ideología y a la organización político-jurídica del Estado socialista. Sin embargo, los pueblos musulmanes del Asia Central soviética eran abrumadoramente tradicionales y no aceptaban el cambio; la ideología marxista y el élan revolucionario eran vistos como actitudes exóticas. Por otra parte, tampoco se daban ninguna de las condiciones de la teoría marxista para una transformación revolucionaria: no solamente no habían clases sociales propiamente dichas en lucha, sino que ni siquiera existía una élite y una contra-élite cuyas tensiones pudieran dinamizar la sociedad. Dentro de este cuadro, la legislación socialista estaba destinada a quedar como letra muerta; se hacía necesaria una verdadera “revolución cultural”. Lo interesante es que el verdadero mobilizador del Derecho —o más particularmente, del litigio judicial— fue utilizado para crear la dinámica deseada. Dentro de esta línea, se descubrió que las únicas tensiones existentes se daban en el interior de la familia tradicional de tipo paternalista; la condición disminuida de la mujer presentaba una de las condiciones objetivas de dinamización revolucionaria, aunque las mujeres no tuvieran consciencia de su “explotación”. En consecuencia, para crear las condiciones subjetivas necesarias, se hizo uso del Derecho con el propósito de conscientizar a las mujeres a través de la “lucha judicial”. El objetivo era emancipar a la mujer como individuo, lo que subvertiría los patrones tradicionales de autoridad, debilitaría las formas existentes de propiedad familiar, cuestionaría los valores sociales, culturales y religiosos que mantenían a la mujer recluida en el hogar y aportaría un nuevo caudal de

(36) DU PASQUIER, Claude.- Op. cit. No. 86, p. 83.

mano de obra para la producción socialista. Es así como los dirigentes políticos promovieron un clima intenso de litigios entre las mujeres y sus esposos o padres: juicios sobre la igualdad de la mujer dentro del hogar, sobre la administración de los bienes comunes y muchos juicios de divorcio. Esta "guerrilla judicial" de las mujeres fue muy efectiva en la transformación de la mentalidades y de las conductas de los hombres y de la sociedad entera; al punto que difícilmente hubiera podido concebirse la implantación coercitiva de la legislación soviética por la vía administrativa o penal, si no hubiera habido previamente una puesta en acción de una actitud "subversiva" que minó el orden establecido por la vía judicial. (37).

Sin embargo, esta creación judicial de nuevas pautas judiciales se ha realizado en muchos casos en forma independiente del Estado, respecto de áreas que no habían preocupado mucho a la política estatal; y a veces, esta "política" judicial se ha desarrollado incluso contra la política estatal. Recientemente, en Italia, se han producido sentencias plenamente conscientes de su rol "político", que han ido mucho más lejos de lo que el Poder Legislativo o el Poder Ejecutivo estaban dispuestos a realizar. Es así como, mientras se encontraba bloqueado en el Congreso un proyecto de ley contra la contaminación ambiental, un Juez creó una verdadera revolución al amparar una acción contra una fábrica por los daños que producían sus humos, basándose en una regla tradicional parecida al artículo 859 del Código Civil peruano. Esa norma que prohíbe los humos que exceden de la tolerancia que se deben los vecinos, había sido concebida en función de una sociedad de pequeños propietarios que no debían molestarse mutuamente; una interpretación de acuerdo a una nueva "política" permitió usarla contra una gran empresa moderna, determinándose incluso que las autorizaciones y licencias del Poder Ejecutivo para la instalación de la fábrica no podían prevalecer contra la regla del Código. Otro Juez italiano se encontró frente a un caso de contaminación de aguas marinas por desagües industriales: decidió cerrar una fábrica de 3,000 obreros a pesar de las protestas del Sindicato, de los dueños y del Gobierno; y para ello se basó en una ley sobre alimentos peligrosos considerando como "alimento" el agua de mar que podían beber accidentalmente los bañistas. Podemos imaginar el complejo razonamiento político de ese Juez y las dudas que debe haber tenido al

escoger entre los valores sociales tan graves que estaban en juego.

Los protagonistas de esta "lucha política" que no pretende tomar el Poder Legislativo ni el Poder Ejecutivo sino realizar ciertos valores sociales a través del Poder Judicial, son primordialmente los Jueces y Tribunales. Pero no puede dejar de reconocerse la parte que corresponde al abogado litigante, en su calidad de mobilizador del Derecho. Mientras la norma existe en un texto legal, está —por así decirlo— en la "refrigeradora" a la espera de que alguien proceda a descongelarla y ponerla en acción. Ese alguien que se encarga de poner la norma en acción es precisamente el abogado al asesorar a su cliente, al indicarle cómo debe actuar; y el abogado litigante va aún más lejos pues pone el Derecho en acción **de guerra**. Los Jueces no podrían crear Derecho si los abogados no les sometieran los casos que es preciso definir. En este sentido, los abogados constituyen la puerta de ingreso al sistema judicial; las dimensiones y las características de dicha puerta facilitan o limitan el rol "político" del Poder Judicial. Si la estrecha formación de los abogados los lleva a desalentar un cierto tipo de litigio porque consideran que no hay bases legales suficientes para defenderlo, los Tribunales no podrán solucionar la laguna; en cambio, si el abogado es consciente de las diversas alternativas que ofrece el texto legal, llevará ante los Tribunales problemas en los que éstos deberán actuar creativamente. Pero el abogado litigante no es una mera puerta de ingreso: es también un "pre-Juez" que debe encontrar creativamente una solución para su cliente y proponerla al Juez; toda demanda —y, particularmente, todo alegato— es una propuesta de sentencia, cuya elaboración conlleva la necesidad de un razonamiento entre alternativas de interpretación que, según hemos visto, sólo pueden ser dirimidas con criterios de "política". El Juez examina las "pre-sentencias" formuladas por cada uno de los abogados y hace suya una de tales posiciones, teniendo en cuenta además las repercusiones "políticas" de tal solución respecto de otros casos similares.

(37) MASSELL.- "Law as an Instrument of Revolutionary Change in a Traditional Milieu: The Case of Soviet Central Asia", 2 Law and Society Rev. 179 (1967).

La labor del abogado como creador del Derecho, mobilizando el sistema judicial y desarrollando una indiscutible labor de agitación a través de una especie de "guerra privada" judicial o "guerrilla jurídica", es patente en la evolución del Derecho Laboral peruano. A partir de una legislación desordenada, los abogados han ido conquistando para sus clientes cada vez mayores beneficios sociales a través del litigio cotidiano. A fuerza de pleitear tercamente, han ido ensanchando los marcos impuestos por la ley y adelantándose a la actividad legislativa. Es indudable que muchos de los actuales beneficios sociales no existirían si los abogados laboristas que defendían a los trabajadores hubieran adoptado una actitud tímida frente a la ley y hubieran desaconsejado a sus clientes la iniciación de juicios cuyos fundamentos legales no eran tan claros. En este campo hemos visto como la jurisprudencia —promovida por abogados imaginativos y por jueces audaces— se anticipado muchas veces a la ley y ha prepadado las bases de una reglamentación legislativa. Y hemos visto también como la creación judicial de Derecho no solamente facilita una consagración legislativa posterior de las reglas en forma más real y completa, sino que además puede sustituir en ciertas ocasiones con ventaja a la labor legislativa: prueba de ello es que hasta la fecha no existe un Código del Trabajo por el solo temor de que pudiera producir un efecto anquilosante en la actividad judicial; esta creación judicial del Derecho se considera que, por el momento, sustituye con ventaja a la creación legislativa en la tarea de dinamizar y readaptar constantemente el Derecho Laboral.

Otro ejemplo, de esta actividad, irremplazable de abogados litigantes y de Jueces, lo encontramos en el campo de la defensa del consumidor y en la lucha contra la contaminación ambiental. En este sentido, un ejemplo notable es la labor pionera de Ralph Nader, quien quijotesicamente ha enfrentado con éxito los grandes grupos de poder norteamericanos a fin de que el débil e indefenso consumidor obtenga un producto bueno y seguro del gran fabricante. Los "abogados ambientales" (*environmental lawyers*) han proliferado recientemente en los Estados Unidos y constituyen un nuevo "cliente" de las Escuelas de Derecho más tradicionales de ese país. Es sabido que los grandes Estudios, que normalmente tienen a su cargo la defensa de los grupos de

poder, acuden anualmente a dichas Escuelas para reclutar a los mejores estudiantes, ofreciéndoles posiciones social y económicamente muy ventajosas; lo que implicaba hasta hace poco que el buen alumno de Derecho se orientara normalmente hacia ese tipo de ejercicio profesional. "El espectro de roles posibles para el abogado era estrechado por las Escuelas de Derecho al diseñar su currículum de manera de satisfacer las necesidades de Wall Street, La Salle Street y sus satélites menores" (38). A este respecto, nos dice Ralph Nader que: "En la formación del abogado, las Escuelas de Derecho han sido negligentes por décadas al rechazar el preguntarse las cuestiones difíciles, al rechazar reunir la información incómoda y al no facilitar oportunidades para que los estudiantes por sí mismos puedan comprender lo que es injusto y prepararse para luchar contra tales injusticias desafiando las pretensiones y cánones de la profesión. Verdaderamente, las Escuelas de Derecho ni siquiera vieron la necesidad de investigar el poder político-económico que se extiende por el orden jurídico persiguiendo su propia ventaja... Las Escuelas de Derecho, que pretenden ser la vanguardia de las preocupaciones y de la consciencia de la profesión; eran rigurosamente irrelevantes con relación a las crisis cada vez más profundas del Derecho que reflejaban los conflictos en las relaciones sociales, económicos y políticas del país. Una pedagogía aristocrática proyectaba en los estudiantes una imagen a-crítica, de acuerdo a alguno de los alineamientos de poder en la sociedad: los grandes negocios, las grandes burocracias..." (39). Sin embargo, el hecho de que uno de los alumnos más brillantes — como es el caso de Nader— egresado con los primeros puestos de una de las Escuelas de Derecho más tradicionales y rigurosas —como la de Harvard— hubiera adoptado una línea distinta, ha abierto nuevas posibilidades profesionales al actual estudiante norteamericano de Derecho. La Fundación Ralph Nader, que tiene a su cargo la defensa judicial de aquellos que no pueden pagarse abogados costosos a pesar de la importancia social de sus casos, se ha convertido en un competidor muy importante de los Estudios de Wall Street en el reclutamiento dentro de las Universidades

(38) NADER, Ralph.- Introducción al libro "With Justice for Some: An Indictment of the Law by Young Advocates", editado por Bruce Wasserstein y Mark J. Green, Beacon Press, Boston, 1970 p. X.

(39) Loc. cit.

de los abogados jóvenes más destacados; y a ella se han sumado ahora un gran número de otras organizaciones de carácter lucrativo que solicitan abogados con el mismo propósito. El litigio judicial ha sido considerado como palanca a través de la cual podrían actuar los simples ciudadanos, asesorados por sus abogados, para cautelar y hacer efectivamente vigentes ciertos valores sociales que podían ser avasallados por el dinamismo aplastante de la empresa privada en su afán de maximización del interés particular y respecto de los cuales el Estado aún no había tomado conciencia de la necesidad de su intervención: mecanismos de seguridad en los artefactos socialmente peligrosos, honestidad en la oferta de productos al mercado, conservación de zonas paisajistas, relación veraz entre la publicidad y la fabricación, reducción de los costos "ocultos" —debido a que no aparecen en ninguna contabilidad— del proceso productivo que son trasladados subrepticamente por los productores al público en general por el hecho de no gastar en dispositivos anti-contaminantes y que se manifiestan como un aumento de las enfermedades en los pulmones a causa del "smog" de las ciudades, como un incremento de la tasa de intoxicaciones a causa de la contaminación del agua, etc. Un abogado "ambientalista" señala: "El Derecho ambiental tiene que ser algo más que un tema de estudio aislado de un estudiante o profesor, si se quiere que los Tribunales y los abogados litigantes jueguen un rol significativo en el movimiento ambientalista (**enviromental movement**). Tiene que ser un cuerpo de doctrina y de normas que posibiliten a quienes lo practican para ganar juicios, para neutralizar las afluencias de la abundancia y para prevenir que la junga de asfalto sustituya la mayor parte de las zonas todavía verdes de la tierra" (40).

Evidentemente, una "acción política" por la vía judicial, requiere ciertas condiciones. En primer lugar, se hace necesario que los Jueces y abogados tomen conciencia de sus posibilidades creativas a fin de realizar una política coherente e intencional. En muchos casos, los Jueces y abogados han sido educados dentro de una versión "pop" del positivismo kelseniano que, olvidando aspectos esenciales del pensamiento de Kelsen, los ha llevado a pensar que su labor es fundamentalmente mecánica o silogística. Sin embargo, en razón de lo antes expuesto sobre la imposibilidad de distinguir tajantemente entre la creación y la aplicación de las normas legales, parecería que los Jueces no puedan dejar de optar entre

diversas alternativas igualmente válidas, recurriendo a criterios externos al orden positivo. En consecuencia, la teoría de la aplicación mecánica no conduce en ningún caso a una actividad judicial apolítica —lo que parece ser imposible— sino a una actividad política inconsciente, a una política que se desconoce a sí misma. De ahí que solamente será posible alcanzar niveles más altos de racionalidad judicial cuando todos los elementos de la decisión judicial —incluyendo los políticos— sean explícitos. En segundo lugar, es imperativo que el razonamiento del Juez pueda ser conocido y discutido; lo que supone resoluciones fundamentadas y publicadas. Lamentablemente, muchas de las resoluciones judiciales carecen de una fundamentación suficiente; precisamente porque asumen que la única base de la decisión es alguna disposición legal entendida axiomáticamente. Una medida que indudablemente ha conducido a empobrecer nuestra jurisprudencia en aras de la celeridad judicial, es la supresión de la vista fiscal. El dictamen del Fiscal en todas las causas sometidas a la Corte Suprema era un magnífico pretexto para obligar a explicitar el razonamiento interpretativo: era preciso realizar una exposición de los hechos que se tenían como relevantes y un análisis de las disposiciones legales aplicables. Este requisito fue suprimido, debido a que la intervención de un funcionario adicional al personal de la Corte creaba un cierto cuello de botella en la tramitación de los expedientes y dilatava demasiado el procedimiento. Por eso se prefirió sustituir ese dictamen fiscal por una exposición oral de uno de los propios Vocales a quien se encarga el estudio del caso. Pero en esta forma el razonamiento judicial se hizo "secreto" en la medida que las partes y el público en general no pueden conocer el informe del Vocal ponente. Dentro de este orden de ideas, podría mejorarse el sistema sin perder mayormente en celeridad si se exige que el Vocal ponente presente sus conclusiones por escrito y que tal informe pase a formar parte del expediente; ya que la demora que existía antes se debía no tanto al hecho de que el dictamen fuera presentado por escrito sino a la intervención de una persona —el Fiscal— que no integraba la Sala, lo que exigía la remisión del expediente con toda la

(40) SIVE.- "Some Thoughts of an Enviromental Lawyer in the Wilderness of Administrative Law 70 Columbia Law Review 612.

secuela de trámites burocráticos que ello implica. Ahora bien, no basta que exista una resolución fundamentada, sino que además ésta debe ser difundida de manera que pueda influir sobre los futuros casos similares. Para ello se hace necesario que el propio Poder Judicial se interese en promover la publicación completa y oportuna —no después de varios años— de sus Ejecutorias. Adicionalmente, resulta indudable que, sintiéndose los Jueces y Tribunales “en vitrina” y sometidas sus decisiones al análisis de abogados, Programas Académicos de Derecho y público en general, la calidad de tales decisiones mejoraría notablemente. Por último, en tercer lugar, sería deseable pensar en una reforma del Código de Procedimientos Civiles que contemple la posibilidad de introducir procedimientos judiciales de acción “masiva”, de naturaleza semejante a la de la llamada “class action” del Derecho norteamericano. De esta manera un pleito privado puede convertirse en un beneficio colectivo en la medida que todas las personas que se encuentran en situación similar a la de aquella que ganó el juicio, pueden plegarse a la acción promovida probando únicamente la identidad de los hechos básicos y sin que sea necesario que el Juez se pronuncie de nuevo sobre los aspectos de Derecho que ya han sido resueltos en el juicio principal. Este tipo de procedimientos es particularmente útil para la defensa del consumidor debido a que basta que una persona gane un juicio de daños y perjuicios contra el fabricante de un tipo de producto defectuoso o peligroso, para que todas las demás personas que han adquirido productos similares puedan percibir también su parte en la indemnización correspondiente. En esta forma se reducen notablemente los gastos del proceso en la medida que se prorratan entre un gran número de beneficiarios, lo que permite también la actuación de pruebas costosas que no estarían al alcance de un solo litigante individual y que, por esa razón, originan una inmunidad de facto en favor de los fabricantes.

VII

Queda por formular una última observación sobre el tema, que tiene una importancia decisiva en relación al problema planteado; se trata de un aspecto que condiciona la correcta intelección de lo más esencial de los planteamientos sugeridos en este artículo. Me estoy refiriendo al sentido de las palabras “política” y “politización”, que han sido am-

pliamente utilizadas en el curso de la exposición.

Para muchos lectores poco avisados, “política” es exclusivamente la actividad del Poder Ejecutivo o la actividad e intereses del Gobierno.

Entendido así el término, parecería que el presente artículo al hablar de “politización” del litigio ha propugnado una subordinación expresa e intencional de la actividad judicial a las directivas del Gobierno. Y, por consiguiente, cuando hablamos de la necesidad de preparar a los jueces para un razonamiento político parecería que estamos proponiendo que los jueces sean debidamente informados de las metas del Gobierno a fin de que apliquen un razonamiento meramente instrumental en virtud del cual sólo se debe tener en cuenta la implementación, defensa o reforzamiento de dichas metas.

Nada más lejos de nuestra concepción de la actividad judicial. Ciertamente, si pensáramos que los jueces deben identificarse con los objetivos gubernamentales hasta pasar a convertirse prácticamente en funcionarios administrativos al servicio del Poder Ejecutivo, más simple y más directo sería propugnar la abolición del Poder Judicial. Sin embargo, a pesar de la necesidad de “politizar” la actividad judicial, pienso que la independencia intelectual y decisonal de los jueces y Tribunales debe jugar todavía un rol básico de equilibrio como parte de un delicado sistema de frenos y contrapesos en la vida social; y, dentro de ciertas circunstancias, este rol puede encontrarse incrementado con la “politización”, propuesta hasta alcanzar niveles insospechados incluso para posiciones “puristas” del Derecho que pretendían precisamente contribuir a ese ideal de contrapeso.

En realidad, cuando me he referido a “politización” he querido indicar que la ley no basta por sí sola para resolver una controversia y que es preciso e inevitable recurrir —consciente o inconscientemente— a otros elementos para realizar una opción entre las diferentes alternativas igualmente válidas de interpretación que el Derecho positivo ofrece. Y estos otros elementos no pueden ser otra cosa que valores, ideas del Juez sobre lo que es socialmente conveniente frente a un caso concreto, principios, “políticas”. He agregado además que esta “incompletitud” de la ley no es un mal sino que, por el contrario, tiene la ventaja de permitir una mejor

adaptación del orden jurídico a las nuevas circunstancias y a los nuevos ideales de una sociedad. En consecuencia, el Juez puede aprovechar esta "textura abierta" del ordenamiento positivo para trazar líneas coherentes de acción basadas en apreciaciones de carácter general, esto es, para trazar intencionalmente "políticas" con relación a ciertos aspectos de la vida social; la difusión de estas decisiones judiciales coherentemente intencionadas producirá un "efecto-demostración" en las personas que pudieran estar en el futuro involucradas en situaciones similares y, por esa vía, se logrará un cambio efectivo de conductas.

Pues bien, lo que no he dicho en ningún momento es que esos elementos que están más allá del mero texto legal, que esos valores, ideas, principios o "políticas" tenga el Juez que recibirlos del Poder Ejecutivo. Por el contrario, una auténtica "politización" del Poder Judicial —y no una mera inmola-ción del Poder Judicial en el altar del Poder Ejecutivo— supone que ese inevitable razonamiento político sea un razonamiento **propio**. Los valores, las "políticas" tienen que ser decididas por los Jueces mismos en base a su particular comprensión de los aspectos sociales del problema **sub-litis**. Si no fuera así, si los Jueces buscaran sus fuentes en la palabra oficial o extraoficial del Gobierno, no podríamos hablar más de un Poder Judicial independiente; y sin la independencia, el Poder Judicial deja de ser tal para convertirse en parte del aparato administrativo del Estado. En realidad, esta "politización" de la actividad litigiosa de Jueces y abogados debe ser una reflexión política personal y una opción valorativa que cada uno de los protagonistas del drama debe decidir.

Tal reflexión política propia puede coincidir con la política gubernativa o de las entidades públicas; pero puede también no coincidir. Ya he mencionado antes el caso del Juez italiano que decide cerrar una fábrica aún cuando el Gobierno había otorgado todas las licencias necesarias y tenía interés político —en razón de la posición de los Sindicatos y del número de personas que quedaban sin trabajo— e interés económico —en razón de las ventajas para el país de la producción de tal fábrica— de que no se adoptara esa medida. Sin embargo, el Juez consideró que su responsabilidad era realizar una nueva síntesis de los elementos legales, políticos y económicos en juego y llegar a conclusiones propias, sin tratar de evadir ingenuamente el problema

político bajo el pretexto de la "pureza" o el "tecnicismo" del Derecho; ese Juez sabía que, en tales circunstancias, la "neutralidad técnica" del Derecho era siempre una forma de amparar alguno de los intereses en juego, eludiendo la responsabilidad directa de la opción. La importancia de esta actitud es grande, si se tiene en cuenta la importancia que actualmente tiene el Gobierno y, particularmente, las empresas públicas en la actividad económica. Mientras la empresa privada tenía el rol preponderante en la economía, las consecuencias negativas de su empuje podían ser controladas de dos maneras: por la vía judicial o por la vía administrativa. Los "costos ocultos" manifestados en la mala calidad del producto o en la contaminación ambiental o en cualquier otra consecuencia similar —que las empresas privadas desplazaban a sus consumidores, sus trabajadores o al público en general— podían ser resarcidos judicialmente acudiendo a la responsabilidad contractual o extracontractual; o podían dar lugar a una sanción administrativa, a una multa. En ese entonces, el Gobierno era un tercero teóricamente independiente que dirimía —al igual que el Poder Judicial, aunque desde otra perspectiva— entre intereses privados en conflicto. En cambio, a partir del momento en que los mayores productores son las empresas públicas no es posible pensar en un control administrativo muy estricto ya que éste se transforma más bien en auto-control. En consecuencia, la necesidad del rol dirimente del Poder Judicial se acentúa por el hecho de que teóricamente constituye la única instancia que conoce el conflicto con la calidad detercero independiente. La defensa del consumidor, la lucha por mejores condiciones laborales o la lucha contra la contaminación ambiental pueden tornarse en meras ilusiones cuando el Estado es el principal empresario-fabricante y cuando el Poder Judicial claudica en la función que le es propia al convertirse en un instrumento más de acción de la parte más fuerte, i.e., el Sector Estatal.

De todo lo expuesto podría concluirse tentativamente que los cambios sociales pueden introducirse por la vía jurídica en dos formas distintas. De un lado, estos cambios pueden ser realizados "desde arriba", por iniciativa del Gobierno, como es el caso de la Reforma Agraria Peruana. En esta hipótesis, los cambios se preparan mediante la dación de leyes y se implementan con una política enérgica del Poder Ejecutivo; sin perjuicio de una acción de ciertos grupos sociales de presión que pueden motivar, por

medios no jurídicos, la dación de la ley y la adopción de la política administrativa necesarias. De otro lado, los cambios pueden ser introducidos "desde abajo", como iniciativa directa de los interesados, por intermedio de la actividad cotidiana de abogados y Jueces. Este es el caso, por ejemplo, de gran parte de nuestro Derecho Laboral. Se trata aquí de un Derecho creado fundamentalmente por la vía jurisprudencial en el que abogados y Jueces han realizado una verdadera actividad política, erosionando poco a poco las bases sociales vigentes. Estos cambios "desde abajo" pueden coincidir con la política gubernamental, como el caso que hemos mencionado del Asia Central soviética. Pero pueden también, eventualmente, ir más allá de la política del Gobierno o hasta ir en contra de los intereses inmediatistas de las empresas públicas o de la administración

estatal; y es bueno que así sea.

Ahora bien, la importancia que he asignado en este artículo al Poder Judicial obedece a una convicción personal profunda en el sentido que abogados, Jueces y Tribunales tiene un rol clave que jugar en cualquier tipo de sociedad que aspire a organizarse dentro de un cierto margen de libertad política, ya sea capitalista o socialista. De ahí que la conclusión final, la conclusión grande, tiene que ser la necesidad de contar con un Poder Judicial modernamente equipado en personal, en ideas y en sistemas de trabajo que aliente y respalde valientemente una reflexión política propia de abogados, Jueces y Tribunales, independiente de toda presión del poder económico o del poder político, cualquiera que sea su procedencia.

COORDENADAS PARA LA FORMULACION DE UNA POLITICA PENITENCIARIA PERUANA

Introducción.

Ultimamente ha cobrado vigencia el tema de la cárcel. Informaciones periodísticas y opiniones de "peritos" han revelado un cuadro dantesco de la prisión peruana, distorsionando la imagen de una tragedia que existe, pero que carece de los ingredientes que los traficantes del morbo quieren atribuirle; que es conocida periféricamente y justamente por no ahondar en la esencia del mal que padece, se mantiene en esa constante de abandono y anarquía, ya que las causas de sus problemas ancestrales no son sólo las vagas generalizaciones expuestas por improvisados ejecutivos, ni las simplistas mencionadas por el reportero —interesado en aprovechar el ángulo sensacionalista— ni tampoco las teorizantes del experto de gabinete que ignora las urgencias de la prisión, sino otras —mucho más complejas y profundas— que nunca se investigaron científicamente.

El término ciencia lo empleamos con el mismo sentido expresado por Thorsten Sellin, o sea no sólo como un conjunto de conocimientos sistematizados, sino como "el método lógico de investigación o estudio usado en su construcción". Así los términos **ciencia, método científico y actitud científica** son consecuencia de la actitud del científico hacia el universo de datos con los que trata (1). Ferracuti, complementa la definición agregando, que la investigación es interdisciplinaria y entonces comporta el desarrollo de un vocabulario y de una conceptualización a caballo entre dos o más disciplinas (2).

En este sentido, conviene precisar el rol del **penitenciario y de la ciencia penitenciaria** disciplinas que abordan el tema carcelario. El primero, "quehacer eminentemente pragmático, aplicación y medida del derecho penal, que se hace verdaderamente entre los muros carcelarios". No es, por tanto, dice Sergio García Ramírez, una ocupación de gabinete sino que "se fragua en el íntimo y diario contacto con los

problemas innumerables que suscita la privación de libertad en esa ciudad mínima y completa, activa, sorprendente, que es una prisión" (3). La ciencia penitenciaria la define el profesor García Basalo, como "el estudio de los métodos de ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas y restrictivas de libertad que propongan un tratamiento del delincuente para adaptarlo a la sociedad, y en la organización práctica de esos métodos en las mejores condiciones posibles" (4).

Pero, deformado el problema carcelario, por el conocimiento superficial y anecdótico, el ambiente sórdido y compulsivo del encierro, es fácil presa e inagotable cantera de los empíricos que siendo expertos en explotar las miserias humanas, aprovechan hábilmente la especie "recluso-cárcel". Los factores negativos que retardan el desarrollo penitenciario, subsisten y se mantienen a expensas de los que ven la prisión como atractiva veta comercial y propician, con el pretexto de su auto-suficiencia económica, la explotación del trabajo del recluso, perdiendo de vista un principio básico en ciencia penitenciaria: El trabajo no debe constituirse sólo como una industria con beneficios pecuniarios, sino preferentemente como medio de rehabilitación del delincuente.

Significa publicidad gratuita y ascenso en la escala social para los que insisten en crear Comités de Ayuda al Recluso y comprometen a gente ingenua y bien intencionada que piensa todavía que las confe-

1. *Cultura, Conflicto y Crimen* - Página 10.
2. *Tendencias y Necesidades de la Investigación Criminológica en América Latina*. Página 7.
3. *Manual de Conocimientos Básicos de Personal Penitenciario*. - Prólogo - Página 13.
4. *Algunas tendencias actuales de la Ciencia Penitenciaria*. - Página 287.

rencias, los regalos de Pascua y los mensajes de aliento pueden obrar favorablemente en el ánimo del interno y producir el arrepentimiento que perseguían las prisiones monásticas de la Edad Media. El recluso, que vive en el "maldito ambiente" del que habla Soljenitsin, no puede ser receptivo ni a la limosna ni a las miradas de compasión. Lo que un detenido reclama es celeridad de su proceso judicial, garantías mínimas durante el encierro y seguridad que su familia no quede desamparada económicamente.

Constituye también un negocio fabuloso para las "mafias" de empleados o guardias, que introducen alcohol y narcoestimulantes en las prisiones en un permanente tráfico que cuenta, sino con la aprobación, por lo menos con un disimulado consentimiento de las autoridades —por la impunidad como se desarrolla— y que es la causa del progresivo envilecimiento del interno.

La necesidad de formular un plan de política carcelaria partiendo del conocimiento de nuestra propia realidad.

Estos y otros factores negativos no son deficiencias superadas sino testimonios de una realidad vigente y vergonzosa, agravada día a día por las razones señaladas en el análisis de cada administración, expuestas en nuestro reciente ensayo sobre "La evolución de la pena privativa de libertad en el Perú" (5). Fácil sería formular un plan de política penitenciaria que descansara en los contados aciertos y evadiera los numerosos y casi permanentes yerros cometidos. Las coordenadas servirían para la elaboración de un programa de trabajo en direcciones

pre-establecidas, plazos definidos y metas cuantificadas. El resultado en el papel sería óptimo e incurriamos en el error de creer haber encontrado la solución esperada.

Pero las conclusiones que se derivan de ese ensayo, inciden, en una crítica, no sólo al sistema —inexistente—, la errada política carcelaria producto de la inexperiencia de los que debieron enrumbar la acción estatal por causas coherentes y acciones pre-determinadas, sino de advertencia, porque en tanto la designación de personas a jefaturas de la administración carcelaria se efectúe por razón de parentesco, amistad personal, o afinidad política, nada o muy poco de lo que se proponga dentro de los moldes de un sistema penitenciario moderno, puede tener éxito. Se debe desterrar el favor político en

los nombramientos del personal de prisiones, especialmente en los cargos ejecutivos, otorgándose prioridad y autonomía a la cuestión penitenciaria técnicamente tratada. La capacitación del personal en todos sus niveles debe ser la regla general. La experiencia y la especialización deben ser requisitos básicos para la provisión de vacantes.

La indiferencia y la tosudez de los que casi siempre han tenido la enorme responsabilidad de dirigir la política carcelaria por el camino equivocado, nos ha inquietado tanto, que nos preguntamos si esa muralla de rechazo permanente a toda iniciativa técnica de solución, se podría deber, en gran medida, a la ignorancia de nuestra propia realidad carcelaria, y cual podría ser el beneficio para ellos y los que los sucedan, si conocieran aunque sea periféricamente, los conceptos doctrinarios básicos en materia de ejecución penal.

Tropezamos en esta búsqueda de las causas del estancamiento, con otro argumento que no podría desecharse. En el país se ha escrito bastante —y no siempre con calidad— del tratamiento penitenciario y de los avances de la penología mundial. Nuestros "técnicos" pareciera ser que se inclinan más por el estudio comparado de los sistemas francés y sueco, en cotejar cifras y datos del sistema mexicano con el brasileño, que de investigar nuestra propia realidad. Recordamos la intervención de uno de ellos en televisión cuando explicaba con dificultad el plano de distribución de uno de los cinco penales que construye México en su Distrito Federal, pero admitía no conocer personalmente una sola prisión nacional.

El interés por querer estar al día con las modernas doctrinas de ejecución penal y la estadística criminal en el mundo, debe alentarse siempre y cuando no se pierda de vista la realidad de la prisión peruana y se dedique atención preferente a tratar de corregir sus defectos, aliviando la situación aberrante de miles de compatriotas privados de la libertad.

La interdependencia que defiende el Dr. García Basalo, (6), destinada a resolver los problemas del 5. *Evolución de la Pena Privativa de la Libertad en el Perú.* En: *Derecho No. 31.*

6. *Aspectos de la Actividad de las Naciones Unidas en la Prevención del Delito* - Página 799 - Consultar también "Sobre la Codificación Penitenciaria en América Latina" del mismo autor, documento preparado para la Primera Reunión de Expertos, para el estudio de los Problemas Penitenciarios de América Latina, en marzo de 1974 en San José - Costarrica.

tratamiento del delincuente o simplemente las de prevención del delito, también la compartimos nosotros y reconocemos que la cooperación internacional se acentúa cada vez más y se está materializando en el deseo de sistematizar las normas reguladoras de la ejecución de las penas, en particular de las privativas y restrictivas de la libertad, en un ambicioso proyecto de Código de Ejecución Penal - Tipo para Latinoamérica. Nosotros no preconizamos la balcanización intelectual —de hecho la bibliografía consultada para este trabajo, en su mayoría extranjera, desmiente el aislamiento— creemos también que es hora de pensar juntos; pero para hacerlo, debemos contribuir, no ser sólo tributarios de escuelas foráneas. Exigimos la profundización del examen de nuestra propia realidad como premisa para conocerla a plenitud y conociéndola, aportaría como experiencia peruana.

Desgraciadamente gran parte del esfuerzo de los pocos especialistas se diluye en el estudio comparado de la legislación y las experiencias externas. Por esa razón no es extraño leer proyectos y sugerencias sobre la implantación de utópicos sistemas penitenciarios, resultado de amalgamar las más avanzadas técnicas extranjeras, que resultan impracticables en el Perú.

Peider Konz incide en la descoordinación entre el investigador y el ejecutor. Su atingencia es válida para el Perú en la medida en que todo esfuerzo de investigación en nuestras prisiones tiende a conducirse al vacío.

Pero si de ese lado algunos especialistas prefieren las direcciones transplantadas y descansan en opiniones extranjeras, otros sí han investigado nuestra realidad. El Dr. Altmann Smythe fijó hace quince años las Bases para un plan de futura política Penitenciaria nacional en un libro que tenía ese título y que es el mejor tratado peruano sobre penitenciarismo (7). El Dr. Carlos Bambarén presentó al Gobierno un proyecto de Código de Ejecución Penal, que nunca se estudió y durmió en los escritorios de los burócratas que no supieron aprovecharlo (8). El Dr. Seminario Helguero, destacado funcionario de prisiones, se refirió a su experiencia vivida como antiguo Director General de Penales en su libro sobre la Reforma Carcelaria en el Perú (9).

Otro hecho anecdótico acerca del empleo de una investigación, sirve de ejemplo a esta afirmación. La única encuesta seria realizada a nivel nacional sobre el estado de nuestras prisiones: El Primer Censo Penitenciario Nacional realizado en junio de

1967, acabó con sus padrones llenos de valiosos datos, fotos y planos de los 148 establecimientos penales de la República, a disposición de los roedores del sótano de la Carceleta Judicial de Lima. La respuesta la da el mismo Konz, cuando agrega: "los que hacen la política quizás no deseen utilizar la investigación de la misma manera que la investigación puede resultar no útil para los que hacen la política" (10).

Planeamiento Carcelario.

Los que creemos que la prisión constituye, en su concepción moderna, no un lugar de reclusión y hacinamiento promiscuo, sino un sistema diseñado con el fin de preparar al interno para su retorno a la Sociedad, no podíamos sustraernos a la obligación de aportar ideas y proponer medidas concretas para conseguir mejoras sustanciales en el régimen carcelario peruano. Sin embargo, no hemos dejado de preguntarnos, si la sola enumeración de disposiciones para reformar una administración deficiente, constituiría un híbrido difícil de digerir para los que desconocen la doctrina de esta nueva ciencia, llamada penitenciaria, y practican la inercia como costumbre; y hasta dónde podríamos interpolar, para matizar la exposición, ejemplos, análisis y crítica constructiva.

Hubo, sin embargo, una consideración que decidió al autor a delimitar conceptos en materia penitenciaria, que sirvan de coordenadas para propender a una adultez institucional y a una correcta planificación de la política carcelaria nacional: mientras se siga distrayendo esfuerzos y dilapidando dinero en un país de escasos recursos económicos como el nuestro, en proyectos impracticables, plazos apremiantes y direcciones totalmente equivocadas, el hombre privado de la libertad continuará en los establecimientos penales —en los que la sobrecarga demográfica propicia su degradación hasta límites de perversión muchas veces irreversibles— sin ninguna posibilidad de reincorporarse al medio social que lo

7. *Bases para un Plan de Futura Política Penitenciaria Nacional.*

8. *Necesidad de un Código de Ejecución Penal para el Perú.*

9. *Notas sobre la Reforma del Régimen Penal en el Perú.*

10. *Las Naciones Unidas ante los Problemas de la Defensa Social.*- Página 100.

segregó; y si el fin último de la pena no es la intimidación, la retribución ni la prevención, sino la rehabilitación mediante esfuerzos coordinados y tratamiento técnico individualizado, sólo cabe como único camino, el planeamiento estructural de un sistema penitenciario peruano.

La planificación no debe entenderse como la formulación de utópicos planes, sino como "un proceso dirigido a racionalizar la toma de decisiones individuales o colectivas, presentando soluciones alternas en la consecución de los mismos fines, sus posibles implicancias y resultados" (11). Este proceso se complementa, a su vez, con la determinación de sistemas y etapas sucesivas de acción, es decir, con una programación que contenga como elementos para la formulación de ese plan: los fines y objetivos como principio rector, los medios de acción, la duración calculada del plan, la extensión y etapas en que consiste, la inversión económica a través de partidas presupuestales suficientes y, las técnicas de planificación.

Estos factores del planeamiento, requieren para su puesta en marcha, de una organización burocrática apropiada a nivel administrativo, que proporcione no sólo los datos estadísticos, sino el conocimiento integral de una realidad concreta, con todas sus deficiencias, para que el planificador, que es el técnico, asesore al político, que es el que toma las decisiones.

En la formulación de un plan de política penitenciaria, la obligación de fijarse metas en plazos determinados de cumplimiento, parecería de importancia capital. Alrededor de esa inquietud nuestros planificadores discuten y preparan proyectos de "corto plazo", "mediano y largo alcance", etc., pero fuerzan la acción gubernamental hacia metas de breve término, descuidando la programación progresiva y segura que es la aconsejable en un país que en materia carcelaria, tiene todo por hacer. El Dr. García Basalo desconfía con razón de esos planes que se desvanecen "como fuegos artificiales" (12).

Sin menospreciar la importancia que tiene en todo plan, la aplicación de medidas en términos perentorios de cumplimiento, en consideración a la urgencia de emprender acciones en un área de gobierno totalmente descuidada, creemos que por forzar el empleo de una terminología de moda y establecer fechas apremiantes, perdemos perspectiva, descuidando conceptos y doctrina de ejecución penal, que son tanto o más trascendentes ya que éstos y no aquéllas definen el rol del Estado en relación a la

etapa crucial de ejecución penal.

De la finalidad retributiva de la pena a la función resocializadora del delincuente.

También hay quienes, sin profundizar en las complejas causas del delito, se alinean en radicalismos intransigentes, considerando que el delincuente es un ser aparte y diferente de nosotros, maleable, maleado, irrecuperable. En consecuencia —dicen— debe sufrir un castigo eliminatorio, una expiación vindicativa. Siguiendo este criterio —rezago del Derecho antiguo que no conocía sino de penas infamantes, corporales o eliminatorias— al criminal se le tiene que aislar permanentemente en la lejanía de una prisión perdida.

Al lado de esta posición, surge, por compensación o rescate, otra diametralmente opuesta, paternalista, que propicia la readaptación social del delincuente —por ser, entre otras causas, producto de una sociedad culpable que lo empujó al delito—, a cuyo efecto se le deben brindar las mejores y más amplias facilidades para su retorno definitivo a la vida en libertad. En otras palabras al "delincuente avezado" que debe ser segregado, se le antepone el "delincuente-víctima", que tiene que ser recuperado integralmente. Entre ambos extremos contrapuestos, descansa el fundamento doctrinario de la ejecución penal en el Perú.

Los radicales creen aún en el efecto intimidante de la sanción penal como elemento consustancial de prevención social. Abogan por la ejemplaridad de la pena como único medio capaz de contener el alarmante aumento de la criminalidad —especie de plusvalía socio-delictual— cuyos índices aterrorizan a los conservadores y apasionan a los sociólogos. Piensan que el recluso debe ser sometido a una disciplina castrense, métodos coercitivos de tratamiento, trabajo intensivo y régimen celular de aislamiento.

Los penitenciaristas, por su parte, han promovido en estas últimas décadas, una corriente teórica basada en la transformación de la cárcel tradicional, sustituyéndola por clínicas criminológicas de tratamiento individual, destinadas a lograr que los internos —luego de la terapia de rehabilitación— retornen a la sociedad como elementos útiles.

11. *Manual de introducción a la Planificación.* - Página 7.
12. *Correspondencia personal del autor* - Mayo 1974.

Los dos sistemas han servido en su oportunidad, en un avance y retroceso científico, de criterio rector a la política penitenciaria nacional. Lógicamente centrada la atención estatal hacia la retribución y la ejemplaridad, los resultados no han podido ser más negativos. El objetivo de acabar con la delincuencia no se pudo lograr y la enmienda del condenado sólo se consiguió en la medida en que la intimidación y el recuerdo traumatizante del aislamiento en condiciones infrahumanas, pudo prevenir nuevos delitos de los liberados, que más que regenerados, salen "domados de las prisiones".

Introducido empíricamente el régimen progresivo de tratamiento, sin contar con la infraestructura que permita su aplicación científica, no ha pasado de la etapa experimental transitoria en un penal limfio, que acabó por diluirse silenciosamente. Estos reveses tienen una fácil explicación: El régimen correccional implantado en la prisión inglesa de "Bridewel" o en el "Rasphuis" holandés a fines del siglo XVI, terminó definitivamente en los regímenes penitenciarios norteamericanos, pensilvanico y auburniano del siglo pasado y hoy sólo subsisten algunas de sus medidas —específicamente el aislamiento por días— en los casos de reiterada indisciplina. En cuanto al tratamiento readaptador, está aún cuestionado por los que muestran la contundencia de los cuadros estadísticos sobre reincidencia y rescidiva y advierten a los que le conceden demasiadas virtudes, que deberían evaluar la atmósfera artificial de un contexto coercitivo en el que tiene que desarrollarse, lo que a la vista de los resultados obtenidos —que a muchas personas puede resultar engorrosas, pero como base de información es esencial para toda discusión sería— le resta eficacia.

Es cierto que determinadas medidas aplicadas científicamente a grupos escogidos de delincuentes, pueden modificar favorablemente su manifiesta peligrosidad y, en algunos casos, eliminar los factores etiológicos delictuacionales; pero no es menos cierto que el tratamiento —en actual proceso de experimentación— no es, todavía, la solución esperada, aunque va bien encaminado a conseguirlo. Menos puede serlo entonces la cárcel tradicional —la de muros y rejas— considerada como factor criminógeno, que no sólo agudiza la agresividad del interno, sino que como instrumento de defensa social, resulta contraproducente.

Ambas posiciones: la que aboga por la finalidad retributiva de la pena o la que sostiene su función rehabilitadora, son definitivamente excluyentes, por-

que la segunda superó conceptualmente a la primera, que era la que preconizaba —en el plano estrictamente jurídico— que la drasticidad de la pena estaba en relación directa con el resultado dañoso del delito cometido: era su consecuencia.

Mientras en el aspecto retributivo la pena mira hacia el pasado, en su función resocializadora se proyecta hacia el porvenir; hacia la necesidad de rescatar al hombre que cometió el delito, para reintegrarlo al seno de la comunidad social que lo marginó.

Esta afirmación, plenamente humanitaria y científica que define y establece los deberes y derechos del condenado, debería —en teoría— sustituir a la concepción obsoleta y vindicativa antes señalada. Pese a ello, en nuestro medio, ambas tienen un dominio alternado como sustento de la política penitenciaria y hay quienes —a nivel de personal directivo, o sea de comando y decisión— creen y practican la drasticidad de los medios coercitivos en el régimen de ejecución penal.

Esta obsolescencia directriz, enquistada endémicamente en la Dirección General de Prisiones, encuentra el modo y la forma de subsistir como sistema, asintiendo sin convicción ni sinceridad a los esfuerzos resocializadores, ya que sus hábitos, valores y creencias se dirigen hacia el correccionalismo disciplinario. Esta coexistencia de dos corrientes de pensamiento discímiles en una misma dependencia estatal no puede generar sino la anárquica administración carcelaria existente.

Antonio Sánchez Galindo coincide con nosotros en su excelente "Manual de Conocimientos Básicos de personal Penitenciario" cuando dice que: "todavía hay personas que piensan que el castigo duro y cruel como el propuesto en la Ley del Talión —ojo por ojo y diente por diente— debe subsistir; todavía hay prisiones cuyas construcciones se encuentran en peor estado que los cubiles de muchas fieras; aún hay directores de prisiones que piensan que un golpe, una injuria o vejación son preferibles a un consejo amable" (13).

Mientras existan prisiones en las condiciones y características de los actuales establecimientos y la política carcelaria se incline por su administración rutinaria y doméstica, la pena de cárcel seguirá sien-

do —aunque el lenguaje penológico moderno y las declaraciones oficiales la disimulen con calificativos **sedantes-eminentemente retributiva**.

Que ese reconocimiento no sirva para mantener el estancamiento que mediatiza, y el dolor y sufrimiento moral que comporta, sino que promueva la implantación integral de métodos científicos de tratamiento en una búsqueda constante de experimentación y perfeccionamiento.

Beristaín propone abandonar caminos muy frecuentados y cómodos, entendiendo, por éstos, los rutinarios que hemos señalado, para reflexionar sin perjuicios, sobre la esencia y finalidad del hombre y de la Sociedad. Esta, dice “es una postura inteligente y digna ante el criminal, en los momentos actuales; que implica una nueva mentalización” (14).

El Estigma Social.

Ambito socio-jurídico del delincuente.

La sociedad no le dispensa al delincuente un trato igualitario. Esta no es una opinión personal que pueda rebatirse, sino un hecho aceptado, reconocido y además, fomentado. Beristaín aprecia esta diferencia y afirma, que el criminal no tiene casi nada de común con el ciudadano normal. (15) Pertenece —dice— a gente de otra clase, de segunda categoría, a gente ajena y alejable de nosotros. De allí que Wutenberger concluya, en que la prisión continúa siendo por eso —todavía hoy— un lugar fuera de la ley, donde permanece en oscuridad el verdadero estado de derecho de las personas allí internadas (16).

El estigma social hacia el infractor no sería tan radical si se comprendiera que ese delincuente coincide en lo fundamental con nosotros; que difiere sólo en lo accidental y relativo. Pinatel cree que la mayoría de los delincuentes son, en cierto sentido, delincuentes “ocasionales”. Muchos de nosotros podríamos cometer un delito y de hecho la mayoría ha traspuesto la barrera de la legalidad sin que —por un control policial deficiente, especialmente en infracciones de tránsito— se nos haya sancionado. Pero la estigmatización de la pena —graficada como rechazo social colectivo— sólo alcanza a una minoría —esa parte visible y flotante del iceberg que forman los infractores de la ley— quedando oculta, “una voluminosa cifra negra” que hoy preocupa a los cri-

minológicos y que se mantiene dentro de las causas legales más por intimidación a la sanción que por convicción personal.

Antes de sacar conclusiones aventuradas e interpretaciones erróneas, basadas en resúmenes estadísticos, deberíamos considerar que el delito cubre actualmente una enorme gama de posibilidades, que se extiende “desde el ama de casa que sacude su alfombra en la calle después de las ocho de la mañana (...) hasta el ladrón que golpea a una anciana con una barra de hierro” (17).

Ante esa disyuntiva, la dificultad de asignar en una encuesta, determinado valor a factores como el azar, la inhibición, la intención o el arrepentimiento, hace que sociólogos como Mendieta y Núñez, deconfíen de las estadísticas criminales, que sólo registran la comisión de actos delictuosos y, en consecuencia —dice— es una estadística unilateral y por lo mismo falsa” (18). D.J. West también advierte ese peligro y sugiere la búsqueda de factores comunes y causas predispositivas en cualquier investigación de este tipo (19).

Pero la prevención contra las encuestas especialmente si se interpretan empíricamente, no impide que la condenación abierta y permanente contra el delincuente, —ese complejo de segregación que motivara hace casi cuatro siglos la implantación de la pena de deportación— se aliente, todavía, en países como el nuestro, que no han comprendido en su exacta dimensión la importancia de la misión resocializadora del Estado y rechazan airados la parte de culpa que les corresponde en la comisión de cada acto delictivo. El delito estudiado como fenómeno social ha revelado que el infractor no delinque solo; que los cómplices son generalmente colaboradores inmediatos, compinches directos; que las condiciones estructurales deficientes como el desempleo o el sub-empleo, pueden ser y de hecho son, factores condicionantes delictuales, cómplices indirectos, de latencia compulsiva. Lo peculiar del delincuente proviene de la sociedad. “Esta, —afirma Hubert Johnson— con sus injusticias legales, su desigualdad económica exagerada, sus discriminaciones raciales y

14. *El Delincuente en el Estado Social de Derecho* - Página

15. *Ob. Cit.* Página 6.

16. *Ob. Cit.* Página 4 (1)

17. *La Delincuencia Juvenil*, Página 7.

18. *La Ciencia Penitenciaria y la Realidad Social* Página 22.

19. *Ob. Cit.* Página 9.

sus áreas delictuales, su morbosidad infectante, sus condicionamientos de emigración e inmigración, su escasez de centros docentes, sus gastos excesivos en armamentos, su fomento de la agresividad individual y colectiva, su explotación del mercado humano en la prostitución, ofrece fecundo caldo de cultivo para el crimen" (20). Por esas consideraciones, Mendieta y Núñez reclaman una acción social preventiva porque, "no es en las cárceles en donde se puede combatir la delincuencia, sino en el seno de la sociedad misma que produce delinquentes, ininterrumpidamente, cada vez en mayor número". (21).

En tanto se reconozca que la sociedad —por las causas reseñadas— en cierto modo colabora en el delito, se aceptará la obligación que tiene el Estado de ayudar al delincuente a recobrar lo que perdió al trasgredir la ley: su libertad. Esta obligación brota —dice Beristáin— no sólo del "ser" del delincuente y del "ser" de la sociedad, sino del "actuar" de ésta (22).

Por su "ser" y por su "actuar" la sociedad debe tener metas sociales: solucionar los problemas de sus ciudadanos, ayudarlos a reintegrarse a su seno como elementos recuperados de los factores criminógenos que los indujeron al crimen. Si para restablecer el orden violado por el delito, esa sociedad segregó al delincuente recluyéndolo en una cárcel, debe ayudarlo a rehabilitarse durante su permanencia en prisión y apoyarlo en la difícil etapa de liberado.

Estas finalidades, retribución y rehabilitación, aparentemente disímiles, se entremezclan y equilibran porque son dos facetas de una sola realidad

social, que tampoco debe perder de vista a la víctima y sus derechos, extremo que completa el triángulo de socio-jurídico del problema.

El sensacionalismo periodístico como factor negativo.

Se debe desterrar para siempre el argumento simplista de los que recomiendan el aislamiento de delinquentes y su remisión a la Selva para abrir caminos. La reacción tribal de los que proponen esas aberraciones, se justifica en parte, por los detalles macabros que la prensa dedica a las informaciones policiales. En ese sentido, la colaboración de la prensa responsable es evidente. El periodismo debe informar al público tratando de que los temas seleccionados, se adapten al grado de cultura y a las

reacciones de la vida de esa gran masa de población. Así lo entendió Naciones Unidas en el IV Congreso sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente (Japón - Kyoto - Agosto 1970), que recomendó reserva al tratar los temas carcelarios y propugnó el derecho del recluso a su intimidad (23).

La importancia de los medios de comunicación radica no sólo en la oportunidad informativa, sino en la calidad de la noticia, destinada a elevar el nivel cultural del pueblo, con la divulgación de conocimientos, en base a temas seleccionados, presentados adecuadamente, en un lenguaje accesible a las mayorías.

Comprendemos que es difícil restringir el papel de la prensa y casi imposible impedir que el periodista —especialista en explotar el ángulo sensacionalista de la noticia— se resigne al rol que le quiere asignar el científico. Recordamos que en una ocasión, siendo Director General de Prisiones, nos interesaba hacer conocer un experimento sobre terapia de grupo y específicamente, psico-drama en el penal de Lurigancho. El reportero que nos acompañó y presenció, aparentemente entusiasmado la sesión de trabajo, se cuidó muy bien al día siguiente, de ignorarla en su periódico, resaltando, en cambio, los aspectos más negativos de la prisión. Lo que demuestra que, más le interesaba los matices folklóricos de la vida carcelaria, o no le impactó el experimento, como terapia de rehabilitación.

Las Reglas Mínimas de Naciones Unidas y la Legislación Nacional sobre ejecución penal.

La cuestión penitenciaria incluida dentro de las ciencias penales, pero entroncada al Derecho Constitucional por una doble vía: prioritariamente, como reconocimiento de los derechos humanos del sentenciado; y complementariamente, como propiciadora de su readaptación social, ha merecido la atención de las Naciones Unidas, que dictó sus famosas Reglas Mínimas —como recomendaciones básicas a los países miembros—. Este conjunto de reglas vienen constituyendo, desde 1955 una maravillosa fuente de información y aplicación, en los Establecimientos

20. *Crime, Correction and Society* - Página 187.

21. *Ob. Cit.* Página 39.

22. *Ob. Cit.* Página 11.

23. Naciones Unidas: Documento KY-70-116, número 44- Cfr. "Revista E.P." (Julio-Setiembre 1970) - Página 869.

Penales y de Reeduación Social, en la mayoría de los países. Capítulos de excepcional importancia en la Pragmática Penitenciaria que prescriben lo concerniente a la organización y vida interna de las prisiones, son los relativos a la educación, disciplina y trabajo de los penados. Anexos sobre personal penitenciario y establecimientos abiertos completan este valioso instrumento de Defensa Social. A nivel nacional, las Reglas Mínimas sirvieron de antecedente para la dación de una Ley de Bases de Ejecución Penal promulgada por Decreto Ley 17851, el 15 de abril de 1969.

Aunque la "Unidad de Normas para la ejecución de Sentencias Condenatorias", que así se denomina la Ley de Bases, todavía no se aplica sino a nivel experimental y con timidez, permanece vigente y debe reactualizarse, con algunas modificaciones sustanciales que hagan viable su cumplimiento. El sistema progresivo en que se sustenta y los Institutos Penológicos que crea, posibilitará tantos regímenes carcelarios, cuantas necesidades regionales o socio-jurídicas se requieran, pero partiendo siempre del conocimiento de nuestras particulares necesidades, teniendo en cuenta nuestras seculares deficiencias y adecuándose a las limitaciones presupuestales, más que a subordinación embelezada por experiencias foráneas, que por tener otras características, han requerido medidas y plazos distintos a los que nosotros podríamos necesitar, para obtener iguales resultados.

La adopción de un sistema progresivo de tratamiento que reemplace al régimen empírico de pseudo-clasificación que actualmente utilizamos, puede ser el punto de partida, para que en el Perú se individualice el tratamiento del sentenciado en un estudio de su personalidad y se apliquen las terapias que el grupo multidisciplinario de profesionales aconseje. En esta escalada científica puede radicar el despegue penológico peruano, aletargado por decenios.

Tratamiento.

Conceptos que deben precisarse.

Recientes comentarios periodísticos, relacionados con la reforma penitenciaria y "el tratamiento del recluso", a las que nos referíamos al empezar este artículo, obligan al finalizarlo, a tocar un tema que por su complejidad hubiera requerido no sólo un

ensayo, sino de todo un tratado especialmente dedicado. La confusión de términos pareciera ser la regla general y el acierto la excepción. Ultimamente y bajo el título: "Se inicia la reforma carcelaria" se glosaban y comentaban declaraciones de un ejecutivo de penales y se decía que al ordenarse reemplazar los catres de fierro de las cárceles, por unos de cemento (sic). Se empezaba "el tratamiento del recluso".

La distorsión de conceptos y el criterio simplista de los que emplean la palabra "tratamiento" sin sonocer su significado —quizás sólo por imitación— o los que conociéndolo superficialmente, limitan sus alcances o generalizan su aplicación, merece una aclaración que delinie, muy esquemáticamente, su origen, desarrollo y los diferentes métodos de tratamiento que se utilizan en la actualidad.

Dice Jean Pinatel que "el tratamiento en la perspectiva criminológica, reside en la acción individual emprendida con respecto al delincuente, con el fin de modelar su personalidad y así alejarlo de la reincidencia y favorecer su reinserción social" (24). En este sentido conviene diferenciar tratamiento de terapéutica. La terapéutica, según Marcel Colin, "sería la medida puramente clínica" (25), a la que muchos quieren asimilar al delincuente por creer que padece de algún transtorno mental, falacia que el mismo Pinatel desbarata, afirmando que clínicos como De Greeff, Di Tulio, Hesnard y el R.P. Maillox, "están convencidos de que los verdaderos delincuentes no se dejan describir conforme a los tipos siquiátricamente definidos, incluso si su estado mental es en el fondo un estado patológico" (26).

Bajo ese concepto, el tratamiento, no significa solo "forma de tratar al recluso, ni puede estar circunscrito a la responsabilidad de un solo profesional, sino que descansa en el concurso multidisciplinario de médicos, sicólogos, psiquiatras, penitenciaristas, sexólogos, sociólogos, pedagogos, etc., desarrollado durante un prolongado proceso que abarca muchas veces no sólo el tiempo de reclusión, sino que se prolonga a la etapa de libertad. Por eso se llama al régimen: "Progresivo de Tratamiento". El

24. *Investigación Científica y Tratamiento* - Página 535.

25. *Los Métodos de Investigación del Tratamiento Penal* - Página 590.

profesor García Basalo resalta la opinión de Denis Carroll en el Congreso Internacional de Criminología de Londres - 1955, cuando afirmaba que en la hora actual el término **tratamiento** incluye el empleo de todos los medios terapéuticos o correctivos que puedan ser aplicados al delincuente: "El Tratamiento únicamente médico, únicamente psicológico, únicamente social o únicamente penal, pertenece al pasado. Hoy importa la utilización simultánea de todos los métodos terapéuticos y de rehabilitación" (27).

Pero el tratamiento, para llegar al elaborado y complejo sistema actual, en donde ya es posible definir las características de los llamados **métodos científicos penitenciarios** —institucionales, transicionales, trans-institucionales, semi-institucionales, institucionales discontinuos y no institucionales— ha recorrido un largo camino de permanente perfeccionamiento, que ha permitido lograr, poco a poco, una serie de restituciones para el recluso. Desde el correccionalismo de Roeder, los regímenes pensilvánico y auburniano, el régimen progresivo de Montesinos, Maconochie y Crofton, hasta el instituto abierto inspirado por Kellerhalls, en la prisión de Witzwill.

El problema del hombre privado de la libertad ha sido siempre preocupación de los gobiernos y si antes la finalidad de la pena estaba encausada, como se ha reiterado, hacia la ejemplaridad, la retribución o la prevención general y de acuerdo a esas finalidades la política carcelaria determinaba el grado de severidad en el trato con el recluso, los resultados que se derivaron de los métodos aplicados, no sólo nunca fueron buenos, sino que la reincidencia fue en aumento y la gravedad en la comisión de los delitos, se intensificó.

Esta consideración hizo que los métodos coercitivos aplicados sin discriminación a la "masa de delinquentes", se fueran suavizando y las medidas de rigor dieran paso a mejores locales, trabajo organizado y "mejor trato al recluso". Se buscaba dar a la pena clásica el carácter de un tratamiento de resocialización, individualizando al recluso. Se empezó a considerar al delincuente como persona.

Pero estos primeros intentos que gradualmente reemplazaron sistemas caducos, coexistieron durante casi un siglo con el rigorismo anterior. El régimen tradicional que había permanecido sin variación por siglos, en realidad no quería modificarse. Era mucho más cómodo hacinar delinquentes en vetustos locales, en las peores condiciones, que ocuparse en rege-

nerarlos. Se pensaba, que el esfuerzo no valía la pena, porque se creía —y aún hay primates que lo sostienen— que el recluso es incorregible.

Marc Ancel acota que el tratamiento aparece, "casi se diría de buena gana se introduce, en la legislación penal, de forma primeramente empírica y casi furtiva, al final del siglo XIX" (28). Nosotros agregaríamos, que se asienta y consolida desde la post-guerra 1939 - 1945.

El proyecto del Código Penal Suizo de Stooss de 1894, incluye, por primera vez, medidas concretas de tratamiento para cierto tipo de delinquentes: los jóvenes, los mentalmente anormales y deficientes y los reincidentes. Estas normas estaban destinadas a suprimir las penas de detención para los primeros, sustituyéndolas por medidas de seguridad curativas, educativas o neutralizadoras, reforzando en cambio el sistema para los delinquentes habituales y multi-reincidentes.

Posteriormente estas medidas amplían su radio de acción, se hacen más eficaces, abarcando a instituciones como por ejemplo, la condena condicional. La libertad condicional, puede incluirse dentro de un proceso de tratamiento, en la última etapa del régimen progresivo.

La creación y perfeccionamiento de las llamadas instituciones abiertas, experiencia penológica de muy buenos resultados, constituye también una aplicación evidente de la noción de tratamiento.

Las medidas consideradas en nuestro país como revolucionarias pero que se aplican hace años en otras naciones, como la semi-libertad, los arrestos de fin de semana, los permisos de salida, las visitas íntimas, las vacaciones de reclusos, etc., creadas para mantener y fortalecer los vínculos familiares, son otros ejemplos de como se ha variado el esquema tradicional de la pena clásica, ejemplarizadora, por la del tratamiento resocializador.

El planteamiento rígido y estanco de la cárcel correccional se ha quebrado definitivamente con las innovaciones mencionadas y las que gradualmente se irán experimentando. Dentro de ese contexto, el tratamiento representa una modificación estructural irreversible. Los moldes arcaicos en los que asentaba

26. *Ob. Cit.* - Página 534.

27. *Algunas Tendencias actuales de la Ciencia Penitenciaria* - Página 294.

28. *La Noción de Tratamiento en las Legislaciones Penales Vigentes* - Página 489.

la etapa de ejecución penal, tienen a desaparecer. La prisión tal como la conocemos, está agonizando y don Mariano Ruiz Funes, que denunciaba la crisis de la prisión, podría, ahora, avisorar un nuevo sistema penitenciario que, en pocas décadas reemplazará, con enormes ventajas, al sistema correccional.

Pero todavía hay mucho que corregir y modificar. Los resultados no son todavía satisfactorios aún en países en los que se trabaja y experimenta hace mucho tiempo, con seriedad; menos se puede esperar de las administraciones que permanecen al margen y se caracterizan por su empirismo. En nuestro país aún estamos en la etapa preliminar de las discusiones bizantinas, referidas a una definición en materia de política penitenciaria. Pese a ello, no compartimos el pesimismo de Thorsthen Eriksson, cuando afirma que en el terreno de la delincuencia, todas las naciones están sub-desarrolladas y que el objetivo principal del tratamiento: la reintegración completa del delincuente a la Sociedad como un miembro más de la misma, no se ha podido lograr ni siquiera en los países más adelantados.

Aún aceptando que parte de esa afirmación sea cierta, no por eso debemos desalentarnos, sino seguir trabajando, formando un equipo de profesionales especialistas y un personal de prisiones idóneo para su función; y así, aprendiendo mejorando poco a poco, sin retrocesos y, fundamentalmente, comprendiendo al delincuente que —como persona— es una totalidad que debe contemplarse integralmente y no sólo en sus instintos más elementales, iniciar la transformación estructural de la prisión nacional. Ya lo dijimos anteriormente en nuestro trabajo "El Drama Sexual de la Prisión Peruana" (29). El hombre que sufre privación de libertad, complejo microcosmos de apetencias, anhelos, inhibiciones y frustraciones, debe ser objeto de un tratamiento rehabilitador encaminado a reintegrarlo a la Sociedad.

El **tratamiento** representa la gran motivación criminológica; "está en la base y preside el desarrollo de la moderna ciencia penitenciaria". Para resocializar al delincuente, hay que llegar a la esencia misma del ser, buscada a través de su finalidad trascendente: fomentar sus valores morales, compensar sus deficiencias culturales, eliminar o modificar los factores criminógenos de su personalidad, adiestrándolo para el trabajo honrado y revitalizar la fe y confianza en sí mismo, para el momento crucial —cuando recuperada que sea su libertad— tenga que enfrentarse a su destino.

Lima, julio de 1974.

BIBLIOGRAFIA

1. ALTMANN SMYTHE, Julio. **Bases para un plan de Futura Política Penitenciaria Nacional**. Talleres Gráficos P.L. Villanueva - S.A. 1962. Lima-Perú.
2. ANCEL, Marc. **La Noción de Tratamiento en las Legislaciones penales vigentes**. Revista de Estudios Penitenciarios 1968, Año XXIV - Julio - Setiembre - 182. Madrid-España.
3. BAMBAREN A, Carlos. **Necesidad de un Código de Ejecución Penal para el Perú**. Crónica Médica, Año 79, No. 1191 - Set. 1962. Lima-Perú.
4. BERISTAIN, Antonio. **El delincuente en el Estado Social de Derecho**. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Diciembre 1971 - REUS, S.A. Madrid-España.
5. COLIN, Marcel. **Los métodos de integración del Tratamiento Penal**. Revista de Estudios Penitenciarios - 1968. Año XXIV - Julio - Setiembre - No. 182. Madrid-España.
6. ERIKSSON, Thorsten. **Problemas relacionados con la reforma del tratamiento de la delincuencia**. CRIMINALIA - Nov. - 1963. México.
7. FERRACUTI, Franco. **Tendencias y Necesidades de la Investigación Criminológica en América Latina**. UNSDRI - 1969. Roma-Italia.
8. GARAYAR, Gregorio. **Nociones Generales de la Planificación** - Cuadernos Villarreal - CIES - Junio 1973. Lima-Perú.
9. GARCIA BASALO J. Carlos. **Algunas Tendencias actuales de la Ciencia Penitenciaria**. Revista de Estudios Penitenciarios. Año XXV - Julio - Setiembre - 1969 - No. 186. Madrid-España.
10. GARCIA BASALO J. Carlos. **Aspectos de la Actividad de las Naciones Unidas en la Prevención del delito**. Revista de Estudios Penitenciarios. Año XX. Oct. Diciembre 1964 - No. 167. Madrid-España.

29. *El Drama Sexual de la Prisión Peruana*. - Página 67.

11. GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Prólogo del Manual de Conocimientos Básicos del Personal Penitenciario**. Ediciones Gobierno del Estado de México. Dirección de Gobernación. Toluca - 1974.
12. JOHNSON, Hubert E. **Crime, Correction And Society**. Rev. Edition (Homewood, Illinois - 1968, Dorsey Press) U.S.A.
13. KONZ, Peider. **Las Naciones Unidas ante los problemas de la defensa social**. Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social. No. 12 - Enero - Feb. - Marzo - 1974. México.
14. MENDIETA Y NUÑEZ, Lucio. **La Ciencia Penitenciaria y la Realidad Social**. Sobretiro de la Revista Interamericana de Sociología. Año 2, Vol II, No. 9 - Enero - Abril 1973. México D.F.
15. PINATEL, Jean. **Investigación Científica y Tratamiento**. Revista de Estudios Penitenciarios. Año XXIV - Julio - Setiembre 1968 - No. 182 - Madrid-España.
16. SANCHEZ GALINDO, Antonio. **Manual de Conocimientos Básicos de Personal Penitenciario**. Ediciones Gobierno del Estado de México. Dirección de Gobernación - Toluca - 1974.
17. SELLIN, Thorsten. **Cultura, Conflicto y Crimen**. Ediciones Efofac - Caracas - 1969. Venezuela.
18. SEMINARIO HELGUERO, Gabriel. **Notas sobre la Reforma del Régimen Penal en el Perú**. Ediciones Penitenciaría Central - 1945 - Lima-Perú.
19. VEGA SANTA GADEA, Fernando. **El Drama Sexual de la Prisión Peruana**. Revista Fascinum. Año II - No. 8 - 1973. Lima-Perú.
20. VEGA SANTA GADEA, Fernando. **Regímenes Penitenciarios**. - Revista "Derecho" de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 30 - 1972, Lima-Perú.
21. VEGA SANTA GADEA, Fernando. **La Evolución de la Pena Privativa de la Libertad en el Perú**. Revista "Derecho" de la Pontificia Universidad Católica del Perú. No. 31 - 1973. Lima-Perú.
22. WEST, D.F. **La Delincuencia Juvenil**. Editorial Labor - 1970. Barcelona-España.
23. ZUZUNAGA FLORES, Carlos. **Manual de Introducción a la Planificación**. Biblioteca para el Desarrollo. Lima-Perú 1963.

DERECHO Y REALIDAD LA ENSEÑANZA LEGAL EN LA SOCIEDAD SUB DESARROLLADA

Si este evento se ha organizado para reflexionar sobre importantes aspectos de la docencia universitaria, y específicamente de la docencia jurídica, no parece inoportuno comenzar analizando ciertos problemas, que podrían ser considerados críticos, de la actividad de enseñar.

Alguien planteó ya en las discusiones anteriores la posibilidad de considerar a la educación como un proceso neutro, levantado, por lo mismo, sobre la base de un no pronunciamiento en torno a todo aquello que implique una valoración política más o menos directa.

Creo que se puede construir un ejemplo sumamente descriptivo de la situación implícita en una afirmación como ésta a base de lo que sucede con la formación del abogado. El afirmar o negar la necesidad de cambio en una estructura de poder levantada sobre el concepto de propiedad es, indudablemente, hacer una valoración política. Ahora bien, como ciudadano puedo estar convencido de que tal cambio es indispensable para que la sociedad pueda llegar a organizarse sobre bases elementales de justicia. Desde este punto de vista necesariamente concebiré a la legislación que proteja sin limitaciones la propiedad privada sobre todo clase de bienes, como una legislación básicamente injusta. Pero si al mismo tiempo concibo a la enseñanza como una actividad políticamente neutra, en mi papel de docente deberé limitarme a describir la legislación vigente sobre la propiedad y, a analizar sus mecanismos de funcionamiento, cuidándome de no emitir un juicio valorativo sobre su función política. Actuar de esta manera significa desconocer que en cuanto a sus efectos sociales el derecho dista mucho ser, como en la concepción kelseniana, simplemente un sistema lógico integrado por proposiciones que preocuparían al jurista en cuanto tengan estructura normativa y funcionen de acuerdo a ella; significa dejar fuera del análisis al valor o al sistema de valores que sirvió de fundamento a tal o cual estructura normativa, y,

por lo tanto, aceptar implícitamente su vigencia en cuanto valores.

No podemos desconocer que todo proceso educativo transmite, aunque sea inconscientemente, ciertas pautas de comportamiento y éstas siempre llevan implícita una concepción valorativa. Los valores y las pautas crearán luego en el sujeto de la educación, actitudes vitales. Esperar pues, abogados comprometidos con el cambio, cuando la educación legal excluye, por principio, todo pronunciamiento valorativo, resulta bastante inocente. Pienso que hablar de la educación —y mucho más de la educación legal— como de un proceso políticamente neutro, es eludir intencionalmente el centro del problema. Y eludir intencionalmente porque considero que el neutralismo, tanto en las ciencias como en la política, no es una simple casualidad, sino que, al contrario —y no creo descubrir nada nuevo al afirmarlo—, es la más eficaz de las tácticas utilizadas por las tendencias conservadoras. Simplemente, un ardid reaccionario.

Cuando se formula un razonamiento como el que acabo de hacer, normalmente se objeta que al analizar los hechos se ha prescindido de uno fundamental: no es que se pretenda, suele decir el neutralista, suprimir de plano los análisis políticamente valorativos, sino que se procura reconocer a cada institución y a cada proceso su debida función: a la Universidad, la de enseñar, y a las organizaciones políticas la de valorar los hechos según su particular perspectiva ideológica. Con éste argumento, por cierto, se consigue dos cosas muy importantes desde el

*En agosto de 1974, se desarrolló en la ciudad de Ibarra, Ecuador, el II Seminario sobre Docencia Jurídica, organizado por la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Este trabajo, corresponde a la exposición que hiciera en dicho Seminario, uno de los profesores de la referida Facultad. (El Consejo Editorial).

punto de vista de la conservación del sistema: reducir el término política, a la acción política pura y a la actividad de los partidos siempre controvertidos y, entre nosotros, totalmente desprestigiados, e identificar implícitamente objetividad como forma de análisis, con neutralidad política, como posición alejada del subjetivismo y los intereses propios de las ideologías.

Aparte de que lo políticamente relevante nunca se agota en la acción partidista y la objetividad en el análisis —como lo descubre el ejemplo propuesto al comienzo—, no necesariamente coincide con la actitud no comprometida, esta forma de pensar aplicada a la enseñanza del Derecho, ha contribuido a que se generalice en el Ecuador —y, entiendo que en Latinoamérica— un fenómeno interesante: el abogado ambivalente; el que políticamente propugna en forma sincera la necesidad del cambio en cuanto ciudadano, pero que no sabe cómo obrar en consecuencia en cuanto abogado. Y éste, si quiere ser sincero consigo mismo, se ve constreñido a abandonar el Derecho.

Es que, por lo general, la perspectiva jurídica está ausente de los análisis de política pura, y de los concebidos normalmente en función del activismo partidista. Nótese, por cierto, que el enfrentamiento “política pura” —“derecho puro” se produce como consecuencia de haber concebido a cada una de estas dos ciencias sociales como compartimientos estancos, desarrollados sobre supuestos y con direcciones diferentes; concepción que fuera ayer suficientemente analizada por Javier de Belaunde.

El abogado, y generalizando, cualquier profesional, que ha recibido su formación a base de actitudes derivadas de este tipo de consideraciones, difícilmente puede adoptar una posición crítica respecto a las concepciones más equívocas en su respectiva rama científica, atribuyendo el término equívocas a las construcciones teóricas que responden a una valoración política opuesta a la del sujeto en cuestión.

Otra posición bastante común y generalizada es la que rechaza toda posibilidad de valoración política en la ciencia, y consiguientemente en la enseñanza científica, en nombre del pluralismo. Históricamente, esta parece haber sido la posición que abrió las puertas al neutralismo en la enseñanza legal en nuestras Universidades. El pensamiento reformista de Córdova, en efecto, con su principio de la libertad de cátedra, marcó el fin, aparentemente, de la Universidad dogmática, y generó como una lógica reacción contra ésta, el consiguiente rechazo a todo

lo que se identificaba con el dogma. Y en el Derecho, la secularización significó que se pongan de moda, y se institucionalicen luego, las formas más simplistas del positivismo jurídico. Después, con la notable influencia de Kelsen, quedaría definitivamente consagrada, como un nuevo dogma, la concepción del “derecho puro”.

El pluralismo, sin embargo, supone la posibilidad de confrontar posiciones divergentes, libertad para mantenerlas y propugnarlas y mutuo respeto. En este sentido, y por estar estructurada en torno a la idea de un no pronunciamiento político, excluyendo toda posibilidad de confrontación y favoreciendo de esta manera a lo ya establecido, la tendencia neutralista, se manifiesta como lo más opuesto al pluralismo.

Ahora bien, si he mencionado estas ideas en torno a las implicaciones políticas del proceso educativo, no ha sido precisamente con la sola intención de tomar partido en una polémica bastante generalizada y que, por cierto, en este Seminario se ha hecho presente ya varias veces. Al contrario, considero que esta exposición era indispensable para aproximarnos a una especie de diagnóstico sobre la situación actual de nuestras Escuelas de Derecho. A mi juicio, los elementos fundamentales de este diagnóstico, serían posición neutralista, derecho puro y aproximación a las ciencias sociales concebidas como compartimientos estancos.

Levantada sobre estas bases, la enseñanza legal nunca llega más allá de la legislación. Revisemos un currículum cualquiera y veremos cómo cada una de sus unidades se ha organizado alrededor de un cuerpo legal determinado. Y no por consideraciones científicas, sino porque nuestra forma de estudiar el Derecho va siempre a la zaga del legislador. Y en cuanto al contenido, nuestros cursos hacen alarde de agotar las posibilidades exegéticas, sin dar mayor importancia al análisis sobre el grado de justicia de la norma, habida cuenta la naturaleza de una relación jurídica dada.

No existe en el Ecuador estudio sociológico alguno sobre la profesión legal. De haberlo, estoy seguro, mostraría un altísimo grado de pragmatismo y hasta una verdadera sed de riqueza, y muy poco contenido ético. Sin embargo, no me atrevería a sostener que imagen tan poco enaltecedora tenga como principales causas el egoísmo personal y la falta de ideales. Papel mucho más importante ha jugado en esto el tipo de formación legal. Convertido en simple artesano de la interpretación de las leyes, di-

fácilmente tendrá el abogado un papel social de cierta relevancia en cuanto abogado, al menos, no desde el punto de vista del cambio. Se limitará a litigar o a prevenir litigios para el que contrate sus servicios, aunque con ello contribuya a perpetuar una injusticia; problema que, por cierto, el abogado simple intérprete ni siquiera se plantea. Y en tanto espera ir siempre detrás de la voluntad legislativa, este abogado nuestro jamás llegará a introducir innovaciones en el Derecho. Cuando tiene inquietudes sociales, o se manifiestan fuera del campo profesional, o se orientan hacia la búsqueda de modalidades que signifiquen un mejoramiento en la aplicación del derecho vigente o, en el mejor de los casos, impulsan actitudes "reformistas" dirigidas a perfeccionar el sistema vigente desde el punto de vista técnico-jurídico, buscando, por ejemplo, suprimir una incongruencia lógica entre los diversos grados normativos.

Sin duda, los asistentes a este Seminario compartimos la opinión de que los hechos analizados demuestran la necesidad de una reforma urgente en el sistema de enseñanza legal. En buena medida, es precisamente esta idea lo que nos ha reunido aquí. Y lo usual es detenerse fundamentalmente en los métodos.

Pero el aspecto metodológico de la enseñanza, el problema puramente técnico de la actividad de enseñar, en nuestro caso, responde a una determinada forma de concebir el Derecho. En esta forma, a la que en consideración a su vigencia llamaré derecho tradicional, ha sido desde el punto de vista del docente, muy poco analizada. Por eso su producto más típico, el abogado incapaz de ir más allá del texto legal, se autocalifica, normalmente, un adalid de la justicia. Y no lo hace por sí mismo, sino por carecer de elementos para valorar y apreciar en sus consecuencias sociales y en su perspectiva histórica la idea de derecho a la que sirve.

Y es que este tipo de valoración supone abandonar el razonamiento puramente jurídico, pero no al derecho como objeto de estudio, necesidad que nunca pudo ser siquiera medianamente satisfecha por los cursos de "Ciencias Sociales" agregados un tanto artificialmente al curriculum de nuestras Escuelas de Derecho. En este tipo de cursos, en efecto suelen estudiarse rudimentos de las respectivas ciencias —economía o sociología—, pero sin llegar a situar al Derecho como objeto de análisis en cuanto a sus efectos económicos o sociológicos.

Según esto, lo primero que se impone a quien pretenda iniciar con intenciones serias un proceso de

reforma a la enseñanza legal, será analizar la noción de Derecho implícita en la metodología tradicionalmente empleada; pero, analizarla desde una perspectiva no exclusivamente jurídica.

Intentaré considerar a continuación, en una forma más bien descriptiva, las características sociales más salientes de esta concepción del derecho a la que he llamado tradicional.

En primer lugar este Derecho es, para nosotros, una herencia colonial. Y no quiero significar con esto necesariamente que se trate de un resultado de la etapa de nuestra historia conocida como Colonia; sino que utilizo el término con sentido mucho más amplio, abarcando en definitiva toda situación de dependencia cultural.

Nuestro sistema jurídico en buena parte es el resultado de una importación más o menos indiscriminada de los criterios de justicia y de las normas vigentes en sociedades culturalmente más adelantadas que la nuestra —esto último está por demostrarse— pero, en todo caso diferentes. Con la Conquista, la legislación española se impuso a las tierras americanas y a sus pobladores autóctonos. Posteriormente el nacimiento de las nuevas repúblicas se hizo al amparo y bajo la influencia directa del modelo constitucional norteamericano, y los códigos civiles responden en gran medida a los principios desarrollados por el Código de Napoleón.

Podrá decirse que el hecho de que la nuestra sea una cultura nacida como producto de la conquista y por lo tanto por esencia una cultura híbrida, es un hecho irremediable que a estas alturas no podemos cambiar. Pero no se trata de cambiar nuestro pasado colonial ni de pretender conservar exclusivamente los elementos de verdad autóctonos de nuestra cultura. Se trata de que cuando manejemos el derecho sepamos que es en buena parte una herencia colonial, y que por lo tanto si su aplicación ha dado resultados halagüeños en su cultura de origen, no necesariamente debe ocurrir lo mismo con su aplicación en el Ecuador. Se trata de evitar que como abogados razonemos por lo que dice, por ejemplo Planiol, con respecto a una relación jurídica determinada. Básicamente porque Planiol para hacer tal o cual afirmación ha tenido en cuenta las circunstancias sociales de Francia en el siglo pasado y ha medido la trascendencia social del conflicto, en consideración a esas circunstancias. Desde este punto de vista, no puede juzgarse para nuestro caso, el valor de una legislación o el valor de una determinada forma de solucionar conflictos jurídicos en virtud

de lo que diga Planiol u otros autores de igual relevancia.

El que el Derecho sea una herencia colonial significa, por otro lado, un grave peligro para la conservación de ciertos valores ancestrales; valores que por la acción del derecho llegan a extinguirse gracias a que éste se ha recibido como herencia colonial sin mayor beneficio de inventario. Recuerdo en este momento un caso digno de estudio: el de las comunidades indígenas. En éstas, y precisamente gracias a su sentido comunitario, se encontraron siempre vínculos de solidaridad humana sumamente profundos, los cuales se fundan en la estructura comunal del grupo. Ahora bien, nuestro Estatuto jurídico de las Comunidades Campesinas, en uno de sus artículos dispone que el Poder Público procurará por todos los medios a su alcance transformar a las comunidades campesinas en sociedades cooperativas modificando así el fundamento comunal del grupo a base de un tipo de asociación competitivo y de esencia individualista. ¿Cómo puede afectar esta nueva forma de organización jurídica a la permanencia de estos valores ancestrales de solidaridad? Entiendo que este es un problema que el legislador nunca se planteó, al menos no consta que se haya planteado; pero de hecho, estudios antropológicos recientemente iniciados muestran que estos valores se han visto seriamente amenazados por el espíritu cooperativista, producto de todas maneras de una sociedad típicamente capitalista y pensado para atenuar ciertos abusos propios del capital. Indudablemente, la sociedad cooperativa no fue pensada en forma tal que resulte eficiente para solucionar los problemas de los campesinos de los Andes.

En buena medida, el hecho de que hasta el momento no se haya considerado por los juristas el problema social que representa tener un sistema normativo resultante de una herencia colonial, se debe, creo yo, a la circunstancia de haber considerado al derecho como un sistema válido en sí. Y esta es la segunda de las características del derecho tradicional.

Para el "jurista puro", en efecto, el criterio básico, para la validez del derecho, es su vigencia formal en cuanto norma, y su grado de perfección interna como sistema lógico. De ahí que admire el grado de coherencia interna del Código de Napoleón por ejemplo, y, la brillantez del análisis exegético de Planiol, pero sin detenerse a considerar las consecuencias que este Derecho, en cuanto está integrado por proposiciones que deben regir conductas huma-

nas, acarrearía para una sociedad como la nuestra. Por esta razón, tampoco analiza el jurista puro el funcionamiento del Derecho en cuanto expresión de una escala de valores determinada, —la de los sectores que tienen acceso inmediato al poder—, ni los puntos de fricción o divergencia entre esta escala y la generalmente aceptada por los otros grupos sociales.

Una tercera característica del derecho tradicional es la de servir como medio de control social formal que permite el desenvolvimiento de un sistema socio-económico específico. La sociología jurídica ha comenzado a revelar aspectos de la relación entre el Derecho y el sistema socio-económico que hasta hace muy poco tiempo eran prácticamente ignorados.

El concebir a determinado derecho como un sistema de seguridad que permite, por ejemplo, el desarrollo de las relaciones de producción y de intercambio dentro de las bases de la libre empresa, significará que en las situaciones de conflicto prevalezca como criterio de solución el de la seguridad y no necesariamente el de la justicia. De esta manera no sólo el Derecho sirve como mecanismo de institucionalización de las bases de un sistema económico determinado, sino que, además, su desarrollo posterior significa una progresiva adaptación a la necesidad de conservación del sistema, antes que a un mejoramiento de éste en términos de justicia.

Desde este punto de vista ciertos valores considerados básicos para la ciencia jurídica, como la justicia, la igualdad y la libertad, adquieren en el sistema jurídico, categoría de postulados simplemente formales, por no decir categoría de abstracciones lógicas. Así cuando nuestra Constitución dice que los ecuatorianos son iguales ante la Ley, el legislador entiende este enunciado no como una proposición normativa, sino como una aserción verificada y parte del principio de que en realidad los ecuatorianos somos iguales ante la Ley, legislando en consecuencia y prescribiendo idénticas normas para regular conductas con posibilidades diferentes porque los ecuatorianos no somos iguales sino que entre nosotros hay profundas diferencias económicas, de preparación cultural, de posibilidades de acceso a los centros de decisión y de poder; diferencias que, al haber asumido que la igualdad existe, el legislador pasa por alto y contribuye a perpetuarlas. Análisis similares pueden hacerse en los casos de la justicia y de la libertad.

El aspecto más grave del problema es que éste tipo de análisis, a pesar de ser bastante antiguo —recuérdese simplemente que Marx lo usó ya en su "Crítica al Programa de Gotha" para formular el principio del derecho desigual—, los abogados que de alguna manera tienen ingerencia legislativa lo desconocen casi siempre, notándose en este punto la influencia de la característica de considerar al derecho como un sistema válido en sí.

Lo que ningún abogado debería perder de vista es que las normas jurídicas, y por tanto los conflictos que van a ser resueltos de acuerdo a ellas, se desenvuelven dentro de un sistema complejísimo de relaciones sociales y por lo tanto, también de relaciones económicas que responden a un modo particular de producción y a una forma particular de intercambio. El abogado, en definitiva nunca debería perder de vista aquella afirmación de Merleau Ponty acerca de que una sociedad no se califica por el grado de perfección interna de sus instituciones jurídicas, sino por el grado de justicia que en realidad tengan las relaciones del hombre con el hombre.

Y es que difícilmente se podrá encontrar un problema puro y exclusivamente jurídico. Las consideraciones que inciden en que a determinada agrupación humana se le reconozca una personalidad jurídica distinta de la de sus componentes, y a otra no; o problemas tales como el domicilio o la nacionalidad de las personas jurídicas, pueden, sin duda alguna ser considerados desde el punto de vista exclusivamente jurídico, prescindiendo, y a veces evitando intencionalmente considerar el papel que la institución de la personalidad jurídica ha jugado dentro del proceso de acumulación de capital, por ejemplo, o cómo la institución se ha utilizado para disfrazar formas de monopolio que alteran los mecanismos de un mercado de libre concurrencia. Según esto, soluciones jurídicamente perfectas desde el punto de vista de la coherencia lógica del sistema, pueden generar situaciones de injusticia, o contribuir a perpetuarlas.

Parece que por un principio elemental de honradez la Escuela de Derecho debería brindar al futuro abogado la posibilidad de que conozca, al menos, las reglas elementales del juego.

La cuarta de las características del derecho tradicional puede formularse partiendo del fenómeno, ya analizado, de que el desarrollo del derecho tiende a adaptarse a las necesidades de conservación del sistema. El derecho se concibe así como algo perpetuo; como una estructura normativa que debería te-

ner un contenido lo menos variable posible, tanto porque así lo exige el valor seguridad, que está en íntima relación con la permanencia temporal de los contenidos normativos, como porque la vigencia real de la escala de valores institucionalizada en las normas depende, especialmente en las sociedades subdesarrolladas, de la protección y el respaldo coactivo que el derecho le brinda.

Por otro lado, si el criterio fundamental de validez del derecho es su grado de coherencia lógica interna, mientras menos cambio sufra su contenido, menores posibilidades habrá de que se altere el grado de coherencia ya logrado.

Para el derecho tradicional, las normas jurídicas están, al menos teóricamente, llamadas a regir siempre.

Teniendo estas cuatro características como base de una noción de derecho, la labor del jurista resultará primordialmente exegética; la formación legal deberá ser un proceso políticamente neutro y el abogado necesariamente contribuirá con su acción al mantenimiento del sistema, cuya validez no llega a ponerse en duda.

Ahora bien, para completar el otro aspecto de la exposición, corresponde analizar las posibles relaciones entre esta forma particular de concebir al Derecho y de enseñarlo, y la situación de subdesarrollo.

Sin necesidad de examinar exhaustivamente lo que caracteriza a la sociedad subdesarrollada y, en consecuencia, lo que hay que superar para emprender un proceso de desarrollo, creo que puede ser generalmente aceptado que tal proceso no habrá de lograrse dejando que actúen libremente las fuerzas de la dinámica social, sino que será siempre necesario controlar dichas fuerzas mediante la intervención de la autoridad pública. Por supuesto, esta necesidad aumenta cuando se reconoce que el desarrollo es algo más que un simple crecimiento económico o una etapa más o menos inevitable en la modernización de las sociedades; cuando se reconoce, en definitiva, que el desarrollo supone una serie de cambios en los regímenes sociales y políticos de participación.

Si esto es así, el papel del Derecho en el proceso de desarrollo es innegable, pues todo el sistema que se pretende modificar mediante la intervención de la autoridad pública está jurídicamente institucionalizado. Si por otra parte se tiene en cuenta que el sistema jurídico se ha estructurado en torno a la

idea tradicional del derecho, habrá inevitablemente que concluir que la concepción del Derecho aquí llamada tradicional está ligada a la situación de subdesarrollo.

A estos dos factores se debe el que normalmente los abogados hayan constituido una clase reticente al cambio y, por tanto, un obstáculo para el desarrollo.

No dejó de llamarme la atención la frase con la cual Fernando de Trazegnies inicia sus materiales de enseñanza. Tomando palabras de Shakespeare dice, simplemente, "Matemos primero a todos los abogados". Y es que en efecto, según lo hasta aquí expuesto, parece que si queremos comprometernos en verdad con el cambio, debemos terminar con el abogado tradicional, el jurista mero exégeta, incapaz de valorar las consecuencias sociales de las normas que aplica o exige se apliquen al caso en que interviene.

Y ello resulta necesario no sólo desde el punto de vista de la sociedad, sino aún mirándolo desde la perspectiva del más egoísta de los abogados porque la noción tradicional de derecho y la forma tradicional de enseñarles se han cerrado tanto en sí mismas que al momento de la docencia no sólo está divorciada de la realidad social, sino incluso de la misma realidad jurídica.

Como una consecuencia de la planificación, en efecto, cada vez se reduce más el campo en que impera puramente la autonomía de la voluntad, mientras el concepto de interés público, o al menos las materias que tal noción abarca, aumentan su volumen real. No puede decirse ahora que la compraventa sea un problema exclusivamente entre comprador y vendedor si se trata de bienes raíces ubicados dentro del perímetro urbano en una ciudad con alto grado de densidad poblacional; peor aún si se trata de predios rústicos con vocación agropecuaria. En ambos casos, aunque las partes se hayan puesto de acuerdo en la cosa y en el precio, la compraventa no podrá realizarse si el contrato atenta contra ciertos principios de política social relativos a la vivienda urbana o a la explotación agropecuaria. Lo interesante de este nuevo aspecto en la contratación es que, aunque desde el punto de vista formal las autorizaciones administrativas requeridas para celebrar el contrato en los ejemplos propuestos podrían considerarse como una solemnidad más, de hecho su naturaleza excede al concepto corriente de solemnidad, porque no se trata del cumplimiento de una forma externa, como ocurre con la celebración de escritura pública por ejemplo, sino que supone un

análisis del fondo mismo de la cuestión, de la materia contractual en sí y, en ocasiones, hasta de las personas que intervienen en el contrato.

Si esto ocurre en el derecho privado, el cambio en el derecho público no es menos notable. Este ya no puede concebirse simplemente como un sistema de frenos y contrapesos al ejercicio del poder. La noción de "administración conformadora" que supone a los órganos públicos comprometidos en la aplicación y ejecución de un proyecto social, implica el abandonar, o al menos el reconocer profundas modificaciones en el tradicional principio de subsidiaridad. Implica por lo mismo un aumento del poder real de la administración, que pone en crisis todo el sistema de garantías para los llamados derechos públicos subjetivos. Como lo anota Forsthoff, este sistema se levantó sobre la idea de que la situación de conflicto entre un particular y la administración sería más o menos esporádica y no estaba preparado para afrontar una situación en la cual el individuo y su patrimonio e iniciativas quedan, en virtud de la planificación, convertidos en elementos para el cumplimiento de un gigantesco proyecto colectivo.

Todos estos indicios muestran que, en cierto modo, el cambio está operándose ya en el mismo derecho positivo; que la realidad jurídica, incluso desde el punto de vista simplemente normativo, ha superado a la noción tradicional de derecho que sirve todavía de impulso y orientación a nuestra enseñanza legal.

Si la enseñanza del Derecho está divorciada de la misma realidad jurídica, pues ésta avisa una nueva sociedad mientras que la primera se estructura todavía en torno al derecho concebido en su acepción tradicional, el abogado así formado no servirá ni como simple intérprete de la Ley, sin hacer respecto a ella juicio valorativo alguno, pues habrá nuevos tipos de conflicto imposibles de solucionar según los moldes jurídicos tradicionales. Como ejemplo basta citar la deficiente preparación de todos nuestros abogados en cualquiera de las ramas del derecho público, pero particularmente en el Derecho Administrativo.

Parece indispensable, según lo expuesto, aproximarse de alguna manera a este nuevo derecho; nuevo, nótese bien, no en un sentido puramente ideal, como algo que debería ser, sino en cuanto es la idea de derecho a la que se llega luego de un análisis de la realidad; vale decir, en el derecho tal y como existe y se vive, y no tal como se enseña y

se aprende. Esta advertencia para evitar que al referirme a un nuevo derecho pueda entenderse como que se trata de una noción ideal hacia la cual el derecho necesariamente deba orientarse. Esta noción ideal de derecho, que al menos aquí no será formulada, podría servir como un punto de mira, como una meta hacia la cual orientar la posterior evolución del sistema. Lo que ahora pretendo hacer es algo más simple: buscar una aproximación a la realidad del derecho, realidad que luego podría ser evaluada según esta noción ideal.

El nuevo derecho se caracteriza, en primer lugar por su operatividad.

Debo advertir, por cierto, que en la caracterización de esta idea realista de derecho seguiré en buena parte a Nicola Catalano. Nótese por lo mismo que, aún en esto, estoy importando como típico producto de la enseñanza tradicional.

La operatividad como característica de esta concepción del derecho se manifiesta en tanto las normas no sólo sirven para regular comportamientos actuales, sino para provocar nuevas formas de comportamiento. La tarea de legislar no consistirá, según esto, en generalizar los caracteres de un conflicto que se presenta en la realidad y construir a base de esta generalización una hipótesis normativa, sino que supondrá el prever las conductas que quieren provocarse y los conflictos que eventualmente se derivarán de ellas; lo cual, como se verá luego, origina profundas modificaciones en la estructura misma de las normas y en su funcionamiento.

La segunda de las características puede ser descrita como finalismo, desde que las normas jurídicas dejan de ser ante todo un principio de orden alrededor del cual se desenvuelven libremente la autonomía de la voluntad de los particulares, y se convierten en elementos que actúan en función de un proyecto de sociedad nueva. Esta característica tiene importantes consecuencias en la interpretación y aplicación del derecho, pues, tanto más que la disposición en sí deberá tenerse en cuenta el fin social para cuya realización la disposición fue dictada.

La tercera característica es la flexibilidad. Precisamente la naturaleza operativa de las normas y su sentido finalista hacen imposible que en la norma legal se hayan previsto todos los tipos de conflicto, o todas las formas de actuación concreta. De ahí que el nuevo derecho contenga fundamentalmente normas de base —las leyes cuadro— y mecanismos de elaboración a través de los cuales se reconoce

una gran capacidad discrecional a los órganos ejecutores, llamados a llenar con políticas concretas, idóneas para obtener el fin perseguido, los "vacíos" dejados por la Ley. Este fenómeno, que originalmente se presenta en el Derecho Internacional, pasando luego a ser corriente en el Derecho de la Integración, ha invadido ya el campo de los derechos nacionales pues la Ley que regula la organización y el funcionamiento de las entidades públicas encargadas de la ejecución de un proyecto social, la reforma agraria por ejemplo, determinan el campo de competencia, las metas generales del proyecto y las atribuciones básicas del órgano, pero es éste quien ejecuta, con amplio poder discrecional, el proyecto en sí y por tanto, la Ley misma concebida en función de éste.

Por último, el Derecho en esta concepción nueva dista mucho de ser perpetuo. Al contrario, se caracteriza por su transitoriedad. Si las normas se conciben en función de determinada política social, si pretenden básicamente provocar nuevas formas de comportamiento según las etapas por las que vaya atravesando la realización del proyecto, tales normas están llamadas a existir en tanto en cuanto subsistan las metas inmediatas y en la medida en que esa etapa concreta del proyecto no haya sido superada. En cuanto esto ocurra, las normas serán sustituidas por otras, que tendrán igualmente, carácter transitorio. La incidencia de esta idea en la concepción del valor seguridad como uno de los fines del Derecho es, como resulta evidente, definitiva. La seguridad deja de identificarse con la simple permanencia cronológica de la norma; ésta es reemplazada básicamente por la consideración del fin. Lo que en realidad importa para el nuevo Derecho es el cumplimiento de las metas sociales fijadas por la planificación antes que el mantenimiento de una situación dada, a la cual se ha otorgado tutela jurídica.

Estas características, y por lo mismo, esta nueva noción de derecho introduce a su vez, modificaciones en dos órdenes muy importantes: en el funcionamiento del derecho y en su estructura, en primer lugar, y luego, en la función del jurista.

La estructura tradicional de la norma, en la que se distinguía siempre supuestos y consecuencias, y que solía describirse como "Dado A debe ser B", se ha visto reemplazada ahora por la simple determinación de una consecuencia; es decir, la enunciación de una meta, sin que importe mayormente el supuesto; estructura que podría describirse con la fórmula "Debe ser B en cualquier supuesto".

“Debe ser B en cualquier supuesto”.

Si esto es así, la interpretación de la Ley ya no será fundamentalmente la búsqueda de una relación de correspondencia lógica entre los hechos, la hipótesis de la norma y su sanción o consecuencia, sino el análisis valorativo de ciertos medios con relación a los fines o metas determinados en la norma. De esta manera adquiere gran actualidad el enfrentamiento entre literalismo y finalismo como criterios de interpretación; más que eso, me atrevo a decir que el finalismo está desplazando al literalismo como criterio de interpretación.

Esto implica que las consideraciones puramente jurídicas —o al menos lo que tradicionalmente se entendió por consideración puramente jurídica— resultará insuficiente aún para interpretar el derecho,

pues la apreciación valorativa de medios afines requiere un profundo conocimiento de la realidad que se trata de cambiar y del ideal del cambio, proceso que exige en el intérprete gran capacidad crítica y agudo sentido de análisis. El nuevo jurista, si quiere cumplir satisfactoriamente su papel, y aún reduciendo éste a la simple interpretación del derecho, deberá ser fundamentalmente crítico. La formación legal, por consiguiente, debe orientarse no al conocimiento positivo de ciertas normas que, como hemos visto, tienen un carácter cada vez más transitorio, sino al desarrollo de esa capacidad crítica.

El nuevo jurista tendrá, pues, una función eminentemente creativa toda vez que el derecho no será ya algo que simplemente está allí, sino algo que progresivamente se va haciendo.

POSIBILIDADES DE QUE UNA ASOCIACION PUEDA ESTAR INTEGRADA POR OTRAS ASOCIACIONES

La asociación es una institución regulada por el Código Civil en sus artículos 42o. y siguientes.

Nuestro Código Civil no trata expresamente sobre la posibilidad de que diversas asociaciones sean miembros de una asociación que las agrupe.

Es por ello que se considera necesario hacer un análisis sucinto de las asociaciones a la luz de nuestro Código Civil, y de la opinión de los tratadistas del derecho civil.

I. Concepto de Asociación.

(1) El Dr. Angel Gustavo Cornejo, tratadista peruano de derecho civil, en su obra Código Civil, Exposición Sistemática y Comentario, Tomo I, página 196, define a la asociación como:

“Una convención por la cual dos o más personas ponen en común, con cierto carácter de permanencia sus conocimientos y su actividad con cualquier objeto que no sea el de obtener ventajas pecuniarias”.

Sostiene, igualmente, lo siguiente:

“La asociación es la reunión de individuos que no forman una sociedad regulada por el derecho civil y comprende las colectividades políticas, literarias, religiosas u otras de carácter público o general, ajena a toda idea de lucro”.

(2) El mismo Angel Gustavo Cornejo, op. cit., página 196, señala las siguientes características de la asociación:

a) El ser una convención, esto es un contrato, si bien no a título oneroso, porque el interés no es material.

b) Está constituido esencialmente de personas que aportan su inteligencia y actividad, pero no bienes, lo que no desnaturaliza por contribuir cada asociado con su cuota a los gastos necesarios para el funcionamiento de la institución.

c) Necesita un carácter de permanencia, que la distingue de la mera reunión que se reduce a un acto o a varios, accidentales o pasajeros; y

d) Es extraña a toda idea de lucro, pues si éste interviene, se convierte en otra entidad, o sea la sociedad propiamente dicha.

(3) Como se tratará adelante, la característica que más nos interesa para dilucidar el problema es el que se refiere a que la asociación está constituida esencialmente de personas que aportan su inteligencia, por cuanto la inteligencia es una cualidad propia de las personas físicas. Lo cual aparentemente podría descartar a las personas jurídicas como miembros de las asociaciones.

II. Nacimiento de la Asociación.

(4) El artículo 44 del Código Civil prescribe lo siguiente:

“Las asociaciones cuyo objeto no es realizar un fin económico gozarán de personería jurídica si tienen peculio propio o proveen en sus estatutos de la manera de formarlo y si sus estatutos constan de escritura pública inscrita”. (subrayado agregado).

(5) Igualmente el artículo 42 del mismo Código establece:

“Artículo 42o.- La existencia de las personas jurídicas de derecho privado comienza el día de su inscripción en el registro. Sin embargo, si antes han practicado actos civiles de los que están permitidos, los efectos de la inscripción se retrotraen a la fecha en que esos actos se realizaron”.

(6) Del texto de las disposiciones legales transcritas se desprende que las asociaciones gozarán de personería jurídica si tienen peculio propio o regulan en el estatuto la forma de crearlo y sus estatutos consten de escritura pública inscrita.

Desde luego que por razones de orden práctico, la ley reconoce que la asociación practique actos civiles con anterioridad a la fecha de su inscripción y que una vez inscrita la asociación, ésta se considere existente desde la fecha que practicó tales actos.

III. Quiénes pueden ser miembros de una asociación.

(7) Sobre este particular habrían dos tesis opuestas. La primera, según la cual la asociación sólo podría incorporar entre sus miembros a personas naturales y, consecuentemente, no podría contar entre sus miembros a otras asociaciones; y la otra, amparada en un régimen de libertad de contratación, que concluye que la asociación puede incluir entre sus miembros a otras asociaciones.

Se examinará a continuación, cada una de estas dos tesis:

A. La asociación sólo puede integrarse por personas físicas.

(8) Esta tesis se fundaría en lo dispuesto en el artículo 46 del Código Civil que determina lo siguiente:

“ Toda asociación llevará una matrícula en la que se haga constar el nombre, *apellido*, *profesión* y domicilio de sus miembros, con expresión de los que ejercen cargos de administración o representación”. (subrayado agregado).

(9) De la lectura de la disposición legal transcrita se puede apreciar que toda asociación debe llevar una matrícula en la que se haga constar entre otros datos, el nombre, apellido, profesión y domicilio de sus miembros.

Nótese que el apellido y la profesión, son caracte-

rísticas típicas de las personas naturales y por tanto, el artículo en mención no comprende a las personas jurídicas como miembros de una asociación.

El Diccionario de la Lengua Española, edición 1970, publicada por la Real Academia Española, en la página 855 explica el concepto de matrícula, en su primera acepción del modo siguiente:

“Lista o catálogo de los nombres de las personas que se asienta para un fin determinado por las leyes o reglamentos”.

Es evidente pues, que la matrícula es la lista o catálogo que debe llevar toda asociación en la que debe hacer constar los indicados datos.

(11) Como quiera que el apellido y la profesión son elementos distintivos propios de las personas naturales, por tanto, puede sostenerse que el artículo 46, tantas veces referido no se refiere a personas jurídicas. De no ser así, la redacción del indicado numeral hubiera comprendido también a las personas jurídicas y el nombre de sus respectivos representantes como datos a incluir en la matrícula de la asociación.

(12) Como fundamento adicional a esta tesis podría arguirse que como el artículo 53 del Código Civil, establece que “la calidad de asociado es inherente a la persona”, que si la asociación toma en consideración las calidades personales de una determinada persona para decidir incorporarlo entre sus miembros, tales calidades no pueden ser apreciadas en una persona jurídica, y concretamente en una asociación, por cuanto la asociación es un ente distinto de los miembros que la integran.

(13) Este argumento no es correcto. El artículo 53 del Código Civil antes citado, cuyo origen es el artículo 70 del Código Civil Suizo, sólo tiene por objeto establecer el carácter personalísimo del asociado y por ende establecer en forma implícita la prohibición de la enajenación de los derechos del asociado tanto durante su vida como a su fallecimiento.

Ello no puede llevar a la conclusión que si las asociaciones no se extinguen por fallecimiento, sino por su disolución o quiebra, que las asociaciones no puedan ser miembros de una asociación.

La norma bajo examen sólo pretende atribuir un carácter personalísimo a la condición de asociado e imponer una prohibición implícita, dado el carácter que ostenta el miembro de una asociación, para que él mismo no pueda enajenar su derecho de tal. Sin embargo, ello no quiere decir que la asociación no pueda estar integrada por personas jurídicas.

Desde luego, que por aplicación del artículo 53 de que se trata, la asociación o persona jurídica que sea miembro de una asociación no podrá enajenar su calidad de asociado a otra persona natural o jurídica, por cuanto el carácter de asociado es inherente al miembro de la asociación.

(14) Todo lo expuesto nos lleva a la conclusión que ni el artículo 46 ni el artículo 53 del Código Civil contienen una prohibición para que una asociación pueda estar integrada por personas jurídicas, y concretamente, por asociaciones.

(B) Una asociación puede comprender entre sus miembros a otras asociaciones.

(15) Esta tesis se basa, principalmente, en lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Política del Perú, que consagra como una de las garantías sociales "la libertad de asociarse y la de contratar. Las condiciones de su ejercicio están regidas por la ley".

(16) La libertad de asociación y de contratación, tiene sin embargo, la limitación contenida en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil según el cual "no se puede pactar contra las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

Del análisis de las disposiciones antes mencionadas puede concluirse que la Constitución consagra la libertad de asociación, con la condición de que la creación de la asociación no atentare contra el orden público o las buenas costumbres.

(17) Es evidente que la voluntad de diversas asociaciones con fines similares de formar una asociación que las agrupe no atenta ni contra el orden público ni contra las buenas costumbres, razón por la cual puede considerarse que una asociación puede comprender entre sus miembros a otras asociaciones de la misma índole.

(18) Esta interpretación está amparada, igualmente, en lo dispuesto en el artículo 43 del Código Civil Peruano, según el cual se establece que "las personas jurídicas pueden, para los fines de su instituto, adquirir

los derechos y **contraer las obligaciones** que no son inherentes a la condición natural del hombre". (subrayado agregado).

(19) Es obvio que el convenio por el cual varias asociaciones convengan e constituir una asociación que las agrupe implica que tales asociaciones se estén obligando no sólo económicamente, esto es a contribuir con sus cotizaciones, sino a cumplir los fines de la asociación que han creado mediante la realización de las actividades que al efecto, pudieran requerirse de ellas.

(20) Tales obligaciones no son, como es obvio, inherentes a la condición natural del hombre.

Debe advertirse que los atributos que, a título de ejemplo, se mencionan clásicamente como inherentes a la condición natural del hombre son, la edad, el sexo y el parentesco. El artículo 53 del Código Civil suizo que constituye la base legal del artículo 43 del Código Civil peruano así lo establece.

(21) Es necesario tener presente que los comentaristas de nuestro código civil vigente, doctores Angel Gustavo Cornejo y José León Barandiarán no se pronuncian sobre este tema.

(22) Sin embargo, los profesores franceses, Marcelo Planiol y Jorge Ripert, (1), sostienen lo siguiente:

"Una asociación puede comprender incluso a personas jurídicas, por ejemplo, sociedades que deseen participar en el estudio de los problemas sociales o técnicos".

Más adelante, los mismos autores (2) expresan lo siguiente:

"Las asociaciones que tengan una finalidad similar tienen facultades para constituir entre sí uniones. La Ley No. 1901 no menciona ese derecho pero es conforme al espíritu liberal de esa ley y al principio de la libertad de contratación. Además, ha quedado formalmente reconocido durante los trabajos preparatorios y lo está implícitamente por los artículos 7 a 10 del Decreto del 16 de agosto de 1901. *Esas uniones constituyen a su vez, verdaderas asociaciones...*" (subrayado agregado).

IV. Conclusiones.

(1) La Constitución Política del Perú, garantiza la libertad de asociación y contratación con las limitaciones prescritas por la ley.

(2) El contrato por el cual diversas asociaciones cuyos fines son similares entre sí, convienen en consti-

tuir una asociación de la cual formarán parte como miembros de ella, no se encuentra prohibido por la ley ni atenta contra la esencia misma del instituto de la asociación.

(3) Consecuentemente, el contrato de asociación celebrado en esas condiciones es plenamente válido, que entre los fines de la misma no se persiga ningún fin lucrativo.

IRREIVINDICABILIDAD DE LOS TITULOS NEGOCIADOS EN BOLSA

1. El artículo 15o. del Decreto Ley No. 18302 ha definido a las Bolsas de Valores como las instituciones creadas con la finalidad de centralizar la negociación de valores. Esta definición responde a la característica fundamental del objeto para el que es creada una Bolsa de Valores y determina que su organización se oriente a garantizar la posesión y transmisibilidad de los valores que se negocian en ella.

En armonía con la finalidad de la institución bursátil, la estructura jurídica creada por el Decreto Ley No. 18302 ha cuidado de revestir la negociación en Bolsa por normas que garanticen la circulación de los títulos representativos de los valores que tienen cotización; dotando de seguridad a quienes los adquieren en Rueda y con intervención de Agentes de Bolsa. Expresión de esta normatividad es el Reglamento de Operaciones en Rueda de Bolsa, puesto en vigencia por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, mediante Resolución No. 136-71-EF de 29 de diciembre de 1971.

Así, pues, la negociación bursátil está regida por normas privativas, aunque no por ello deja de estar sujeta a los principios generales reguladores de la transferencia de títulos-valores. Resulta, entonces, que las transferencias de valores bursátiles están reguladas por sus disposiciones privativas, en cuanto exigen su concierto en Rueda y la intervención de Agente de Bolsa, y, supletoriamente, por las disposiciones del derecho común, en cuanto a la entrega de los títulos, su endoso y registro en los Libros de la entidad emisora.

2. El principio de la irreivindicabilidad, dentro de la

estructura jurídica creada por el Decreto Ley No. 18302, está contenido en el artículo 6o. del Decreto Ley No. 18353 complementario del citado instrumento normativo. De este modo, se ha mantenido dentro de nuestro Derecho el principio de la irreivindicabilidad ya consagrado por el Código de Comercio de 1902.

Si bien el Artículo 6o. del Decreto-Ley No. 18353 está referido a establecer una presunción jure et de jure en cuanto al requisito del consentimiento del cónyuge exigido por el artículo 188 del Código Civil, para el caso de transferencia de valores en Rueda de Bolsa, al prescribirse la irreivindicabilidad de los títulos, se mantiene —como lo hemos advertido— el principio ya consagrado por el Código de Comercio, cuyas disposiciones en esta materia han sido derogadas por el artículo 10 del Decreto Ley No. 18353.

3. La institución bursátil en nuestro país, si bien mencionada por el Código de Comercio de 1853, comenzó a funcionar a fines de 1860, en que se aprobó el Reglamento de la Bolsa de Lima. Promulgado el Código de Comercio de 1902, la institución bursátil quedó sometida a sus normas y, en particular, a las consagradas en las Secciones Quinta y Sexta. Precisamente, los Títulos I y II de la Sección Quinta — De los Lugares y Casas de contratación Mercantil — se ocuparon de la organización de la Bolsa y cotización de los títulos, así como de las Operaciones de Bolsa; la Sección Sexta, que reguló las actividades de los agentes mediadores del comercio, consagró su Título II a los Agentes de Bolsa, entonces llamados Agentes de Cambio y Bolsa. El Art. 535 del Código de Comercio, hoy deroga-

gado por el Art. 214 de la Ley No. 16587, Ley "Libro de los Títulos-Valores" del Código de Comercio, en su inciso 3o., dejó establecida la no reivindicación de los títulos negociados en Bolsa con intervención de agente colegiado. De este modo, consagró el principio de la irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa, consagrando también el mismo principio en cuanto a las mercaderías compradas en almacenes o tiendas abiertas al público, como resulta de la norma contenida en el Art. 85.

Como el ordenamiento mercantil vigente desde 1902, en lo que se refiere a la negociación bursátil sólo hasta la promulgación del Decreto-Ley No. 18302 de 2 de junio de 1970, fue resultado de la adopción del Código Español de 1885, es imprescindible tener en consideración las razones de nuestro legislador al consagrar el principio de la irreivindicabilidad.

La Exposición de Motivos del Código de Comercio, también adoptada del Código Español por obra de don Miguel Antonio de la Lama, con el concurso de don Pedro Carlos Olaechea, connotados juristas de la época, dejó establecido que la irreivindicabilidad respondía al objeto de facilitar y asegurar la contratación mercantil. Tratándose de las mercaderías adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público, la Exposición de Motivos señaló la necesidad de que "todo comprador pueda adquirir las mercaderías que el vendedor tiene en su poder para la venta, con la plena seguridad de disfrutarlas tranquilamente; sin temor a que una vez apoderado de la cosa comprada, mediante la tradición, se vea molestado por reclamaciones de un tercero, que pretenda tener el dominio o algún derecho real sobre la misma"... (1). Así, pues, el fundamento del principio radicó, para nuestro legislador, en la preservación de la garantía que significaba el adquirir mercaderías en "los lugares y casas de contratación mercantil" a que se refería la Sección Quinta del Código de Comercio, dentro de las cuales estaba comprendida la institución bursátil.

Si bien la irreivindicabilidad, consagrada en el inciso 3o. del Art. 535 del Código de Comercio, se fundó en la importante innovación que significó la introducción de los títulos al portador en nuestro medio, las razones esgrimidas

por el legislador en la Exposición de Motivos (2), nos conducen a la aseveración de que el principio de la irreivindicabilidad quedó incorporado a la negociación bursátil, más aún si se considera que la Bolsa era un "lugar o casa de contratación".

Pero el mayor fundamento para sostener la incorporación del principio de la irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa, resultó del fenómeno mismo de la adaptación del ordenamiento mercantil español a nuestro derecho. La adopción del Código Español de 1885 se hizo en su articulado y Exposición de Motivos, incorporándose de este modo, tácitamente, todo el proceso legislativo que lo antecedía y del que devino en síntesis, cuyos principios habrán estado contenidos en normas de derecho positivo no comprendidas en el articulado del Código Español. Es así, que no resulta aventurado sostener que el Código de 1885 contiene —porque aún mantiene su vigencia en España— las disposiciones que en materia de irreivindicación de títulos negociados en Bolsa, tenía la Ley de Bolsas de 10 de setiembre de 1831 y la Ley de 30 de marzo de 1861, citadas por el tratadista Antonio Rodríguez (3), disposiciones que han sido reiteradas en la Ley de 4 de enero de 1917 (4). Las disposiciones anteriormente citadas fueron recogidas por el Art. 545 del Código Español, que es la fuente del Art. 535 de nuestro Código de Comercio de 1902.

4. Vemos, así, que la irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa llega al ordenamiento vigente, vía Código de Comercio, acusando como antecede el Derecho Español. Sin embargo, debemos también considerar que el Art. 14 de la Ley No. 16587 la ha consagrado al prescribir que no está sujeto a reivindicación el

(1) Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, edición 1940, Tomo XI, pág. 354.

(2) Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, edición 1940, Tomo XI, pág. 298.

(3) García Calderón, *Código de Comercio*, Lima, 1957, pág. 67.

(4) García Calderón, *Ob. cit.*; pág. 254

(5) *Operaciones de Bolsa*, Madrid, 1944, págs. 561 y siguientes.

(6) También citada por Rodríguez Sastre.

título-valor adquirido de buena fe, de conformidad con las normas que regulan su circulación.

De la concordancia, entonces, de la regla general del Art. 14 de la Ley No. 16587, y, de la disposición especial del Art. 6º del Decreto-Ley No. 18353, sólo puede arribarse a la conclusión de que la irreivindicabilidad de los títulos-valores negociados en Bolsa no sólo opera en el supuesto de la falta consentimiento de uno de los cónyuges sino aún el supuesto de que la orden que reciba el Agente de Bolsa para negociar títulos en Rueda sea irregular o que los mismos títulos acusen una procedencia ilegítima. Pero la irreivindicabilidad, de otro lado, no significa, en uno u otro caso, que al cónyuge que no prestó su consentimiento o al legítimo propietario de los títulos que ha sido desposeído, no se le reconozcan los derechos que les corresponda o no puedan ejercitar las acciones personales que se deriven del acto ilícito que ha dado lugar a la desposesión.

5. Concluyendo, pues, en que el principio de la irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa está consagrado en nuestro derecho, creemos conveniente no terminar este breve estudio sin referirnos a un ejercicio viciado de los procedimientos que franquea la Sección Quinta de la Ley No. 16587, la misma que tiene como antecedente la Sección Duodécima del Libro Segundo del Código de Comercio. Esta referencia pretende hacer un llamado a la necesidad de preservar el principio de irreivindicabilidad.

Como se sabe, el "Libro de los Títulos-Valores" del Código de Comercio, puesto en vigencia mediante la Ley No. 16587, en la segunda parte del Art. 208 al establecerse la aplicabilidad de las normas relativas al deterioro, destrucción, extravío y sustracción de los títulos - valores, a todos los títulos valores, aún a los regulados por leyes especiales, se hace referencia, equivocadamente, a la Sección Segunda de la Ley. Es-

te error ha sido subsanado por el Art. 9 del Decreto - Ley 18353, complementario del Decreto-Ley No. 18302, siendo esta subsanación la única finalidad por la que este instrumento normativo de la actividad bursátil se vincula a los procedimientos que franquea el Art. 180 de la Ley No. 16587, de Títulos-Valores.

Sin embargo, en la actualidad, se tramita ante uno de los Juzgados Civiles de Lima, un procedimiento entablado para que se declare la ineficacia de títulos valores que han sido transados en Rueda de Bolsa y con intervención de Agentes, sin que tales títulos se hayan extraviado, destruido o deteriorado, ni hayan sido sustraídos; su transferencia se realizó de conformidad con las normas que regulan las operaciones bursátiles, mediante Agente, adquiriéndose de buena fe bajo la garantía de la Rueda. El procedimiento de lo incoado la entidad vendedora pues el precio de la transferencia le fue pagado con cheque al descubierto —no por el adquirente de los títulos, sino por un tercero que se prestó de intermediario— en época en que aún no se había creado la Caja de Liquidaciones, servicio especial de la Bolsa de Valores de Lima que liquida las operaciones, recepcionando los títulos adquiridos y verificando el pago transfiriente.

El ejercicio así viciado del procedimiento que franquea el Art. 180 de la Ley No. 16587, abre la posibilidad de una reivindicación por vía indirecta, lo que es atentatorio del principio de irreivindicabilidad, sustento principal de la garantía de adquisición de valores en Bolsa. Se presenta, pues, una oportunidad propicia para que, jurisprudencialmente se preserve el principio de irreivindicabilidad.

Lima, agosto de 1974

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

1. Alcances del proyecto.

No se trata de un proyecto de nueva ley orgánica del Poder Judicial, sino de uno modificatorio de la vigente (D—Ley 14605) cuya mayor parte conserva.

El trabajo mencionado propone cambios en la actual ley más que en el Poder Judicial, que debería ser adaptado mediante una ley adecuada, a las nuevas exigencias de la sociedad peruana.

2. Metodología de la reforma.

Es de técnica legislativa, por razones obvias, que las normas legales que se pretende dictar se adapten a la realidad que se busca normar, y que armonicen con la legislación vigente y con otros proyectos sobre materias conexas que se hallen en estudio.

De allí la conveniencia de buscar sustento en estadísticas judiciales, en estudios sobre la realidad social, económica y cultural de las diversas zonas del país y recabar la opinión de todos los tribunales, colegios de abogados, escuelas de derecho, asociaciones profesionales, etc. sobre problema tan trascendente como es la administración de justicia, medio principal para restablecer el Estado de Derecho.

Es conveniente —además— concordar el proyecto de reforma con la Constitución y leyes vigentes, y con los proyectos en preparación de códigos de procedimientos civiles y penales, que contemplarán, seguramente, cambios en el proceso a los que deben adaptarse los tribunales.

3. Principios en que debe sustentarse la reforma.

Toda reforma legal debe apoyarse en principios rectores, verdaderas reglas teóricas, llamadas a precisar sus propósitos y sus alcances.

En el Perú, una reforma sobre la organización judicial, debería fundarse —entre otros— en los siguientes principios: a) acierto; b) celeridad; c) economía (de trámites y de gastos); d) democratización

de la justicia (inmediación y la publicidad que prescribe el art. 227 de la Constitución a fin de que el pueblo constate cómo administran justicia sus jueces); y e) descentralización (acercamiento entre el lugar del proceso y el del litigio).

4. Sistemática.

No pertenecen al campo de una ley "orgánica" de tribunales materias tan ajenas como: carrera judicial; ministerio fiscal; abogacía; secretariado judicial, que en algunos países son objeto de otras tantas leyes. Así, Colombia cuenta con un Estatuto orgánico de la administración de justicia (Decreto 1265 de 1970) y un Estatuto de la Carrera Judicial (Decreto 250 de 1970); Venezuela, con una Ley de abogados de 25 de julio de 1967; España, con el Estatuto del Ministerio Fiscal de 10. de junio de 1926 y Reglamento de 21 de febrero de 1958; ley sobre el Cuerpo administrativo de los tribunales de 8 de junio de 1947 y decreto orgánico de 12 de noviembre de 1948, etc.

En el Perú es necesario una Ley Orgánica del Ministerio Fiscal puesto que se persigue independizarlo del Poder Judicial al que debe "fiscalizar", y otra sobre la Abogacía puesto que su único estatuto legal es el contenido en el título XXII de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 308 a 329).

5. Los preceptos constitucionales.

Al entregar la designación de los jueces de todas las categorías al "Consejo Nacional de Justicia" (arts. 44 al 54) y al proponer el reingreso de los

(*) Por considerarse un tema de palpitante interés, se incluyen en esta sección los informes de los profesores Mario Alzamora Valdez y Fernando de Trazegnies sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial. Ambos fueron presentado a la Dirección de Programa, respondiendo al pedido formulado por el Director para que los profesores del Programa emitan opinión respecto a dicho Proyecto de Ley, sometido a debate público.

magistrados no ratificados al Poder Judicial (art. 320) el proyecto contradice expresamente los arts. 222, 223 y 224 de la Constitución del Estado que no han sido derogados ni modificados.

6. Declaración de anticonstitucionalidad de las leyes.

Incorre el proyecto en grave omisión al suprimir el art. 8o. de la ley actual que permite la declaración de anticonstitucionalidad de una ley dentro del proceso y encomienda a la Primera Sala de la Corte Suprema uniformar la jurisprudencia en este campo.

El art. 10o. del proyecto se refiere a conflictos entre normas de menor rango.

7. Consejo Nacional de Justicia.

Una de las más graves implicancias del proyecto es la contenida en sus arts. 44 a 54, 284, 285 y 301, que incorporan al "Consejo Nacional de Justicia", lo facultan para efectuar las designaciones de todos los integrantes de la magistratura y aplicar medidas disciplinarias a los magistrados en competencia con el Poder Judicial.

- a) La dación de un decreto-ley en julio de 1974, que permite a los integrantes del "Consejo Nacional de Justicia" desempeñar simultáneamente cargos de origen político, ha desvirtuado la razón de ser del susodicho cuerpo como órgano independiente de la política militante;
- b) La designación de jueces por dicho "Consejo" es contraria a las normas contenidas en los arts. 222 y 223 de la Constitución. Quizás una forma de evitar tan grave antijuridicidad sería limitar la función del mencionado ente a la selección de candidatos para conformar las ternas y las decenas a que se refiere la Constitución del Estado;
- c) La duplicidad que contiene el art. 285 del Proyecto, me exige de otro comentario: "Art. 285.- Las medidas disciplinarias serán

aplicadas por el órgano correspondiente del Poder Judicial o por el Consejo Nacional de Justicia, según fuere quien haya prevenido de su conocimiento".

8. Fueros.

El proyecto, cuyo art. 2o. expresa que "Los fueros privativos se rigen por sus leyes correspondientes" debería denominarse, se ha dicho acertadamente, "proyecto de ley orgánica del fuero común".

Integran también el Poder Judicial el llamado "fuero agrario" (D-Ley 17716, arts. 153 a 166) y el "fuero laboral" (D-Ley 19040 arts. 27 y sgts.) que administran justicia a nombre de la Nación y que precisamente, a través de una Ley Orgánica del Poder Judicial, deben incorporarse a éste, bajo la jurisdicción de la Corte Suprema, que debe revisar sus fallos, como los de la justicia "ordinaria", puesto que nada justifica la desigualdad.

9. Organización de los tribunales.

En este ámbito debería considerarse la conveniencia de:

- a) Crear tribunales colegiados de primera instancia competentes para conocer el recurso de apelación contra las sentencias expedidas por los jueces de paz, dada la inconveniencia que tal apelación sea resuelta en última instancia por un juez unipersonal; competentes además para conocer acciones de alimentos, posesorias, de inquilinato, otras de familia con tendencia a la oralidad (Ejemplo: art. 224 del proyecto uruguayo Couture) dado el alto porcentaje de analfabetos que existe en el país.
- b) Crear Tribunales Contencioso-Administrativos, cuyos fallos sean revisables por la Corte Suprema, tanto más necesarios cuanto cada día es mayor la ingerencia del Estado y de entes públicos, en diversas actividades;
- c) Salas laboral y contencioso-administrativa en la Corte Suprema, sin dilatar su personal.

10. Carrera Judicial.

En este orden es conveniente tomar en consideración:

- a) la creación de un Centro Nacional de Estudios Judiciales, a fin de complementar la formación y la preparación de los egresados de las once (11) escuelas de derecho que existen en el país, y proveer con los aprobados en dicho Centro los primeros grados de la carrera judicial;
- b) La creación de una "Comisión Judicial de Ascensos" constituida por magistrados delegados de todas las instancias, elegidos periódicamente (Francia: Ordenanza 58-12-10 y modificatorias) encargada de formular el cuadro de ascensos y la lista de aptitudes.
- c) Ingreso de abogados a la carrera judicial con la alternabilidad que se establezca.

11. Ministerio Fiscal.

La efectividad de un Ministerio Público "independiente del Poder Judicial" como se dice en el art. 260 del proyecto, exige:

- a) La creación de un auténtico Fiscal de la Nación o Fiscal del Estado como se denomina en el art. 150 del proyecto de Constitución formulado por la Comisión que presidió el preclaro maestro y jurista doctor Manuel Vicente Villarán, con las atribuciones que le señala el art. 151 del mismo, y las que algunos Estados democráticos modernos confieren al Ombudsman (Suecia, Noruega, Finlandia, Reino Unido, Alemania Federal, Dinamarca, Canadá —provincias de Alberta, New Brunswick, Quebec, Manitoba— Nueva Zelandia e Isla de Mauritius).
- b) Escalafón de los miembros del Ministerio Fiscal;
- c) Conferir, entre otras atribuciones, al Ministerio Fiscal: vigilancia de la moralidad en la administración pública y del dinero público;

dirección —caso de Bolivia— de la política judicial.

12. Abogacía.

Constituye necesidad urgente el dictado de normas, entre otros, sobre los siguientes asuntos: práctica pre-profesional; título; registro nacional del mismo; servicio a la comunidad de los abogados después de optar el título; escalafón y jerarquía, así como derechos y deberes de los abogados al servicio del sector público; la labor del abogado en el ámbito judicial; honorarios; Colegios y Federación de Colegios de Abogados; instituciones de solidaridad profesional; mutual del abogado.

13. Auxiliares de justicia.

Es conveniente poner término a la anarquía legal que impera en este sector. Según el proyecto y en la actualidad, algunos auxiliares deben ser letrados (secretarios de las cortes, relatores, en algunos casos los secretarios de juzgado), otros no. Algunos perciben haber del Estado, otros —por el ejercicio de una función pública— son retribuidos por los litigantes; aquellos tienen goces, estos últimos no. Es de necesidad contemplar la posibilidad de normar un "Escalafón de Auxiliares de Justicia".

14. Innovaciones del proyecto.

El proyecto introduce, entre otras, algunas innovaciones positivas tales como el cambio del nombre "vocales" por el genérico de jueces (aunque seguirán denominándose "vocales" los de los tribunales agrario y del trabajo); jueces auxiliares a fin de aliviar la congestión del despacho (arts. 126 y 127), horario judicial (arts. 89, 131 y 152) y evaluación permanente de los jueces (arts. 59 a 65).

No se justifica la subrogación de la Ley orgánica del Poder Judicial vigente (D-Ley 14605) por el proyecto objeto de esta reseña, que, en mi opinión, debe ser reelaborado por una Comisión adecuada a fin de que se constituya la magistratura que el país requiere.

Lima, octubre de 1974.

INFORME SOBRE EL PROYECTO DE LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL

El tema de la administración de justicia es verdaderamente delicado y complejo. No cabe duda alguna que la solución de conflictos es una de las funciones básicas del Estado; y con este objeto se ha creado una estructura encargada de cumplir esa función, a la que se ha atribuido ciertas características que la conciencia jurídica contemporánea considera esenciales: independencia, celeridad, etc. En realidad, un Estado moderno no podría desarrollar sus actividades propias sin contar en alguna forma con un sistema de solución de conflictos; lo que significa que la organización de dicho sistema constituye —o debe constituir— una preocupación muy grave, por cuanto que se trata de uno de los elementos constitutivos del Estado.

Por otra parte, la administración de justicia no es una tarea meramente mecánica que se limita a aplicar una legislación creada por personas ajenas al sistema judicial. Existe a veces la creencia —derivada de una malformación de la que es responsable una concepción “vulgar” del positivismo— que el Juez no tiene nada propio que decir en un proceso de cambio, por cuanto toda la “política” viene trazada por la ley; algún autor muy conocido ha afirmado que, para quienes piensan así, el Juez no es sino un “fonógrafo” que se limita a reproducir ante un caso concreto lo que ya estaba en el texto escrito de la ley. De ahí que inconscientemente se otorgue al Poder Judicial un rango menor dentro de la estructura del Estado; aparentemente, su papel es simplemente seguir y colaborar con los otros Poderes del Estado que son propiamente quienes desempeñan el rol dinámico.

Ahora bien, estos enfoques han sido seriamente objetados por políticos y juristas. Se piensa que el Derecho no es una estructura imperativa capaz de una formalización absoluta. Por el contrario, presen-

ta siempre una “textura abierta” que exige que toda norma sea creativamente complementada en el momento de su aplicación; de ahí que el Derecho no puede adoptar un razonamiento demostrativo similar al de las matemáticas y de ahí que no se puedan sustituir los Jueces por computadoras. El papel del Juez no es, entonces, tan pasivo como se pretendía sino que le corresponde también tomar decisiones “políticas”, es decir, complementar el texto todavía abstracto de la ley con propósitos y finalidades a nivel concreto; el Juez también crea Derecho. Y, en muchos casos, el Juez se encuentra en mejor aptitud para esta labor de creación jurídica que el propio legislador; por ejemplo, sería imposible para el legislador prever y normar todos los casos posibles donde existe responsabilidad civil y las respectivas indemnizaciones, mientras que el Juez —gracias a una norma de “textura muy abierta” como el artículo 1136 del Código Civil, que casi no es sino un mero principio— está mejor colocado para establecer las reglas aplicables a cada caso a través de una interpretación creativa.

Pues bien, si todo esto es exacto, el problema de la administración de justicia debería recibir un tratamiento muy especial. Sin embargo, no sucede así. Es indudable que la administración de justicia en el Perú atraviesa por una crisis muy grave y que no hay mayores esfuerzos por superarla. Anté todo, se trata de una crisis de prestigio, originada en una complejidad de factores: estructuras administrativas anquilosadas, pobreza económica, hábitos mentales anacrónicos tanto en quienes se encargan de aplicar la justicia como en quienes se ocupan de criticarla, una formación jurídica caracterizada por el formalismo y alejada de la realidad, etc. Frente a esta crisis, mucha gente se queja pero, en la práctica, no se logra implementar una auténtica reforma integral.

Por ese motivo, se prefiere la solución fácil que consiste en apartarse del Poder Judicial y crear un sinnúmero de Fueros Privativos: primero fue el Derecho Laboral, después el Derecho Agrario, que crearon medidas de emergencia frente a necesidades que no podían esperar un replanteamiento integral del sistema; sin embargo, el ejemplo se difunde y ahora las Comunidades Laborales desean su Fuero propio*, el INRED propone un Fuero Laboral Privativo para el deportista y los arqueólogos sugieren un Fuero especial para la legislación sobre conservación de Monumentos Históricos. El Poder Judicial —es decir, el órgano del Estado propiamente llamado a resolver los conflictos— va perdiendo su campo de acción y poco a poco se reduce a los juicios de alimentos, quizá desahucio (lo que no es seguro, porque la Ley de Inquilinato podría crear un Fuero Administrativo para tratar muchos de los problemas de vivienda), cobranzas de deudas y otros problemas menores similares. Estamos, pues, en presencia de un fenómeno de devaluación del Poder Judicial y de desarticulación de la función del Estado de administrar justicia.

Como lo señalaban los juristas Robert Badinter y Jean Denis Bredin en un notable artículo sobre el Poder Judicial en Francia ("La Justice en question". *Le Monde*, *Sélection Hebdomadaire* No. 1098, 6-12-Nov. 1969, p. 7), se trata básicamente de una crisis de envejecimiento. En realidad, todo está viejo en la administración de justicia: la decoración de las Cortes y Juzgados con muebles vetustos —no necesariamente antiguos— y terciopelos polvorientos y gastados; el lenguaje que se emplea en las resoluciones, poblado de palabras arcaicas que evocan románticamente otras épocas, pero que al escucharlas o leerlas el litigante actual no sabe si ha ganado o perdido el pleito; los sistemas de trabajo, los hábitos mentales; en una palabra, todo. Es, por ejemplo, muy significativo que el uso de la máquina de escribir recién se haya permitido en el Poder Judicial hace unos pocos años para las actas de las diligencias.

Lo grave es que existen muchas personas que no advierten el envejecimiento, cuando deberían tener pleno conocimiento del mismo; y hay otras que lo advierten pero creen que así debe ser: confunden "dignidad" de la administración de justicia con envejecimiento y desarrollan sofisticadas e inteligentes racionalizaciones para justificar los viejos sistemas. Y es que el envejecimiento externo no es sino el reflejo de una concepción arcaica del Derecho. Siguiendo siempre a los autores antes citados, es interesante

tomar conciencia que, siendo la administración de justicia un servicio público, tiene características muy diferentes de los demás servicios que el Estado presta. Basta comparar incluso superficialmente una oficina de un Banco Estatal con un Juzgado o una Sala de Corte para advertir que el contraste entre la organización y equipamiento moderno del Banco y la decoración y formas anacrónicamente solemnes de la dependencia judicial obedecen a una causa profunda: más allá de lo externo, existe un espíritu diferente entre ambas oficinas. Y es que, a diferencia del servicio de correos o de la organización financiera del Estado, la administración de justicia tiene la pretensión de derivar de lo divino, de una justicia "natural" establecida por Dios. Por eso es que, aún laicizado el Derecho por la influencia del positivismo, sigue siendo un culto con sus sacerdotes, sus templos, sus ritos, en donde la funcionalidad se sacrifica muchas veces en aras de la veneración de la tradición.

Dentro de este espíritu —que comparten muchas veces inconscientemente las organizaciones del Estado vinculadas con el otorgamiento de partidas presupuestarias al Poder Judicial— los Jueces deben ganar poco y sacrificarse por su "religión"; los sacerdotes tienen que ser ascetas y los templos deben ser austeros hasta la pobreza y la incomodidad. Una justicia "religiosa" no tiene necesidad de secretarías eficientes, ni máquinas eléctricas; casi no requiere de teléfono siquiera, porque en última instancia el Juez debe permanecer inaccesible. Los expedientes judiciales deben ser documentos esotéricos cuyo secreto está protegido por un razonamiento formal alejado de la experiencia diaria, por un lenguaje desusado y, a veces, hasta por una notable dificultad para entender la letra de las resoluciones que en algunas ocasiones siguen asentándose a mano. Obviamente, si el Juez es una especie de oráculo, no requiere la utilización de los medios modernos de informática para conocer las disposiciones vigentes. La comparación entre una oficina de Banco y una dependencia judicial —y la consiguiente explicación de sus diferencias por el carácter "religioso" de la administración de justicia— es válida incluso con relación a la forma como se otorga comodidades a los usuarios del servicio: los litigantes, como los feligreses que concu-

*Este comentario fue escrito antes del D.L. que crea el Fuero de Comunidades Laborales.

rran al templo, tienen que coparticipar en las mortificaciones y deben contentarse con incómodas bancas o asientos de madera.

Todo lo dicho lleva a consecuencias muy graves. De un lado, la administración de justicia es altamente ineficiente y lenta, existen pocos Jueces y mal equipados para resolver muchas causas y el litigante se siente mal servido. De otro lado, la distancia que existe entre este juez-sacerdote y el litigante origina una falta de confianza en este último. Dado que el litigante no entiende el razonamiento formalista de los Jueces ni su lenguaje ni sus solemnidades, sospecha que a su vez el Juez desde su mundo no lo entiende a él. Así, esta desconfianza en una evaluación adecuada de su problema lleva a que el fallo no sea una resolución en la que el litigante se reconozca, en la que incluso el perdedor admita que sus argumentos han sido debidamente evaluados; por el contrario, el fallo llega como una especie de orden divina que pone fin al conflicto por imperio más que por razón. Y, evidentemente, el litigante tiende —infundadamente en la mayoría de los casos— a encontrar la magia en “elementos” ajenos al pleito que han intervenido en el ánimo del Juez.

La situación aquí descrita es grave y obliga a reflexionar seriamente sobre el problema. De lo que se trata básicamente es de cambiar una idea de justicia inaccesible que llega de lo alto, por una justicia de diálogo en la que litigantes y Jueces encuentren un nivel de comunicación que restablezca la confianza. Paralelamente, es preciso modernizar los sistemas de razonamiento y trabajo en el Poder Judicial a fin de restablecer la eficiencia; esto implica tanto una celeridad y una mejor implementación del servicio de administrar justicia como también el reajuste del enfoque de las situaciones de acuerdo a la realidad presente. Son, pues, estos dos valores —comunicación y eficiencia— que deben presidir toda transformación del Poder Judicial.

Dentro de este orden de ideas, paso a comentar aspectos diversos del proyecto de Decreto Ley.

1. Una tarea de la envergadura mencionada, ¿puede reducirse a la elaboración de un proyecto de ley? ¿O quizá se trata de una operación más compleja e integral?

En realidad, parecería que lo que se ha tenido en mente es reformar la Ley Orgánica del Poder

Judicial; pero lo que había que reformar era el Poder Judicial mismo. La diferencia es importante: el primer enfoque constituye aún una perspectiva formalista del problema en virtud del cual tanto la causa o raíz de la situación como su posible solución están ubicadas en el papel; en cambio, el segundo enfoque implica adoptar una perspectiva integral que pretenda alcanzar la realidad misma. Ahora bien, este segundo enfoque implica adoptar una perspectiva integral que pretenda alcanzar la realidad misma. Ahora bien, este segundo enfoque supone que no todo el problema está en una “ley mala” ni que la solución consiste pura y simplemente en una “ley buena”. De lo que se trata en este caso es de desarrollar una verdadera “política”, aplicando todos los medios —legales, económicos, educativos, etc.— para llevarla a cabo.

Dentro de este orden de ideas, parecería que un proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial debería venir enmarcado dentro de un estudio completo de los males del Poder Judicial y sus causas y orientado por un conjunto de medidas que se proponen para solucionarlos, entre las que ciertamente debe también encontrarse una nueva Ley Orgánica. Sin embargo, ignoro si tal estudio ha sido hecho y si existe una verdadera política global de reforma del Poder Judicial que contemple no solamente los aspectos jurídico - Institucionales, sino también los aspectos presupuestarios, la modificación de los Códigos de Procedimientos, la posibilidad de impartir una enseñanza jurídica en el país menos solemne y formal y más acorde con las necesidades actuales de diálogo y eficiencia y la capacitación de los jueces a través de estudios especializados, tanto en el país como en el extranjero. Por consiguiente, la primera objeción que puede formularse al proyecto —y quizá también la más importante— es que carece de contexto de realidad.

2. Dado que el proyecto toma como punto de partida una ley anterior —reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial— y no una realidad problemática —reforma de los sistemas de administración de justicia— sus alcances han permanecido dentro de los límites de la actual Ley

Orgánica. Esto hace que el proyecto sólo se ocupe del Fuero Común, sin tomar a su cargo el problema real de la solución de conflictos en su integridad.

Ahora bien, las deficiencias del Poder Judicial actual han llevado a crear Fueros Privativos en diversos campos que requerían una atención de urgencia. Los sectores que por una u otra razón eran socialmente dinamizados, no se sentían con fuerza suficiente para sustituir todo el mecanismo de la administración de justicia; por eso, preferían apartarse de él y crear su mecanismo propio. Este ha sido particularmente el caso del Derecho Laboral y del Derecho Agrario. Sin embargo, éstas han sido soluciones de emergencia que no tocan el fondo del problema. No cabe duda que en esta forma se fragmenta la actividad del Estado, se multiplican los tipos de órganos jurisdiccionales ocasionando un mayor gasto en personal y equipo así como un mayor riesgo de superposiciones de competencia y, en general, se abandona una organización central de la actividad pública para sustituirla por una organización de la actividad pública parcelada. Imaginar que el Poder Judicial debe ser por principio diferente según se trate de problemas agrarios, laborales, deportivos, artesanales, familiares, etc. es como pretender que debe existir un Ministerio de Transportes para el Sector Agrario, otro para el Sector Pesquero, otro Ministerio diferente para los transportes en la Selva que presentan dificultades *sui-generis* y así sucesivamente. En realidad, la actividad judicial es una sola: tiene que administrar justicia y utilizar para ello la totalidad de la legislación vigente. Es así como, por ejemplo, el Fuero Agrario se encuentra obligado a aplicar el Derecho Civil, la legislación comercial, el Derecho Administrativo, etc., en la solución de los conflictos agrarios; el orden positivo vigente no puede ser compartimentalizado y entregado a órganos jurisdiccionales diferentes. Por consiguiente, el problema de la administración de justicia debe ser encarado en su totalidad; sin perjuicio de reconocer en su interior ciertas diferenciaciones debidas a diferencias en la naturaleza de las cosas.

Por todo lo expuesto, el proyecto bajo informe tiene alcances muy limitados y no enfrenta la totalidad del problema al omitir legislar de

manera integral y coherente sobre los diferentes tipos de administración de justicia. Esta omisión se encuentra reforzada por la supresión en el proyecto de las reglas contenidas en el artículo 1, en el inciso (a) del artículo 3 y en el artículo 4 de la actual Ley Orgánica que clara y terminantemente establecían que la función de administrar justicia compete al Poder Judicial, que es una garantía de la administración de justicia la exclusividad de la jurisdicción por el Poder Judicial y que no se puede instituir jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial (salvo el Fuero Militar, por razones obvias de seguridad). Esta supresión implica alentar a cada sector de la actividad nacional a exigir su Fuero propio.

3. Uno de los principios básicos de la organización de todo Poder Judicial es su independencia. El Poder Judicial se supone que sea un tercero independiente, libre de consigna o coacción, que pueda arbitrar los conflictos entre particulares y entre particulares y el Estado. Ello no implica necesariamente que la función judicial sea políticamente neutra y "pura". En realidad, la aplicación de la ley supone inevitablemente un proceso simultáneo de creación de Derecho y no cabe la menor duda que toda creación de una estructura social imperativa supone a su vez la existencia de ciertos objetivos o propósitos sociales, de ciertas "políticas", en el sentido grande del término. Pero ello no significa que el Poder Judicial deba identificarse necesariamente con los objetivos del Poder Ejecutivo, pues ello conllevaría en la práctica que la función jurisdiccional se convierta en una función administrativa. Cuando sostengo que el juez debe tener —y tiene inevitablemente, aún cuando no sea consciente de ello— un razonamiento político, quiero decir que el Juez debe tener un razonamiento político propio. Pensar que el Derecho es inseparable de la Política no quiere decir que el Poder Judicial sea inseparable del Poder Ejecutivo.

De ahí la necesidad de reafirmar la independencia del Poder Judicial, especialmente cuando su "politización" creciente —es decir, su toma de conciencia de que siempre la decisión judicial ha jugado un rol político— se presta para con-

fusiones indeseables en las que toda independencia puede verse afectada. Esta exigencia básica de la función jurisdiccional es aún más importante dentro de un proceso de transformación social debido a que el mayor rol que desarrolla el Poder Ejecutivo en la actividad económico-social requiere una mayor "personalidad propia" del Juez a fin de actuar siempre como tercero imparcial. Si se piensa en el alto porcentaje de la actividad económica que está actualmente a cargo de las empresas públicas, no cabe duda que es aún más apremiante lograr la independencia judicial a fin de asegurar que los conflictos que pudieran surgir entre las empresas públicas y los particulares (empleados, profesionales o empresas privadas que contratan con las empresas públicas) sean resueltos por una entidad (el Poder Judicial) distinta de los litigantes (el Poder Ejecutivo representado por las empresas públicas y los intereses privados en el más amplio sentido de la palabra).

Dentro de este orden de ideas, resulta positiva la inclusión del segundo párrafo del artículo 2 del proyecto en el sentido que "el Poder Judicial es independiente en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales" y que "los Jueces, en su función de discernir justicia, no deben obediencia sino a la ley". Sin embargo, sería conveniente también por las mismas razones, mantener en el Proyecto el inciso "h" del artículo 3 de la actual ley, ("Es garantía de la administración de justicia... la obligación del Poder Ejecutivo de hacer cumplir, bajo responsabilidad, las resoluciones y mandatos judiciales") y el artículo 6 de la actual Ley. ("Ningún otro poder ni autoridad pueden avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el Poder Judicial"), sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 del Proyecto que cubre el problema desde el lado positivo: toda autoridad debe contribuir al cumplimiento de dichas resoluciones.

4. Uno de los aspectos difíciles de organizar legalmente es el del campo de lo llamado "lo contencioso-administrativo".
¿Qué sucede cuando surge alguna cuestión contenciosa en la aplicación de un procedimiento administrativo? Algunas legislaciones han preferido resolver estos problemas a través de un

Fuero o Tribunal especial, como el Consejo de Estado en Francia. En el Perú, estas contiendas han estado siempre sometidas al Poder Judicial, aún cuando en la práctica la impugnación judicial era poco operativa, sea en unos casos por la escasa probabilidad de éxito y de intervención oportuna para el litigante privado, sea en otros casos por la obstaculización que estas impugnaciones producían en el cumplimiento de las tareas de la Administración Pública.

La actual Ley Orgánica prevee en su artículo 10 que, surgida una cuestión contenciosa, debe suspenderse todo el procedimiento administrativo y referirse la cuestión al Poder Judicial para que éste la resuelva. Esta disposición tiene un carácter marcadamente liberal y se preocupa sólo de un lado del problema: la defensa del derecho privado individual; pero no toma en cuenta la operatividad y eficiencia que requiere la Administración Pública. Además, la concordancia entre el artículo 10 y el artículo 11 no era clara. Por eso, considero un acierto que esta disposición haya sido suprimida en el Proyecto. Por el contrario, se exige que previamente haya sido agotada la vía administrativa en todos los casos (artículo 9). Paralelamente y para garantizar también el derecho privado que pudiera ser afectado por una decisión administrativa, el Proyecto otorga acción contra los actos del Sector Público que constituyan despojo, desconocimiento o violación de los derechos que reconocen las leyes (artículo 8); e incluso establece un procedimiento al más alto nivel judicial para ventilar este tipo de conflictos (artículo 76, inciso "b").

5. El artículo 6 del Proyecto dispone que los Jueces no aplicarán los Decretos y Resoluciones contrarias a las leyes; pero omite decir que tampoco deben aplicar las leyes contrarias a la Constitución. En realidad, el Proyecto elimina todas las disposiciones contenidas en el artículo 8 de la actual Ley Orgánica —que precisa el procedimiento para el caso contemplado en el artículo XXII del Título Preliminar del Código Civil— sobre la incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal. Creo que esta omisión es grave y que debe ser

salvada. En otros países es posible impugnar judicialmente las disposiciones anti-constitucionales a fin de que se declare que no son válidas. Esta posición extrema podría parecer inconveniente para el Perú porque quizá —y el asunto merece un estudio cuidadoso desde el punto de vista político y administrativo, que aún no se ha hecho— se entorpecería la actividad del Estado. Pero, en cualquier caso, no cabe duda que frente a situaciones específicas los Jueces deben respetar prioritariamente las disposiciones constitucionales; a menos que se opte políticamente por un sistema jurídico sin Constitución, lo que no parece ser el caso.

6. Al tratar el artículo 12 del Proyecto de los deberes de los Jueces, creo indispensable reafirmar que deben fundamentar adecuadamente las resoluciones que expidan. No es posible exagerar la importancia que tiene dicha fundamentación para un desarrollo jurídico nacional coherente e inteligente. En muchas oportunidades se ha dicho que el verdadero Derecho no es aquel que se encuentra en la ley todavía en estado latente, sino aquel que efectivamente aplican los Jueces y los Tribunales quienes deciden amparar ciertas interpretaciones y orientar la ley en ciertos sentidos. Ahora bien, si el razonamiento judicial tiene tal peso en la aplicación del Derecho, es inevitable que ese razonamiento tenga que ser explicitado y desarrollado. Además, una expresión directa y completa de lo que piensan los Jueces al aplicar la ley puede llevar a un enjuiciamiento por la opinión pública —incluyendo al sector profesional correspondiente, a los Programas Académicos de Derecho, etc.— de la actividad judicial; con las saludables consecuencias de incremento del diálogo y estímulo a los Jueces para esforzarse en redactar mejores resoluciones.
Tendré oportunidad nuevamente de ocuparme de este punto en otra parte de este Informe.
7. El artículo 13 del Proyecto establece las facultades de los Jueces. Ahora bien, parecería conveniente conferirles la posibilidad de participar más activamente en el proceso a fin de contrarrestar las maniobras dilatorias de las partes. El inciso (a) de dicho artículo reproduce el inciso

(a) del artículo 24 de la actual Ley Orgánica por el que el Juez está autorizado para denegar de plano las peticiones maliciosas; sin embargo, en la práctica esta facultad se utiliza pocas veces y sería interesante hacer un estudio para determinar la razón de ello. Pero, por otra parte, una de las maniobras dilatorias más obvias y utilizadas por los litigantes consiste en apelar o interponer recurso de nulidad sin ninguna base legal sustantiva e incluso sin intentar fundamentación alguna en el escrito correspondiente. Para evitar esto, los Jueces debieran estar facultados para denegar de plano los pedidos o recursos carentes de fundamento o manifiestamente ilegales; sin perjuicio de que el litigante que se crea agraviado por la denegatoria haga uso del derecho de queja si lo juzga oportuno.

De otro lado, el Juez debe tener la posibilidad de actuar de oficio ciertas pruebas, si lo considera necesario para un mejor conocimiento del problema *sub-litis*. En este mismo sentido, convendría aclarar que la facultad del inciso (e) del artículo 13 del Proyecto puede ser ejercida por el Juez sin que medie pedido de ninguno de los litigantes.

8. El artículo 14 establece las prohibiciones de los Jueces y es interesante señalar que, con mucho acierto, el proyecto ha suprimido de manera absoluta la posibilidad de que los Jueces defiendan en juicio pública o privadamente. Como es conocido, la actual Ley Orgánica en su artículo 26, inciso (b), permitía a los Jueces ejercer la defensa cuando se trataba de causa propia, de su cónyuge, de ascendientes o descendientes. Dada la ambigüedad que esta situación puede originar, el Proyecto elimina esta facultad; lo que no elimina totalmente la ambigüedad pero, al menos, la hace menos manifiesta.
9. Dentro del nuevo diseño de la estructura del Poder Judicial, no está clara la ubicación de los Relatores. En la actualidad, la carrera judicial se inicia con los cargos de Relatores, Secretarios de Corte y Jueces de Paz. Letrados (artículo 30 de la Ley Orgánica). En cambio, el artículo 20 del Proyecto elimina de la carrera judicial a los Secretarios de Corte y a los Relatores. No tengo opinión sobre la conveniencia o inconvenien-

cia de esta modificación. Sin embargo, mientras que los Secretarios de Corte han sido expresamente calificados como auxiliares de justicia en el artículo 19 del Proyecto, los Relatores no están comprendidos en dicho artículo 19 ni en el artículo 20. Ahora bien, a pesar de ello, el Capítulo I del Título VII del Proyecto los incluye como auxiliares de justicia.

En consecuencia, hay que precisar la ubicación de estos funcionarios, lo que debe reflejarse en una modificación del artículo 19 ó del artículo 20 del Proyecto.

10. El artículo 35 del Proyecto que determina los requisitos comunes para ser Juez, merece algunos comentarios. En primer lugar, cabe señalar algunas modificaciones acertadas a lo establecido por la actual Ley Orgánica. Así, por ejemplo, el inciso (f) se limita a exigir en forma genérica que la incapacidad física que no permite ser Juez, sea permanente y le impida efectivamente ejercer el cargo; en cambio, el inciso (f) del artículo 18 actual hace algunas menciones innecesarias a los ciegos, sordos y mudos; quienes, además, en algunas ocasiones, podrían quizá no estar efectivamente impedidos para ejercer el cargo. Igualmente, es acertada la introducción de la regla del inciso (g) del artículo 35 del Proyecto que prohíbe ser Juez a quien ha sido destituido de la carrera judicial o de cualquier otro cargo público por medida disciplinaria. Por el contrario, no es igualmente feliz la redacción de la regla sobre los quebrados que consta en el inciso (e) del artículo comentado del Proyecto. Parece razonable que quien se encuentre en quiebra no pueda ejercer un cargo judicial mientras permanezca en ese estado. Pero si la quiebra ha sido sobreesfda, no parece haber motivo para que el que fue quebrado quede inhabilitado de por vida; salvo que se hubiere tratado de quiebra culposa o fraudulenta. Por otra parte, no se comprende la razón por la que se ha suprimido la regla contenida en el inciso (g) del artículo 18 de la actual Ley. ¿sera que en la mente de los legisladores del Proyecto está que los sacerdotes puedan ser Jueces o Vocales Supremos? Si fuera así, se trataría de una innovación grave sobre la cual debe reflexionarse seriamente.

11. La regla del artículo 37 del Proyecto sobre la incompatibilidad debe decir "auxiliares de justicia" en vez de "Secretarios judiciales", ya que no hay razón alguna para excluir de la incompatibilidad a los Relatores —teniendo en cuenta la observación del punto 9 de este Informe— ni a los Escribanos de Juzgado, Peritos Judiciales, etc.
12. Los artículos 38 a 40 han eliminado el actual requisito de la edad para ser Vocal Supremo, Vocal Superior o Juez de Primera Instancia: 45, 35 y 30 años, respectivamente. Sin embargo, la modificación no parece tan sustancial si se tiene en cuenta que el tiempo exigido en cada caso dentro del ejercicio de alguna función judicial o del ejercicio de la profesión de abogado conduce en la práctica a límites mínimos de edad muy cercanos a los existentes.
13. El inciso (a) del artículo 73 del Proyecto debe incorporar a los Jueces del Tribunal Agrario, al igual como lo hace el inciso (b) del mismo artículo.
14. El artículo 76 del Proyecto, al establecer las reglas para dirimir la competencia entre los Jueces del Fuero Común y los Privativos, señala que estas contiendas serán conocidas en instancia única por la Corte Suprema. Sin embargo, el Decreto Ley 17716 establece que esta decisión corresponde al Tribunal Agrario en los casos en que existan conflictos de competencia entre el Fuero Agrario y el Fuero Común. Es conveniente aclarar si la idea es centralizar estas decisiones en la Corte Suprema, modificando la actual disposición de la Ley de Reforma Agraria.
15. La ubicación y funciones de los Tribunales Unipersonales tampoco presenta una imagen clara. De un lado, estos Tribunales forman parte de la Corte Superior, conforme se deduce de su inclusión en el Capítulo II del Título III (artículo 83) y del inciso (b) del artículo 17. Sin embargo, sus decisiones pueden ser apeladas ante la propia Corte Superior, según lo establece el inciso (b) del artículo 82 que asigna esta función a los Tribunales Correccionales Colegiados,

los que, aparentemente, se encuentran en el mismo nivel jurisdiccional: es decir, es como si las decisiones de los Jueces del Primer al Sexto Juzgado pudieran ser "apeladas" ante los Jueces del Séptimo al Duodécimo Juzgado.

Por otra parte, el inciso (c) del artículo 83 otorga a estos Tribunales Unipersonales competencia para juzgar delitos contra la familia, salvo el de adulterio. Sin embargo, el inciso (e) del artículo 128 establece que los Jueces de Primera Instancia en lo Penal instruirán y sentenciarán los delitos de abandono de familia. Por todo ello, sería conveniente frasear mejor estas ideas a fin de mantener la concordancia.

16. El artículo 99 establece el sistema del Vocal Ponente que ha reemplazado al antiguo Dictamen Fiscal por razones de celeridad procesal. Sin embargo, tal Dictamen era una magnífica oportunidad de exponer clara y ordenadamente el razonamiento judicial; al punto que las Ejecutorias Supremas se publicaban siempre con su complemento del Dictamen Fiscal a fin de hacerlas más explícitas. En consecuencia, el Dictamen mencionado cumplía una importante misión de comunicación entre el pensamiento de la Corte Suprema y la actividad de los abogados y litigantes; además, permitía apreciar líneas de interpretación judicial que posibilitaban una actuación más inteligente y orientada de la propia actividad judicial en sus aspectos creativos. Todo esto fue suprimido porque se consideró —acertadamente— que la necesidad del Dictamen Fiscal dilataba notablemente los juicios; pero esta supresión necesaria implicó además un costo en comunicación y orientación de la actividad judicial, con el consiguiente empobrecimiento en materia de razonamiento jurídico. No debe olvidarse que en algunos casos ha justificado publicar compilaciones de los dictámenes de un determinado Fiscal, porque su calidad los convertía en verdaderas lecciones de Derecho. Ahora bien, lo que contribuía en mayor grado a retrasar los juicios era tener que solicitar dicho Dictamen a una persona ajena a la Sala de la Corte; lo que suponía la remisión del expediente con toda la secuela de trámites burocráticos que esto significa. Sin embargo, ahora que el informe o ponencia tiene que ser presen-

tado por uno de los Vocales que integra la Sala, es probable que no ocasione un retardo excesivo si se le exige a ese Vocal que presente su ponencia por escrito; esta ponencia debe correr en el expediente y publicarse conjuntamente con la Ejecutoria. Obviamente, esta publicidad crea una sana obligación en el Vocal de realizar un razonamiento muy cuidadoso, pues éste será controlado por los litigantes, por el Tribunal Supremo, por las revistas especializadas, por los tratadistas y por los Programas Académicos de Derecho.

17. En materia de Despacho judicial de las Cortes (Capítulo III del Título III del Proyecto) sería altamente recomendable que se incorporara una norma sobre la publicación de la Crónica Judicial en el Diario Oficial. Dentro de este orden de ideas, debe exigirse formalmente que cada día se publique dicha Crónica con la siguiente información: (a) causas ingresadas, señalando su número de orden, procedencia, nombre de los litigantes y materia del juicio; (b) causas vistas, con indicación del número de orden, nombres de los litigantes, materia del juicio, nombres de los abogados si hubo informe oral, nombre de los abogados si hubo informe oral, nombre de los Vocales que conocieron el pleito y si fue resuelta o quedó al voto; (c) causas resueltas, con indicación del número de orden, nombres de los litigantes, materia del juicio, nombres de los Vocales que fallaron la controversia, resumen del fallo y los votos singulares si estos se hubieren producido. Cabe señalar que es muy importante que una norma como la propuesta establezca además que esta información debe necesariamente publicarse el día siguiente de aquel en que la causa ingresó, fue vista o fue resuelta; bajo responsabilidad. Por otra parte, sería recomendable que dentro de la primera semana de cada mes, los Juzgados y Salas de las Cortes publicaran una relación completa de todas las causas que existen ante ellos pendientes de ser vistas o resueltas señalando el tiempo que han permanecido desde que la causa se encontraba expedita. Esto permitiría conocer la eficiencia de los Juzgados y Cortes o su eventual congestión de trabajo, lo que facilitaría una tarea de racionalización de la admi-

nistración de justicia; sin contar el estímulo saludable que representaría para un Juez o una Sala de la Corte el hecho de evitar aparecer en un periódico con las causas más atrasadas.

18. Constituye una novedad interesante el nombramiento de Jueces Auxiliares que, haciéndose cargo de las resoluciones de trámite, puedan dejar más tiempo al Juez para fallar los asuntos de fondo (artículo 126 del Proyecto).
19. La regla contenida en el artículo 129 del Proyecto carece de jerarquía para ser incorporada en una Ley Orgánica. De la misma manera como no se señala que el Estado proporcionará locales, teléfonos o máquinas de escribir a los Jueces, creo que no es éste el sitio para indicar que hay que dar medios de transporte a los Jueces en lo Penal; sin que esta observación formal signifique discrepancia alguna con la idea.
20. Las normas de los artículos 131 y 132 del Proyecto referentes al número de horas de despacho podrían ser revisadas sobre bases realistas. De un lado, parecería que queda poco tiempo al Juez para realizar diligencias fuera del local del Juzgado si tiene que estar presente en éste durante 6 horas diarias; de otro lado, parece que la jornada de trabajo de los Jueces sólo comprende 6 horas diarias, salvo casos extraordinarios.
En realidad, sería más conveniente que los Jueces en general estén sujetos a las mismas exigencias sobre jornada de trabajo que el resto de la administración pública y que dentro de esa jornada realicen las diligencias judiciales; salvo los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 132.
Debe notarse que la regla contenida en el artículo 152 sobre despacho diario ha sido limitada a los Jueces de Paz Letrados. Sin embargo, se aplica también a los Jueces de Paz de Distrito, a tenor de lo dispuesto en el inciso (b) del artículo 146 del Proyecto.
21. Con relación a lo dispuesto en el artículo 135 del Proyecto, me remito a la observación contenida en el segundo párrafo del punto 17 de este Informe.
22. Una novedad ciertamente interesante es la crea-

ción de los Juzgados de Paz de Distrito que constituyen las bases de una "justicia popular", administrada por los vecinos (inciso (b) del artículo 39) quienes no requieren ser abogados y que se ejercita con fines primordialmente de conciliación (artículo 146). En esta forma, se coloca una instancia menor muy cerca de la población que estará sometida a ella y que actuará en alto grado de acuerdo a los valores propios de esa población.

Ahora bien, para que esta "justicia popular" funcione eficientemente y responda a los principios básicos del Derecho imperante que se tiene interés en difundir a escala nacional, será preciso prever algún tipo de formación de emergencia para quienes van a ocupar tales cargos, posiblemente a través de cursillos intensivos de dos o tres semanas de duración antes de ocupar el cargo y de reuniones periódicas con los Jueces de Primera Instancia para intercambiar experiencias y revisar principios jurídicos. Asimismo, este tipo de justicia puede exigir también una vulgarización del sistema legal vigente, quizá a través de manuales simples sobre la base de ejemplos, que puedan orientar a estos jueces no letrados sobre las bases de aplicación de las normas legales.

Es indudablemente exacto que en el Perú existían ya ciertas instituciones que informalmente han funcionado como tribunales populares de conciliación; éste es el caso de las Asociaciones de Vivienda, los Puestos de la Guardia Civil, etc. Sin embargo, ni los juristas ni los sociólogos se han preocupado en realizar estudios para determinar la forma como han funcionado dichas instituciones en ese sentido, el grado de imparcialidad y de consenso popular obtenido y la eventual posibilidad de manipulación por grupos de presión o por el propio Estado. Particularmente grave es la falta de investigaciones de Antropología jurídica sobre sistemas de solución de conflictos en nuestras Comunidades Campesinas y Nativas. En estas condiciones, no parece conveniente alentar en una ley estos niveles de solución de conflictos sino más bien encauzarlos hacia formas más jurisdiccionales, como los Jueces de Paz de Distrito; sin perjuicio de revisar esta política cuando se disponga de mayor información.

23. El Proyecto incorpora en sus artículos 140, 141 y 145 un apasionante sistema de práctica profe-

sional. Los estudiantes de Derecho estarán obligados a aceptar el cargo de Jueces de Paz de Distrito y realizar funciones jurisdiccionales. Esta medida proveerá un buen número de Jueces de Paz de Distrito y, de otro lado, hará que los estudiantes tomen contacto con la realidad del país.

Sin desmerecer mi adhesión entusiasta al experimento, creo que es preciso no olvidarse que se trata de un experimento y conducir su ejecución con cautela. Las razones para esta recomendación son, entre otras, las siguientes: En primer lugar, los estudiantes se verán enfrentados con la realidad nacional de manera muy concreta, pero a un nivel mínimo (rencillas familiares, pequeños delitos, etc.). Muchas veces, lo que observarán no serán sino consecuencias de problemas estructurales de fondo que escapan a la perspectiva del Juzgado de Paz de Distrito. En esta forma, el estudiante que paralelamente trabaja en una Sección Legal de un Ministerio o de una Empresa Pública puede quizá estar en mejor posición para comprender los elementos básicos de la realidad nacional y los obstáculos jurídicos a la transformación; mientras que el estudiante que se desempeña como Juez de Paz de Distrito puede adquirir quizá una perspectiva paternalista. En segundo lugar, hay un buen número de estudiantes de Derecho que no tienen vocación ni habilidad para la tarea judicial, aún cuando obtengan muy buenas notas; en cambio, se desempeñan muy bien en tareas de asesoría o investigación. En tercer lugar, hay actualmente la tendencia a convertir a los estudiantes en alumnos "a tiempo completo", lo que resulta incompatible con las tareas propuestas. Además, aún para el actual estudiante "a tiempo parcial", el desempeño de una actividad de responsabilidad —que incluso exige tener a su cargo una oficina, llevar cuentas e inventarios y administrar personal (los testigos - actuarios)— puede llevar a que los estudiantes descuiden sus labores universitarias o que incumplan sus obligaciones judiciales. En cuarto lugar, el Derecho se enseña hasta ahora en la mayor parte de las Universidades del Perú como una disciplina teórica a través de clases magistrales; por consiguiente, el estudiante no está formado para contar con facultades de decisión y su otorgamiento repentino puede ocasionarle un grave desconcierto o una utilización confusa de su nuevo

poder de decisión. Cabe señalar que en el actual sistema de práctica en Estudios privados, el practicante realiza labores menores; salvo excepciones.

Como problemas secundarios sobre este aspecto que es conveniente aclarar, se encuentra el de la mayoría de edad del estudiante que hará de Juez. Es probable que pudieran existir estudiantes del penúltimo año en carreras de Derecho de sólo cuatro años que quizá no sean mayores de edad. ¿Están obligados a prestar servicio como Jueces? En realidad, si no lo estuvieran, gozarían de una exoneración de facto; porque el año siguiente, al ser mayores de edad, ya no serían llamados para esta tarea por pertenecer entonces al último año y no al penúltimo.

24. Con relación a la competencia de los Jueces de Paz Letrados que establece el artículo 153 del Proyecto, cabría ordenarse de manera más adecuada las reglas contenidas en los diferentes incisos.

Dentro de este orden de ideas, el inciso (b) sobre interdictos y acciones posesorias y de propiedad debe contener también una limitación respecto del valor del bien; en la práctica, este inciso podría fusionarse con el inciso (a).

Asimismo, no parece haber razón legal para destacar en el inciso (c) la distinción odiosa entre familia legítima y familia ilegítima, ya que procesalmente los juicios de alimentos en ambos casos son iguales: en consecuencia, bastaría indicar "juicio de alimentos" y el monto máximo de la pensión demandada, dejando al Código Civil que determine las familias legítimas o ilegítimas que tienen derecho a tal pensión.

El inciso (e) establece que corresponde a los Jueces de Paz Letrados conocer los desahucios por ocupación precaria, cuando la posible renta anual **estimada por el demandante** no sobrepase de S/. 24,000.00. Sin embargo, dentro de esta redacción, ni el Juzgado de Primera Instancia ni el Juzgado de Paz Letrado podrían declarar fundada una excepción de incompetencia en razón de la cuantía mayor o menor de la renta, debido a que la ley la refiere a una estimación del demandante y no otorga criterios para evaluar dicha estimación ni para objetarla. En la práctica, se está dejando al demandante la elección de Fuero, de manera que cuando se trata de un ocupante precario el propietario puede escoger a

su criterio si prefiere iniciar la acción ante el Juzgado de Primera Instancia o ante el Juzgado de Paz Letrado. Más adecuado sería establecer que el Juez de Paz conoce cuando el valor del inmueble cuya desocupación se solicita no excede de determinada suma, según autoavalúo.

El inciso (g) establece que ciertas diligencias preparatorias son conocidas por el Juez de Paz Letrado cuando la cuantía del asunto no excede de los límites de su competencia. Sin embargo, la limitación de la cuantía en este caso no es un criterio útil para determinar la competencia. Es probable que en este estado del proceso aún no se sepa cuánto se va a demandar; por ejemplo, el monto de una demanda sobre indemnización por daños y perjuicios puede depender de los resultados de la inspección ocular. Por otra parte, la categorización de "absolución de posiciones para comprobar la existencia de una obligación" que utiliza el Proyecto, no concuerda con la categorización del artículo 209 del Código de Procedimientos Civiles. ¿A cuál de los incisos 5, 6 ó 7 se refiere la regla comentada, si todos estos casos tratan sobre absolución de posiciones vinculadas a la existencia de una obligación en diferentes circunstancias? Por último, no se incluyen entre las funciones del Juez de Paz Letrado algunas otras diligencias preparatorias que contempla el Código de Procedimientos Civiles, sin razón aparente para esta discriminación que mantiene estas últimas dentro de la jurisdicción del Juez de Primera Instancia. Por ejemplo, el Juez de Paz Letrado se encarga de la inspección ocular para acreditar daños o hechos o situaciones que pueden desaparecer o cambiar; pero ¿por qué solamente el Juez de Primera Instancia es el único que puede conocer la misma diligencia preparatoria de inspección ocular cuando está destinada a comprobar un peligro inminente de daño futuro? Igualmente, ¿por qué no puede pedirse ante el Juez de Primera Instancia la exhibición de una cosa mueble cuando el valor de ésta no excede de S/. 20,000.00? ¿Por qué se excluye de manera general de la competencia del Juez de Paz Letrado la exhibición de cuentas, libros, etc., cualquiera que sea el monto de la responsabilidad involucrada? Por todas estas razones, considero que es muy importante compatibilizar este inciso con el artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles, porque la confusión entre am-

bos puede tener consecuencias aún más graves para la celeridad y eficiencia del proceso. Con relación al inciso (h) del mismo artículo 153 del Proyecto, conviene precisar que estas tercerías que puede conocer el Juez de Paz Letrado sólo pueden ser ejercitadas respecto de bienes o sumas que no exceden de la cuantía de su competencia.

El artículo 156 del Proyecto establece la competencia de los Jueces de Paz del Distrito. En relación con las hipótesis planteadas en dicha norma sólo me cabe señalar que lo dispuesto en el inciso (b) sobre formación y presidencia de los Consejos de Familia, parece ser una facultad excesiva. En efecto, si tenemos en cuenta que muchos de estos Juzgados serían ejercidos por estudiantes de Derecho que aún no tienen familia propia, parece desproporcionado otorgarles la presidencia de tales Consejos de Familia.

25. El artículo 158 establece el procedimiento ante los Jueces de Paz Letrados y lo asimila a los juicios de menor cuantía; pero agrega que este último procedimiento será modificado de acuerdo al Reglamento que dictará la Corte Suprema. Ante todo, cabe señalar que un Reglamento de la Corte Suprema no puede modificar una Ley, como es el caso del Código de Procedimientos Civiles. Puede pensarse que este Reglamento no modificará el Código por cuanto que no se trata de modificar propiamente el juicio de menor cuantía sino de crear un nuevo procedimiento similar en alguna forma a dicho juicio de menor cuantía para los juicios ante los Jueces de Paz Letrados; y este Reglamento de la Corte Suprema habría sido expresamente facultado por la propia Ley Orgánica para crear tal procedimiento. Este razonamiento es discutible. Empero, en cualquier caso, considero que el procedimiento de Juzgados que en adelante van a tener atribuciones importantes, debe estar incluido en el Código de Procedimientos Civiles y no en un simple Reglamento de la Corte Suprema. El proceso judicial exige una seguridad y garantía que requieren ser establecidas por Ley; en cambio, los Reglamentos de la Corte Suprema deben estar orientados básicamente a asuntos dentro del ámbito de su administración, porque en ningún caso puede el Poder Judicial convertirse

en Poder Legislativo.

26. Es verdaderamente loable la regla del artículo 158 del Proyecto que suprime las denominadas "vacaciones judiciales" que retardan innecesariamente la administración de justicia; aún cuando ello pueda acarrear problemas prácticos que en ningún caso son insuperables.
27. El inciso (h) del artículo 200 presenta una novedad, sobre la cual merece reflexionarse. En efecto, esta norma faculta a la Sala Plena de la Corte Suprema para dictar acuerdos que serán de observancia obligatoria, cuando fuere necesario uniformar la aplicación de normas procesales. Sin embargo, esta disposición tiene un carácter extraño dentro de nuestra legislación porque equivale a otorgar facultades legislativas al Poder Judicial en materia procesal o, cuando menos, a establecer un principio equivalente al *stare decisis* que no está referido a las resoluciones de cada juicio en particular, como en el Derecho Anglosajón, sino a las "uniformizaciones" de las resoluciones judiciales realizadas por la Sala Plena de la Corte Suprema. En opinión del suscrito, la aparente racionalización del procedimiento judicial que pudiera obtenerse en esta forma, se encuentra negativamente compensada por la superposición de funciones legislativas y judiciales dentro de una estructura institucional eminentemente jurisdiccional; con el agravante de que se quiebra la racionalidad organizativa de la institución debido a que la Sala Plena es básicamente un órgano administrativo del Poder Judicial. De manera que se otorga una cierta función legislativa a la organización judicial y, dentro de ella, a sus órganos administrativos. Por otra parte, estas "uniformizaciones" recortan la libertad interpretativa del Juez, más allá de los textos legales. Aún cuando la incorporación de esta novedad en materia procesal origina serias dudas sobre su conveniencia, obviamente debe evitarse que ésta sea una nueva línea de desarrollo del Poder Judicial que pudiera extenderse en el futuro no sólo a cuestiones procesales sino también a "uniformizaciones" de interpretaciones de reglas sustantivas. En cualquier caso, si se considera conveniente introducir esta novedad, sería preciso que la Ley Orgánica exigiera igualmente que tales acuerdos fueran publicados

en el Diario Oficial para que su promulgación permita que sean conocidos por abogados y litigantes.

28. En materia de atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema, debe destacarse que la redacción del inciso (n) del artículo 200 no es feliz cuando la faculta para dictar el Reglamento Interno "y demás que fueren necesarios". En realidad, como se ha señalado en el punto 25 de este informe, los Reglamentos de la Corte Suprema deben referirse a materias administrativas y no pretender adquirir la jerarquía de normas procesales o sustantivas. Esta observación es particularmente grave si se tiene en cuenta que el Proyecto comentado pretende otorgarle la facultad de crear un Reglamento de carácter procesal en el artículo 158, conforme antes se ha señalado. Por ese motivo, la frase genérica del inciso (n) que he entrecorrido sacrifica la precisión a una cierta comodidad de redacción; pero es conveniente que sea replanteado a fin de evitar que por este camino la Corte Suprema ingrese en cierta forma a la actividad legislativa.
29. En general, la nueva estructura administrativa del Poder Judicial y, particularmente, de la Corte Suprema, es muy interesante porque permite una mayor operatividad y eficiencia organizativa. La distinción entre Sala Plena y Sala de Gobierno y la estructuración de una Dirección Superior encargada al Secretario General del Poder Judicial y 2 Directores Generales de Asuntos Judiciales y Administración, resulta más racional para el cumplimiento de los fines generales del Poder Judicial.

Ahora bien, creo de particular importancia que dentro de la Dirección General de Asuntos Judiciales se agregue una Oficina de Publicaciones a la que deberá asignársele la importante tarea de dar a conocer periódica y oportunamente las decisiones judiciales. Antes que uniformizar las interpretaciones legales por acuerdos de la Sala Plena, es preciso pensar en dar a conocer a los abogados y al público en general dichas interpretaciones y permitirles discutir las académicamente o utilizarlas en la interpretación de otras

situaciones. La importancia de este aspecto ha sido ya relevada en los puntos 6 y 16 del presente informe.

30. Una observación verdaderamente menor pero que refleja toda una concepción subyacente de la actividad judicial que debe ser desterrada por anacrónica, se refiere a lo dispuesto en el inciso (e) del artículo 229 y en el artículo 242 del proyecto. En ambas disposiciones, se exige —en un caso a los escribanos de Juzgado y en el otro a los escribanos diligencieros— que tengan letra clara. Esta exigencia sería insólita en cualquier otro servicio público, debido a que actualmente no se concibe el trabajo oficial sin el auxilio de máquinas de escribir. Por consiguiente, el requisito de la letra clara supone que todavía se está pensando en que las actas de las diligencias o el texto de las resoluciones sea escrito a mano. Por el contrario, debería incluirse una norma en el Texto de la Ley Orgánica por la cual se exija el uso generalizado de la máquina de escribir.

De paso cabe señalar que el requisito de correcta ortografía a que se refieren las mismas normas citadas no parece tener la jerarquía suficiente como para ser incluido en una ley; no por falta de importancia, sino porque esta exigencia debe aplicarse a todo funcionario público sin necesidad de que la ley lo ordene.

31. El artículo 237 se refiere a los honorarios que pueden cobrar los escribanos de Juzgado. Este problema nos lleva a reflexionar sobre un problema mucho más general: el costo de la administración de justicia.

Como es sabido, el artículo 1077 del Código de Procedimientos Civiles establece que la parte vencida totalmente en un juicio queda obligada al pago de las costas, sin perjuicio de que el Juez pueda exonerarla cuando aparezca que ha tenido motivos suficientes para litigar y los artículos 1169 y siguientes del mismo cuerpo legal establecen el procedimiento para la regularización y pago de las costas procesales y personales. Ahora bien, lo ideal es obviamente que la justicia sea gratuita, debido a que la existencia de gastos para hacer valer un derecho origina

diferencias de origen económico en las posibilidades de los litigantes. Sin embargo, de otro lado, parecería que el cobro de algún costo por este concepto es necesario para evitar una proliferación de juicios promovidos por litigantes audaces a quienes nada les costaría iniciar innumerables pleitos.

El proyecto no parece haber planteado el problema; y, sin embargo, no cabe duda que merece un estudio cuidadoso. Quizá la solución pueda encontrarse en que la justicia no sea gratuita pero que, por otra parte, toda persona se encuentre financiada si desea iniciar un juicio, a riesgo de perderlo y tener que pagar las costas al final. La diferencia entre esta propuesta y la situación actual consistiría en que el litigante no tendría que ir pagando periódicamente a lo largo del juicio honorarios a los auxiliares de justicia e incluso a los abogados, por cuanto que estos pagos podrían ser verificados periódicamente por una Caja, con cargo a que ésta sea resarcida al finalizar el juicio con el cobro consiguiente de las costas al perdedor. En consecuencia, esta Caja debería disponer de un capital de operación inicial que se iría permanente repuesto con las costas pagadas por los litigantes perdedores. El Juez tendría que ordenar de oficio la regulación de las costas e igualmente ejecutar su cobranza sin necesidad de la iniciativa de la parte contraria. Además, el Juez no podría dispensar nunca el pago de costas al perdedor demandante, que es quien ha promovido la acción y ha originado el costo de la misma; la dispensa sólo podría efectuarse en favor del perdedor demandado cuando litigó de buena fe, debido a que no fue su iniciativa la iniciación del juicio. En este caso, la dispensa no liberaría propiamente del pago de costas, sino que únicamente evitaría que fueran pagadas íntegramente por el perdedor; en los casos de dispensa, ambos litigantes tendrían que pagar las costas a prorrata a la Caja. En esta forma se evitaría que aquel que carece de medios para hacer valer su derecho pueda encontrarse imposibilitado de acudir a la justicia, se evitaría además que una de las formas de ganar un juicio consista en que el litigante demandado de mayores recursos dilate el procedimiento con innumerables articulación e incidentes, lo que va desgastando económicamente al litigante demandante de menores recursos que tiene que seguir pagando a auxiliares de justicia y abogados hasta que decida apartarse de la acción. Evidentemente, una solución como

la propuesta presenta serias dificultades y debe ser estudiada detenidamente y hasta quizá sustituida por otro medio eventualmente mejor de lograr los objetivos indicados; pero, en todo caso, lo que es importante es plantearse el problema de la gratuidad o costo de la administración de justicia.

32. Es particularmente notable y merece ser destacado el artículo 282 que, para los efectos de facilitar la tramitación del expediente judicial, otorga a los abogados diversas facultades que

antes correspondían exclusivamente al propio litigante. Resulta evidente que la intervención del litigante en los recursos solicitando prórroga para contestar la demanda, expresar agravios o pedir nuevo día y hora para la actuación de ciertas diligencias, entre otros, se limitaba únicamente a su firma; el actual proyecto faculta al abogado para firmar directamente dichos recursos, lo que es una novedad que debe ser encomiada. A este respecto, es de notar que incluso se le otorgan al abogado facultades que antes estaban innecesariamente reservadas al escribano, como es el caso de notificar a los testigos ofrecidos por sus clientes.

Lima, octubre de 1974.

INFORME SOBRE LA MISION A CHILE PATROCINADA POR LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS A FIN DE ESTUDIAR EL SISTEMA JURIDICO Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Por:

- Sr. Niall MacDermot, (Q.C.) Secretario General de la Comisión Internacional de Juristas,
Dr. Kurt Madlener, Especialista de Derecho Penal Español y Latino Americano en el Instituto de Derecho Penal Comparado y Derecho Penal Internacional, Max Planck, de Freiburg-im-Breisgau,
Professor Covey Oliver, Profesor de Derecho Internacional de la Universidad de Pensilvania, ex Embajador de los EE.UU. ante Colombia en el periodo 1964-66 y ex Asistente de la Secretaría de Estado para los Asuntos Interamericanos de los EE.UU., en el periodo 1967-68.

CONTENIDO DEL INFORME

- I. INTRODUCCION.
- II. RAZONES DADAS COMO JUSTIFICACION DEL GOLPE MILITAR.
- III. LA JUNTA Y LA CONSTITUCION.
- IV. ESTADO DE SITIO, ESTADO DE GUERRA Y ESTADO DE EMERGENCIA.
- V. SUSPENSION DE DERECHOS CIVILES Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.
- VI. EL SISTEMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE GUERRA.
Investigación Pre-sumarial.
Derecho a Defensa por Abogado.
Ausencia de derecho de Apelación.
Errores Judiciales.
- VII. DETENCION, INTERROGATORIO Y ARRESTO DE SOSPECHOSOS POLITICOS.
Número de detenciones.

Autoridad que efectúa las detenciones.
Categorías de detenidos.
Ejecuciones Sumarias.
Personas desaparecidas.
Amparo.
Facultades legales para realizar detenciones.
Incomunicación.
Interrogatorios y torturas.
Detenciones Administrativas.

- VIII. CORRESPONDENCIA ENTRE EL COLEGIO DE ABOGADOS Y EL MINISTRO DE JUSTICIA.
- IX. TRATO DISPENSADO A LOS EXTRANJEROS.
- X. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES.

APENDICE "A".

I INTRODUCCION.

Fuimos a Chile patrocinados por la Comisión Internacional de Juristas, en el mes de abril de 1974, a los efectos de examinar la situación relativa a la vigencia de los derechos humanos y el imperio del derecho. Nuestra misión fue emprendida a requerimiento del Consejo Mundial de Iglesias y en respuesta a las invitación pública efectuada por el señor Ministro de Relaciones Exteriores de Chile, a "reputadas organizaciones" que vengán a Chile y averigüen por sí mismas la verdadera situación.

Como se aclaró al Gobierno Chileno, la Comisión Internacional de Juristas y el Consejo Mundial de Iglesias estaban particularmente interesados en investigar los siguientes aspectos:

1. Las razones para la continuación del Estado de Sitio, la prohibición de toda actividad política, y la suspensión o restricción de derechos y libertades fundamentales tales como libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de asociación, derecho de reunión, libertad de movimiento, libertades universitarias, etc..
2. Los procedimientos para la detención, arresto, interrogatorio, imputación y juzgamiento de personas mantenidas en custodia por delitos políticos y por delitos contra la seguridad del Estado;
3. Denuncias de torturas y malos tratos a las personas detenidas.
4. Facilidades otorgadas para una adecuada asistencia legal de los acusados por delitos políticos o por delitos contra la seguridad del Estado;
5. Situación de las personas que han solicitado asilo en embajadas extranjeras.

Estuvimos en Chile del 19 al 28 de abril. Entrevistamos a gran número de Juristas, incluyendo Abogados que tenían a su cargo la defensa de prisioneros políticos así como a varios distinguidos profesores de derecho. También entrevistamos a representantes de organizaciones internacionales que estaban trabajando en Chile y tuvimos muchas conversaciones con personas aisladas, cubriendo una amplia gama de los puntos de vista políticos. Mantuvimos formales encuentros con el Presidente y Ministros de la Corte Suprema y con el Consejo del Colegio de Abogados. Nos fue concedida una entrevista con el Ministro de Justicia y el Ministro del Interior. También entrevistamos al Cardenal Raúl Silva Enríquez.

Estamos particularmente reconocidos al señor Oswaldo Illanéz Benítez, ex presidente de la Corte Suprema y Miembro de la Comisión Internacional de Juristas, al señor Alejandro Silva Bascuñán, Presidente del Colegio de Abogados y al señor Bernal Castón Enríquez, Secretario del Comité de Defensa del Estado de Derecho, Sección Nacional de la Co-

misión Internacional de Juristas, por todas las molestias que se tomaron para arreglar nuestra presentación y por toda la ayuda que nos prestaron de muchas otras maneras.

Fuimos también altamente asistidos por el personal del Comité Interconfesional de Cooperación para la Paz en Chile, bajo la Co-Presidencia de los Obispos Fernando Ariztía (R.C.) y Helmut Frenz (Luterano). El Comité está llevando una tarea humanitaria en la asistencia de personas que han sido detenidas por razones políticas o de seguridad y en la de integrantes de sus familias. Han organizado un servicio de ayuda legal para aquellos que nos disponen de los medios para costearse una asistencia legal. Están operando en Santiago y en muchas otras partes del país. Al mes de abril de 1974, habrían proporcionado servicios de asistencia legal a alrededor de 3,000 personas.

II. RAZONES DADAS COMO JUSTIFICACION DEL GOLPE MILITAR.

Como lo aclaramos a todos aquellos con quienes conversamos no formaba parte de nuestros planes, indagar las razones o la justificación del golpe del 11 de setiembre de 1973. Sin embargo, comprensiblemente, muchos de aquellos a quienes entrevistamos, estaban ansiosos de explicarnos sus opiniones en estas materias. Como resultaban de utilidad para explicar las medidas legales que han sido adoptadas desde el golpe, relataremos sumariamente los principales argumentos que nos fueran presentados en apoyo del golpe.

Cuando el Presidente Allende fue electo, no pudo obtener la mayoría absoluta de los votos emitidos por el pueblo como ha sido usual en las elecciones presidenciales en Chile desde 1925 (la elección del Presidente Frei fue una excepción). Por esta razón recayó en el Parlamento (Congreso Nacional) la elección entre los dos candidatos más votados. Eligieron a Allende, sobre la base de su aceptación para realizar ciertas enmiendas constitucionales, y de su compromiso solemne de respetar los principios fundamentales de la Constitución.

A pesar del compromiso asumido, el Gobierno de Allende, se dice, actuó ilegal e inconstitucionalmente en una serie de direcciones, durante la segunda mitad de los 3 años en que estuvo en funcio-

nes. En particular, no hizo nada para prevenir, si no las alentó, las ocupaciones ilegales de tierras y fábricas y otras propiedades por parte de campesinos y obreros. Cuando los despojados propietarios, exitosamente, tomaron medidas legales para recobrar sus propiedades, el Gobierno se negó a emprender acción alguna para ejecutar las órdenes judiciales. Sus partidarios hacían gala de demostrar su impunidad frente a la Justicia y el Parlamento. Slogans insultantes se escribían en las paredes de los edificios judiciales. Segundo; se dice que el Presidente Allende cometió abuso de poder al conceder perdón, otorgándolo en amplia escala a los activistas de su gobierno que habían sido condenados por delitos comunes, en relación con las ocupaciones ilegales y por otras causas. De esta forma, colocó a sus partidarios fuera de la ley y alentó nuevas ilegalidades. Tercero; cuando la minoría en el gobierno no pudo obtener el consentimiento del Parlamento para sancionar la legislación que quería, particularmente para la nacionalización de ciertas industrias, usó como forma regular de gobernar, una facultad especial de legislación delegada, la cual, se dice, estaba destinada a ser usada solamente en circunstancias excepcionales. Se trataba de la facultad de desechar las objeciones de la Contraloría General de la República a una parte de la legislación delegada, teniéndola por aprobada con la firma individual de cada miembro del Gabinete. Cuarto; se acusa a Allende de haberse rehusado a firmar algunas enmiendas a la Constitución propuestas y aprobadas por el Congreso Nacional. Se suscitó un conflicto sobre si las enmiendas tenían o no efecto. Se llegó a una situación sin salida cuando la Corte Constitucional declaró que no tenía jurisdicción para resolver el punto. El Presidente Allende se rehusó a someter el punto de referendum, cosa que podía hacer y algunos dicen debería haber hecho.

Aún más, se dice, que el Presidente Allende y sus partidarios introdujeron ilegalmente en el país gran número de armas con miras a armar fuerzas paramilitares. Si bien tuvo finalmente, el apoyo tácito del gobierno, era ilegal porque el Presidente Allende había tenido que aceptar y firmar una ley aprobada por el Parlamento confiriendo a las Fuerzas Armadas la facultad de ejercer el control sobre la posesión de armas de fuego y haciendo ilegal la formación o el armar cuerpos para-militares. Algunas armas ilegales fueron ocupadas por las autoridades militares antes del golpe, y se dice que desde entonces quedó fundada la evidencia de la existencia de

muchas más.

Se sostuvo por éstos y otros arbitrios que el Gobierno Allende actuó contra la letra y el espíritu de la Constitución y destruyó el equilibrio necesario entre los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo. Antes del golpe, la Corte Suprema, el Congreso y la Contraloría General, habían, cada uno de ellos, protestando públicamente contra lo que consideraban eran acciones ilegales del Gobierno Allende, en lo que fueron acompañados por el Consejo del Colegio de Abogados. El procedimiento de destitución del Presidente (que es similar al de los EE.UU., ("impeachment")) nunca fue pese a todo, puesto en movimiento, ya que la mayoría que se necesitaba, de 2/3 no podía ser obtenida.

Por supuesto, los partidarios del gobierno Allende, tenían respuestas para esos cargos. Con respecto al primer punto, se dice que las ocupaciones de tierras y fábricas por campesinos y obreros habían ocurrido bajo gobiernos anteriores, y que el Presidente Allende, como lo había declarado públicamente a esa fecha, deseaba evitar el violento derramamiento de sangre que podía esperarse del desalojo por la fuerza ordenado en los casos anteriores. Prefería ponerlo bajo control oficial, tratar de resolver el litigio por conciliación y salvaguardar ambos intereses involucrados, el privado y el social. En el problema de los perdones concedidos, se dice que fueron ampliamente otorgados bajo anteriores gobiernos y se niega que haya habido abusos de poder. Se admitía que la facultad especial de legislación delegada fue usada en mayor medida que por los gobiernos anteriores, pero se alegaba que se hizo necesario por el sistemático rechazo a la legislación propuesta, por parte del Congreso Nacional y la Contraloría General. Ningún gobierno anterior, y hubo muchos gobiernos en minoría, había sido objeto de tal obstrucción. Por ejemplo, el gobierno del Presidente Allende fue el único en los últimos tiempos al que se le negaron poderes especiales para enfrentar la situación económica. En la salida Constitucional había una genuina diferencia de opiniones jurídicas. Uno de los anteriores consejeros políticos del Presidente Allende, el señor Juan Garcés, indicó que el 7 de setiembre de 1973, el Presidente Allende informó a un grupo de Jefes Militares (incluyendo al General Pinochet) que se proponía anunciar el 11 de setiembre su decisión de llamar a referendum, y

era su intención, claro está, informar a la prensa del exterior al mismo tiempo (1). En el día señalado, tuvo lugar el golpe. Con respecto al contrabando de armas, se sostuvo que fue hecho por partidarios de los partidos, de ambos lados y que alguno de los documentos publicados por la Junta en el Libro Blanco mostraba que las armas suministradas por grupos de izquierdistas estaban destinadas a apoyar a las fuerzas militares leales en el caso de una rebelión militar contra el gobierno constitucional.

Había, por cierto, muchas otras críticas severas, de carácter económico y político contra el gobierno Allende, y no hay duda que una situación política realmente tensa se suscitaba a mediados de 1973, lo que dividía fuertemente a la nación. Una serie de prominentes líderes de la oposición hicieron apenas velados llamados a las fuerzas armadas a intervenir, huelgas extendidas, concentraciones y demostraciones de protesta fueron abiertamente dirigidas a preparar la caída del régimen.

III. LA JUNTA Y LA CONSTITUCION.

El día del golpe (11 de setiembre de 1973) el Presidente Allende encontró la muerte (el que se haya suicidado o haya sido baleado por las fuerzas armadas es un punto de controversia). El artículo 66 de la Constitución política de la República de Chile establece los procedimientos apropiados para elegir sucesor al Presidente que fallece durante el desempeño de su mandato. No obstante el hecho que la Junta proclamó por la radio, el 11 de setiembre, que estaban interviniendo para "restablecer el orden y la ley constitucional", esos procedimientos no fueron puestos en marcha. En lugar de ello, la Junta, comprendiendo los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y el Director General de Carabineros, tomaron el poder. El Congreso Nacional fue al principio declarado en receso (el 13 de setiembre de 1973) y más tarde disuelto (Decreto Ley No. 27 de 21 de setiembre de 1973). La Junta, nuevamente por Decreto, se investió a sí misma, de los poderes y facultades de la Presidencia de la República y del Parlamento (Decreto Ley No. 12 de 16 de noviembre de 1973). Por un nuevo Decreto Ley, No. 527 de 26 de junio de 1974, dispuso que el Poder Ejecutivo será ejercido por el Presidente de la Junta, como "Jefe Supremo

de la Nación", con las facultades, atribuciones y prerrogativas que ese estatuto le otorga. Es, en efecto, dar al General Pinochet los poderes del Presidente bajo la Constitución, sin llamarlo Presidente. Se dice en el Decreto que los restantes miembros de la Junta colaborarán con él en el ejercicio de sus funciones, las que fueron señaladas pormenorizadamente. Parecería de acuerdo a este extenso decreto que la Junta encara un indefinido continuismo de la dictadura militar. Difícilmente promulgarían tan detallado decreto si estuvieran intentando el retorno del país, en un corto plazo, a un sistema democrático bajo una nueva o modificada Constitución. La Contraloría General de la República, cuya función era la de verificar la legalidad de los actos del Ejecutivo (incluyendo la legislación delegada) fue reducida a un estatuto puramente consultivo. Más tarde la Corte Constitucional fue suspendida.

No existe disposición Constitucional autorizando ninguno de esos decretos. Por Decreto Ley No. 1 (11 de setiembre de 1973) la Junta dijo que "respetará la Constitución y las leyes de la República, en la medida en que la actual situación del país lo permita para el mejor cumplimiento de los postulados que ella se propone", y por Decreto Ley No. 120, de 16 de noviembre de 1973, declara que desde el 11 de setiembre de 1973, el ordenamiento jurídico contenido en la Constitución y en las leyes de la República continúa vigente mientras no sea o haya sido modificado por Decretos Leyes.

Esta aseveración no está de acuerdo con la situación de hecho actual. Solamente un decreto ha expresamente modificado la Constitución (un Decreto Ley relativo a la pérdida de la nacionalidad por actos graves cometidos en el exterior contra los intereses esenciales del Estado durante el Estado de Sitio). No obstante, como puede verse, por medio de la sucesión de decretos ya referidos, todo el normal proceso democrático de la Constitución, ha sido trastornado. Claro está, el golpe en sí mismo y los decretos de la Junta contravienen directamente ciertas previsiones Constitucionales. Los artículos 3 y 4 de la Constitución se leen como sigue:

"3. Ninguna persona o reunión de personas pueden tomar el título o representación del pueblo,

(1) Cf. Le Monde, 9-10 Set., 29 Set., y 19 Dic. 1973.

arrojarse sus derechos, ni hacer peticiones en su nombre. La infracción de este artículo es sedición.

4. Ninguna magistratura, ninguna persona, ni reunión de personas pueden atribuirse, *ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias*, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les haya conferido por las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo". (lo subrayado es nuestro).

La Constitución es muy clara en cuanto a la intervención de los militares. El artículo 22 (modificado) señala que la fuerza pública está constituida pura y exclusivamente por las fuerzas armadas y el cuerpo de carabineros. (Policía militarizada). Esos cuerpos son esencialmente profesionales, organizados por rango, disciplinados, obedientes y no deliberantes. En ese contexto, las palabras "obediente y no deliberante", implican que las fuerzas armadas no pueden poner en duda las órdenes recibidas del gobierno, ni tomar por sí mismas decisiones políticas. El Artículo 23 prevee: "Toda resolución que acordare el Presidente de la República, la Cámara de Diputados, el Senado o los Tribunales de Justicia, a presencia o requisición de un ejército, de un jefe al frente de fuerza armada o de alguna reunión del pueblo que, ya sea con armas o sin ellas, desobedeciere a las autoridades, es nula de derecho y no puede producir efecto alguno".

Pese a no existir disposición Constitucional autorizando los Decretos Leyes de la Junta, y a que aparecen como violaciones de la Constitución y la Ley, la Corte Suprema ha aprobado expresamente su validez. Lo ha hecho no , como podía esperarse, sobre la base de que el Poder Judicial debe aceptar como un hecho, la toma revolucionaria del poder por las autoridades militares, sino sobre la base de que el anterior gobierno, por sus acciones inconstitucionales, se había colocado él mismo fuera de la ley, y que la intervención de los militares fue necesaria para defender la Constitución. Se nos insistió repetidamente por parte de algunos juristas eminentes, incluyendo el Presidente de la Corte Suprema, que no se trataba de "otro golpe militar más en Sudamérica", sino que era un gobierno plenamente basado en la legalidad, y que las autoridades militares estaban ejerciendo un necesario extremo poder para defender la ley. Confesamos que encontramos muy difícil seguir este argumento constitucional. No

solamente que los actos del presente gobierno violan la Constitución más allá que cualquiera de los alegados contra el Presidente Allende, sino que resulta claro que la Junta misma no permitirá un retorno a un gobierno democrático bajo la anterior Constitución. Han establecido una Comisión de Reforma Constitucional, y, en noviembre de 1973, aprobaron una declaración de principios para una nueva Constitución con un carácter muy diferente al de la Constitución democrática de 1925.

Por otra parte, mientras la independencia del Poder Judicial ha sido publicitada y formalmente afirmada (Decreto Ley No. 12), la jurisdicción de los Tribunales Civiles ha sido reemplazada, en todos aquellos aspectos relativos a la seguridad interna, incluyendo la detención, arresto y proceso de los sospechosos políticos, por un sistema extremadamente sumario de Tribunales Militares. La Corte Suprema ha renunciado a menudo a su función de supervisar la jurisdicción de esos tribunales. Al cabo de lo cual, la alardeada independencia del Poder Judicial, aparece como de muy poca relevancia.

IV. ESTADO DE SITIO, ESTADO DE GUERRA Y ESTADO DE EMERGENCIA.

El día del golpe un Decreto Ley, anunciado por radio y televisión, declaraba el Estado de Sitio sobre todo el territorio del país. Este Decreto fue publicado en el Diario Oficial de 18 de setiembre como Decreto Ley No. 3, fechado el 11 de setiembre de 1973. El 22 de setiembre otro Decreto fue publicado, el Decreto Ley No. 5, fechado el 12 de setiembre de 1973, declarando que el Estado de Sitio debía ser entendido como "estado o tiempo de guerra" a los efectos de la aplicación de las penalidades del tiempo de guerra establecidas por el Código de Justicia Militar y del funcionamiento de los "Tribunales Militares en tiempo de Guerra" con el procedimiento legal a aplicar en ese tiempo.

Nuevamente, no existen fundamentos en la Constitución para tal declaración de la Junta. La potestad de declarar el Estado de Sitio en caso de conmoción interior recae, por el Artículo 72, No. 1 de la Constitución, en el Congreso o, por un limitado periodo, hasta tanto se reúna el Congreso, en el Presidente (El Congreso se había rehusado a otorgar

al Presidente Allende el Estado de Sitio después del abortado golpe militar del 29 de junio de 1973, sosteniendo que el Presidente ya tenía suficientes poderes para enfrentar la situación). La declaración de Estado de Guerra puede ser hecha, de acuerdo al Artículo 44, No. 11, por el Congreso, por medio de una ley, a proposición del Presidente. La facultad de declarar el Estado de Emergencia queda a cargo del Presidente. No existe disposición Constitucional o legal autorizando a las autoridades militares a proclamar, por Decreto Ley, el Estado de Emergencia o el Estado de Sitio o a declarar que éste debe entenderse como Estado de Guerra. De cualquier forma, como el Congreso estaba en sesión el 11 de setiembre, solamente el Congreso podía legítimamente, proclamar el Estado de Sitio o el Estado de Guerra.

De conformidad al Artículo 72, No. 17 de la Constitución, la declaración de Estado de Sitio puede afectar "uno o varios puntos de la República". Debe ser sólo por un periodo determinado, periodo que no podrá exceder de 6 meses (Artículo 44, No. 12), y que puede ser prorrogado por el Congreso. El presente Estado de Sitio fue declarado por un periodo indefinido, extendiéndose sobre la totalidad del país. Un posterior Decreto Ley, de marzo de 1974, implicó extenderlo hasta el 11 de setiembre de 1974.

De conformidad al mismo Artículo 72 de la Constitución, los únicos poderes otorgados bajo el Estado de Sitio lo son al Presidente. Y son los siguientes:

1. Trasladar personas de un departamento a otro (división territorial administrativa); y;
2. Arrestar personas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de delincuentes comunes.

Las medidas que se adopten a causa del Estado de Sitio no tendrán más duración que la del Estado de Sitio mismo.

El efecto de la declaración de Estado de Emergencia es que la zona alcanzada por la declaración, quedará bajo total control del Jefe militar designado para la zona, quien puede gobernarla por medio de Ordenanzas (**Bandos**). El Decreto Ley No. 4 designa Jefes Militares para las provincias y departamentos,

cubriendo todo el territorio del país.

La declaración del Estado de Sitio está prevista para ser aplicada a situaciones en las cuales el país está amenazado por un ataque exterior, o existe enfrentamiento con un ejército sublevado o con fuerzas rebeldes organizadas. Antes del golpe militar del 11 de setiembre de 1973, el Ejército, por cierto, no estaba sublevado. Hubieron algunos combates después del golpe, por parte de fuerzas que resistían la toma de posesión militar, pero toda resistencia organizada fue puesta bajo control en el plazo de aproximadamente 10 días.

La Junta sostiene que es necesario el mantenimiento del estado de sitio y del estado de guerra, para enfrentar las fuerzas subversivas que, saben, existen en la clandestinidad, fuertemente equipadas con armas entradas ilegalmente al país bajo el gobierno del Presidente Allende. Se sugiere también que hay cerca de 14.000 partidarios de esas fuerzas subversivas esperando al otro lado de las fronteras de Argentina y Perú, la mitad de ellas armadas, a que llegue el momento en que puedan invadir el territorio para sostener un ejército insurrecto. Nosotros no encontramos esta explicación convincente, y algunas personas cercanas a la Junta con las cuales hablamos admitían francamente que no existían ya amenaza militar al régimen. Ellos, sin embargo, justificaban el mantenimiento del Estado de Sitio con argumentos que muy probablemente fueran los verdaderos. Sostenían que el país se hallaba aún sumamente dividido para que fuera posible un retorno a la democracia, y que de todas formas, la naturaleza de la democracia debe ser modificada en Chile. Que el gobierno necesitaba el mantenimiento de los poderes de emergencia y el sistema de justicia militar en tiempo de guerra para conservar el control de la situación política, para erradicar el marxismo, y para preparar al país para el retorno a la democracia bajo una nueva Constitución. En otras palabras, la ficción de que el país está en estado de guerra, se mantiene con el objeto de conservar los poderes acrecentados que se ha conferido el gobierno.

V. SUSPENSIÓN DE DERECHOS CIVILES Y LIBERTADES FUNDAMENTALES.

Todos los derechos y libertades básicas garanti-

zados por la Constitución han sido suspendidos o severamente erosionados por Decretos Leyes y Ordenanzas (**Bandos**) promulgados por las autoridades militares.

Todos los partidos políticos están suspendidos y aquellos de tendencias izquierdistas han sido declarados ilegales. No está permitida actividad política de ninguna clase. Nadie puede efectuar demostraciones, ni aún a favor del gobierno. Ninguna reunión puede tener lugar sin obtener una previa autorización. Aún las reuniones sociales o fiestas celebradas en domicilios particulares están prohibidas durante las horas del toque de queda.

La libertad de asociación ha sido severamente restringida, muchas asociaciones han sido declaradas ilegales o disueltas, incluyendo las organizaciones políticas, sindicales, agrícolas y aquellas existentes en las **poblaciones**.

Hay poca o ninguna libertad de expresión. Los periódicos y emisoras radiales, simpatizantes del anterior gobierno han sido cerradas. La prensa y la radio están estrictamente controladas. En numerosas zonas las personas han sido procesadas por "propagación de rumores" contra las autoridades o por ser "alarmistas".

Las libertades académicas fueron abolidas. Las universidades han sido puestas bajo el control de las autoridades militares. Algunos departamentos, incluyendo el de Sociología fueron cerrados, con el fundamento de que la enseñanza era "subversiva", y los títulos allí otorgados fueron retroactivamente anulados. Han sido cerrados muchos institutos, escuelas y otros centros de estudio. Un gran número de cuadros docentes y administrativos fueron despedidos. A los estudiantes se les requirió rematricularse y son controlados sobre fundamentaciones políticas.

La inviolabilidad del hogar no es respetada. Las casas particulares están expuestas a ser registradas por autoridades militares o policiales a cualquier hora, sin orden de allanamiento.

La libertad de movimiento está severamente restringida, tanto interna como externamente. El toque de queda sigue en vigor.

El derecho al trabajo está seriamente erosionado. Las garantías contra un despido injusto (establecidas por la legislación anterior a Allende) no son eficaces para el sector público. Todos los empleados públicos han sido colocados en calidad de interinos después del golpe y están expuestos al despido y a la discrecionalidad de las autoridades sin ningún derecho de apelación. Para el sector privado, los anteriores Tribunales del Trabajo han sido reemplazados por tribunales especiales integrados con un Juez letrado, un representante de las fuerzas armadas y un Inspector del trabajo designado por el Director del Trabajo.

Los fundamentos jurídicos de los despidos se han ampliado. Siguiendo tales medidas miles de trabajadores han perdido sus empleos y están desocupados, causando muy severas privaciones entre los sectores más pobres de la comunidad.

Tal vez las más severas restricciones en los derechos civiles sean con relación a la libertad de protesta contra detenciones y arrestos arbitrarios, y en los procedimientos judiciales.

VI. EL SISTEMA DE LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPO DE GUERRA.

Los dos efectos más importantes de la proclamación del Estado de Sitio son la sustitución de los procedimientos del "tiempo de paz" por los procedimientos de la justicia militar en "tiempo de guerra" y la facultad conferida al Presidente de detener sospechosos políticos por un simple orden administrativa, sin ninguna de las formalidades del proceso judicial.

"La Justicia Militar en tiempo de guerra", está establecida en el Código de Justicia Militar e implica ser aplicada a situaciones concretas de guerra, como si se tratara de ciudades sitiadas o zonas donde importantes operaciones militares están en desarrollo. Los rasgos destacables del procedimiento del tiempo de guerra son, la naturaleza sumaria de los procedimientos y la ausencia de todo derecho de apelación.

Investigación Pre-sumarial.

En el procedimiento en tiempo de paz, existen

detallados y completos procedimientos preliminares. Toman la forma de una investigación judicial (**sumario**), conducida por uno oficial especialmente designado (Fiscal). Algunos de los fiscales tienen instrucción legal. Esta investigación se ha moldeado sobre la plataforma de la "instrucción" de la ley de procedimiento penal (civil). Los abogados defensores no pueden participar en estos procedimientos, pero pueden ver y aconsejar a su cliente, una vez que el corto periodo inicial de la incomunicación haya terminado. Una vez completo el sumario, el abogado defensor tiene abundantes oportunidades para producir prueba y examinarla en beneficio de la defensa.

En el **procedimiento en tiempo de guerra**, la investigación preliminar tiene la verdadera naturaleza del sumario y se supone que debería ser completada por el Fiscal dentro de las 48 horas (Artículo 180 del Código de Justicia Militar). El procesado no es autorizado a ver un abogado hasta tanto haya sido imputado de acuerdo al sumario. El Jefe Militar entonces, convoca un tribunal conocido como Consejo de Guerra, para considerar el caso en una fecha determinada. En la práctica, el juicio comienza a menudo dentro de las 48 horas. El Consejo de Guerra se integra con 7 Oficiales de las fuerzas armadas, de los cuales solamente uno, el Auditor, está legalmente calificado. El Fiscal que ha investigado el caso, es también el Acusador frente al Consejo de Guerra.

Derecho a defensa por Abogado.

En teoría, el procesado es autorizado a designar al abogado de su elección tan pronto como ha sido imputado de acuerdo al sumario. Si no tiene abogado defensor, será autorizado a que su representación legal sea ejercida por el abogado de turno (el abogado a quien le corresponde el turno de acuerdo a una nómina llevada por el Colegio de Abogados de la localidad). Si no hay ninguno disponible, el Fiscal podrá designarle abogado defensor.

Fuimos informados que en muchísimos casos el procesado no puede procurarse el abogado de su elección. En algunos casos los abogados están mal dispuestos a tomar a su cargo la defensa por temor a represalias. En otros, se dispone de un periodo

muy corto de tiempo entre el sumario y la prueba para que el abogado sea contactado y se le permita hacer el trayecto hasta el lugar donde tiene asiento el tribunal. El sistema de la nómina a menudo falla y ningún abogado de turno está disponible. Generalmente, los procesados no tienen confianza en el abogado nombrado por el Fiscal.

En la mayor parte de los casos el corto período disponible antes de la vista de la causa hace también imposible, en la práctica, al abogado defensor recusar la prueba reunida por la acusación en el sumario y presentar prueba para la defensa. También, excepto en los procesos con repercusión pública, al abogado defensor le resulta imposible objetar documentos, pidiendo estimaciones de expertos, o asegurar la comparencia de testigos de cargo, para interrogarlos y repreguntarlos.

En algunos casos, el abogado defensor no le ha sido permitido ver ciertas páginas de la relación sumarial, aún cuando ellas son conocidas por el Acusador y por el Tribunal. Las razones dadas son de que tocan materias de seguridad nacional. De esta manera, la defensa no siempre conoce frente a que evidencias se encontrará.

El abogado defensor tiene, frecuentemente, que conducir el caso sobre la base de aceptar la prueba presentada por la acusación, e interponer de ahí para adelante aquellas circunstancias atenuatorias de responsabilidad o argumentos legales que puedan beneficiar a su cliente. En la mayor parte de los casos el Acusado ha estado detenido bajo investigaciones por un periodo de varios meses, sin haber tenido acceso a un abogado. No caben dudas de que el sumario no podrá ser completado dentro de las 48 horas, como lo requiere el Código de Justicia Militar. En algunos juicios que se mostraban públicamente, como el de la Fuerza Aérea, que se celebró en Santiago durante nuestra misión, se dio a los abogados defensores adecuadas facilidades para preparar sus defensas. Se nos aseguró, no obstante, que ésta no es la típica forma de operar de los Consejos de Guerra, a lo largo y ancho del país.

Existen otras vías por las cuales el derecho a la defensa se vuelve ilusorio. Un abogado tuvo que re-

nunciar a la defensa de prisioneros políticos a causa de que siempre que lo hacía, la sentencia impuesta era más severa que lo usual y fuera de toda proporción con la gravedad del delito. Este abogado recibió amenazas de muerte por tomar a su cargo defensas gratuitas.

Delitos capitales de traición, sedición y delitos similares son frecuentemente imputados contra los Acusados, sobre la base de sus acciones en apoyo al Presidente Allende y su gobierno antes o en la época del golpe. Por ejemplo, en el proceso de la Fuerza Aérea, que se desarrollaba durante nuestra misión, Carlos Lazo, ex Presidente del Banco Central, fue condenado a muerte (más tarde reducida a 30 años) por haberse concertado con oficiales de la Fuerza Aérea en un intento de separar a aquellos oficiales que eran considerados oponentes y conspirando contra el gobierno de Allende. El ex Senador Erich Schnake fue condenado a 20 años de prisión por haber difundido por radio, el día del golpe, un llamado a la población a sostener al gobierno de Allende. En tales casos se prohíbe a los abogados defensores incluir "consideraciones políticas" en sus argumentos. Efectivamente, esto les impide tratar el punto esencial de tales casos, esto es la respectiva legalidad del régimen de Allende y la del régimen presente.

Ausencia de Derecho de Apelación.

Las sentencias de los Consejos de Guerra, están sujetas a revisión por el Jefe Militar del distrito en el cual el caso fue resuelto. El que puede aprobar, revocar, o modificar la sentencia (reduciéndola o aumentándola) (Artículo 74 del Código de Justicia Militar). El abogado defensor puede efectuar una súplica escrita al Jefe Militar, pero no será oído ante él, y, por supuesto, el Jefe Militar no es un juez, ni está legalmente calificado.

No existe ninguna forma de apelación o recurso contra la decisión final del Jefe Militar, ni siquiera cuando hayan ocurrido graves irregularidades durante el desarrollo del proceso, ni cuando el Consejo de Guerra se haya extralimitado en su jurisdicción. En los procedimientos militares en tiempo de paz existe una "Segunda Instancia" o amplio derecho de apelación ante un tribunal conocido como Corte Marcial. Se trata de un tribunal muy respetado, integrado

por los 3 Auditores (Generales Jueces Abogados) de las 3 fuerzas, junto con 2 civiles (Ministros de la Corte de Apelaciones). En suma, existen correctivos ulteriores (ej. **amparo** y **queja**) por cuya vía el caso puede ser llevado a la "Justicia Ordinaria" (v.g. Corte de Apelaciones y Corte Suprema) cuando se alega que ocurrieron irregularidades en el proceso o que el tribunal militar se extralimitó en su jurisdicción.

En el procedimiento en tiempo de guerra no existe "segunda instancia" ni derecho de apelación ante la Corte Marcial. Se han hecho una serie de intentos para llevar las actuaciones ante la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema, pero esta última se ha rehusado constantemente, a ejercer su jurisdicción supervisora sobre el sistema de la justicia militar en tiempo de guerra, sosteniendo que las actuaciones y sentencias de los Consejos de Guerra caían exclusivamente dentro de la esfera de acción del Ejecutivo. Una pequeña relación sobre uno de esos casos y la argumentación desplegada se encuentra en el Apéndice A.

Estas decisiones de la Corte Suprema, han sido severamente criticadas por los más distinguidos juristas, constitucionalistas y penalistas, quienes sostienen que el Artículo 86 de la Constitución confiere expresamente a la Corte Suprema Jurisdicción supervisora sobre "todos los tribunales de la Nación". Afirma que ningún precedente de tales decisiones puede ser encontrado en las anteriores ocasiones en que el procedimiento de "tiempo de guerra" ha estado en vigor.

Cualquiera sea la verdadera interpretación de la Constitución Chilena en este aspecto, no se puede mirar sino como un deplorable rasgo del sistema de justicia militar, ahora en vigor en Chile, la ausencia de un procedimiento para corregir los errores judiciales. Es particularmente ahí, cuando se recuerda que el procedimiento judicial es extremadamente sumario (factor que en sí mismo tiende a producir errores), y que la gran mayoría de los jueces no tienen preparación legal.

Errores judiciales.

Durante nuestras conversaciones con abogados defensores tuvimos puesta nuestra atención en los

muy serios errores, que alegaban ,habían ocurrido y para los que no había recurso. Los siguientes son algunos ejemplos:

1. En una decisión tomada por el Consejo de Guerra de Pisagua el 29 de octubre de 1973, 6 hombres llamados Taberna, Sampson, Quinteros, Vargas, Ruz y Fuenzalida fueron condenados a muerte. El fallo indicaba que el Consejo no había sido unánime, ya que uno de sus miembros, señaladamente el Auditor, consideraba que debía pensarse con 10 años de prisión. El Artículo 73 parágrafo 1, del Código Orgánico de los Tribunales (que resulta aplicable a las decisiones de los Consejos de Guerra por el Artículo 8, parágrafo 2o., del Código de Justicia Militar) prevee que una sentencia de muerte no puede ser acordada a menos que la decisión del Consejo de Guerra sea unánime. En el caso de una decisión de la mayoría, se aplicará la pena inmediatamente inferior en grado. No obstante, el Jefe Militar confirmó la sentencia de muerte y, al no haber recurso disponible, los 6 hombres fueron ilegalmente ejecutados.

2. El Artículo 12 de la Constitución dispone que nadie puede ser juzgado, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad a la comisión del delito alegado y los Artículos 11 de la Constitución y 12 del Código Penal, establecen por su parte, que nadie será condenado sino de acuerdo a una ley promulgada con anterioridad a la perpetración del delito.

Respondiendo a los planteamientos hechos por el Colegio de Abogados, el Ministro de Justicia indicó públicamente que el principio de no retroactividad, estaba siendo totalmente respetado y que las penas acrecentadas establecidas por Decretos Leyes, no serán aplicadas retroactivamente. El 11 y 12 de setiembre de 1973, el Profesor Nicolás Vega Angel, Vice-Rector de la Universidad de Chile, de Osorno; el Profesor Luis Freddy Silva Contreras, Secretario General de la Universidad y 10 estudiantes de la misma fueron detenidos. Se les hizo una imputación bajo los términos del Artículo 2, parágrafo 2o. de la Ley 17,798, "Sobre Control de Armas". La penalidad máxima prevista por esta ley al tiempo del delito imputado (v.g. anterior a sus

detenciones del 11 y 12 de setiembre) era de 540 días. El 22 de setiembre de 1973, se promulgó el Decreto Ley No. 5, incrementando las penalidades máximas previstas por aquella ley. El 17 de noviembre de 1973, un Consejo de Guerra en Osorno (Caso No. 1585/73, Fiscalía de Carabineros de Osorno) condenó a los Profesores Vega Angel y Silva Contreras a 15 años, y a los 10 estudiantes a 3 años de prisión. El abogado Defensor (el de turno) señaló el error en su defensa escrita, y sometió el punto a la autoridad revisora. Pese a lo cual, las sentencias fueron confirmadas. No existe ningún procedimiento de apelación contra las sentencias erróneas.

Se nos dijo que existían otros casos similares, incluyendo algunos de penas de muerte por delitos cometidos antes de la proclamación del estado de guerra, si bien no era aplicable ninguna pena de muerte al tiempo de los delitos.

3. Parece que en muchos casos los Consejos de Guerra se pronunciaron sobre delitos en los que no tenían jurisdicción para juzgar.

De una manera regular, y a la verdad, parece que invariablemente, prácticas civiles imputadas como delitos contra la seguridad antes del 11 de setiembre de 1973 son juzgadas por Consejos de Guerra. Incluyen delitos contra la Ley de Seguridad del Estado (No. 12.927 de 6 de agosto de 1958) y la Ley sobre Control de Armas (No. 17.798 de 21 de octubre de 1972). Los más destacados abogados chilenos, están de acuerdo en que resulta violatorio del Artículo 12 de la Constitución de Chile, (Cf. Sección VIII Ut-supra y el "Memorándum concerniente a la presente aplicación de las leyes penales en vigor, en relación con los procesos políticos", sometido al gobierno por el Profesor Eugenio Velasco Setelier y 11 otros eminentes abogados penalistas en diciembre de 1973), desde que se aplican retroactivamente los tribunales del tiempo de guerra con sus procedimientos extremadamente sumarios, a delitos cometidos en tiempo de paz. El punto ha sido formalmente elevado por el orden de los abogados al Ministro de Justicia, cuya convicción al respecto no había sido llevada a cabo en la práctica (ver la Sección VII ut-supra). Al no existir un sistema de

apelación, no hay forma de lograr la solución resuelta por la Corte Suprema, anulando todos los procesos y condenas ilegales.

4. Se relata que en muchos casos, los Consejos de Guerra condenan sobre la base de confecciones hechas en interrogatorios originales, negados ante el Fiscal por haber sido arrancados bajo tortura, o cuando no hay otra prueba contra el acusado aparte de su confesión. Esto es violatorio del Artículo 509 del Código de Procedimiento Penal, el que prevee que la confesión no será admitida sino cuando: (1) sea prestada ante el Juez de Instrucción (o Fiscal en el sistema militar), (2) que sea prestada libre y eficientemente, (3) que el hecho confesado sea posible y aún verosímil, atendidas las circunstancias y condiciones personales del reo, y (4) que el cuerpo del delito esté legalmente comprobado por otros medios, y la confesión concuerde con las circunstancias y accidentes de aquél. El Artículo 511 establece que si el imputado quiere retractarse de su confesión hecha ante el Juez de Instrucción (o Fiscal) en los términos del Artículo 509, no será oído, a menos que compruebe "inequívocamente" que la prestó por error, por apremio, o por no haberse encontrado en el libre ejercicio de su razón en el momento de practicarse la diligencia. Es, por cierto, una carga muy pesada, para el imputado, particularmente cuando se recuerda que el Fiscal es el Acusador ante el Consejo de Guerra. Por otra parte, los Consejos de Guerra normalmente no permiten al acusado testificar que ha sido torturado y los abogados defensores que lo han alegado han sido observados por la corte, y en un caso reciente el defensor fue proscripto para ulteriores juicios.

5. Los Consejos de Guerra han inquirido en materias que no formaban parte de la acusación Fiscal contra el Acusado.

6. Los Consejos de Guerra han condenado a los Acusados por delitos que no fueron alegados en la acusación y para los que el abogado defensor no pudo, por consiguiente, preparar su defensa.

7. Han sido condenadas personas, en casos en que se carecía completamente de la prueba de elementos esenciales para el hecho.

8. Han sido condenadas personas acusadas de delitos no previstos por la ley.

9. Se han celebrado Consejos de Guerra sin un abogado calificado, como Auditor, o sin alguno de los otros 6 miembros necesarios.

10. Los testigos de la defensa han sido intimidados.

11. En algunas provincias los Consejos de Guerra se han celebrado a puertas cerradas, como procedimiento regular, pese a que el Artículo 196 del Código de Justicia Militar exige que normalmente se celebren en público.

En nuestro informe preliminar del 27 de abril de 1974, llamamos la atención sobre el hecho de que "graves errores legales de procedimiento y de fondo se han cometido en los tribunales militares y no existe un procedimiento judicial por el cual esos errores puedan ser subsanados". Recomendamos que los eficaces procedimientos de apelación del tiempo de paz (v.g. una apelación o "Segunda Instancia" ante la Corte Marcial, con un recurso final ante la Corte Suprema) fueran introducidos, si fuera necesario, por Decreto Ley. Se nos dijo que la incorporación de un sistema de apelación estaba siendo considerada, pero hasta donde estamos enterados nada se ha hecho todavía y aún no existe una segunda instancia ni procedimiento alguno para corregir errores judiciales bajo el sistema de la justicia militar.

Como lo hemos señalado en nuestro informe preliminar, es violatorio de las obligaciones asumidas por Chile de acuerdo al Artículo 3 de las Convenciones de Ginebra, de 1949, de otorgar todas las garantías judiciales, reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados". En su Comentario a la Cuarta Convención de Ginebra, publicado por el Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra 1958, el Dr. Jean S. Pictet dice en la página 39: "Todas las naciones civilizadas rodean a la administración de justicia de salvaguardias dirigidas a la eliminación de posibilidades de errores judiciales. La Convención ha proclamado precisamente que resulta esencial hacerlo, aún en tiempo de guerra. Debemos ser muy claros sobre este punto: se intenta prohibir, simplemente, la justicia "sumaria".

VII. DETENCION, INTERROGATORIO Y ARRESTO DE SOSPECHOSOS POLITICOS

Número de detenciones.

Las autoridades chilenas, no han publicado estadísticas sobre el número de personas que han sido detenidas. Nos fueron proporcionadas estimaciones que consideramos con probabilidad de ser razonablemente correctas de que hasta fines de marzo de 1974, un total de alrededor de 60,000 personas, fueron detenidas por las fuerzas armadas y carabineros y retenidas por un periodo de por lo menos 24 horas. Muchas de ellas fueron retenidas solamente por unos pocos días o semanas y luego liberadas. A finales de 1973, se considera que cerca de 18,000 personas, permanecían aún en custodia. Las autoridades comenzaron entonces a separar de entre los prisioneros de más larga data, liberando a muchos de ellos. A fines de marzo de 1974 el número de 18,000 había sido reducido a unos 9,000 ó 10,000, cifra que incluía las nuevas detenciones desde el comienzo del año.

Autoridad que efectúa las detenciones.

Las detenciones son efectuados por personal del ejército, la marina o fuerza aérea o de carabineros (policía militarizada). Al principio, las detenciones en masa fueron realizados por unidades ordinarias de dichas fuerzas. Cerca de fines de 1973, se mostró una mayor discriminación y las detenciones incrementadas fueron efectuadas por uno de los cuatro, aparentemente independientes, servicios de seguridad de las 3 armas y carabineros. En enero de 1974, se creó un Departamento Nacional de Inteligencia (DINA) con el objeto de coordinar esos variados servicios de inteligencia, pero parece que aún actúan con un considerable grado de autonomía.

Categorías de detenidos.

Las detenciones masivas de un principio estuvieron dirigidas no sólo contra personas sospechadas de posesión ilegal de armas, sino contra todos aquellos a quienes se consideraba como izquierdistas, incluyendo integrantes del depuesto gobierno, dirigentes de los partidos políticos, dirigentes sindicales, de los pobres de la ciudad y del campo y de los estudiantes, así como también destacados periodistas, artistas o intelectuales.

Mucha otra gente que no tenía una importancia o influencia particular fue detenida a través de denuncias o como resultado de "operativos militares", v.g. operaciones de registro y detención dirigidas a asegurar el control total, por parte de las autoridades militares. Fueron hechas continuas detenciones de personas de esas categorías, pero en el momento actual parece que procedieran de una forma más discriminada.

Ejecuciones sumarias.

Durante las operaciones iniciales de registro y detención muchos civiles fueron muertos, algunos que por instantes ofrecieron resistencia; otros por "ejecuciones sumarias". Por Bando No. 24, emitido por la Junta el 12 de setiembre de 1973 se ordena a quienes enfrentan a la Junta, la total deposición de sus armas, y el párrafo 2o. dispone que:

"Los que fueran hechos prisioneros (formando parte de la resistencia armada) serán fusilados en el acto".

Este Bando fue objeto de numerosas protestas en el exterior.

Por Decreto Ley No. 5 del 12 de setiembre de 1973, publicado el 22 de setiembre, fue modificado el Artículo 281 del Código de Justicia Militar (que establecía el delito de atacar centinelas, guardias militares o fuerza armada) mediante la incorporación del siguiente párrafo:

"Cuando la seguridad de los atacados lo exigiere, podrán ser muertos en el acto, él o los hechores".

Si esta enmienda de la ley implica nada más que los soldados de servicio quedan autorizados, si fuere necesario a matar, en defensa propia, a sus asaltantes, resulta dificultoso determinar por qué necesitaban tal texto. Como en todos los países, esta es una previsión de la ley ordinaria. Tal parece, metida por fuerza en la contienda, que este Decreto Ley fue una abierta invitación a los soldados de disparar a primera vista. De cualquier forma, un número considerable de gente fue muerta en las primeras etapas y se denuncia que a muchas de ellas se les disparó luego de su captura, por vía de ejecución sumaria. De otros, dijeron las autori-

dades que se les había disparado al intentar escapar, bajo una verdadera **ley de fuga**. Casos semejantes ocurrieron aún accidentalmente.

Se pudo establecer, más allá de toda duda, que en octubre de 1973, algunos oficiales superiores de las fuerzas armadas hicieron una gira por 5 ciudades del Norte del país y ordenaron la inmediata ejecución, sin juicio previo, de unas 60 personas que permanecían detenidas. La ejecución de 16 de ellas en "La Serena" fue anunciada a la prensa local en octubre de 1973, junto con un informe totalmente falso diciendo que habían sido juzgadas y sentenciadas por varios Consejos de Guerra por delitos específicos. En los hechos, tales juicios no se celebraron. En verdad, 4 de estas 16 personas estaban siendo juzgadas, a la fecha, por otros delitos (no capitales) ante un Consejo de Guerra. Cuando sus abogados defensores llegaron al tribunal, —el mismo día en que fueron ejecutados—, se les dijo que el tribunal no sesionaría ese día. Algunas semanas más tarde, cuando el tribunal eventualmente dictó sentencia (con respecto a los restantes acusados del caso) se les informó que como los 4 acusados ausentes habían "muerto" durante el desarrollo del juicio, quedaban anulados los procedimientos contra ellos.

Personas desaparecidas.

Durante estas detenciones indiscriminadas, un número muy grande de personas, simplemente desaparecieron y sus parientes y abogados resultaron impotentes para averiguar por quién habían sido arrestados o donde habían sido conducidos. Fue instituido un centro de información (conocido como SENDET — Secretario Ejecutivo Nacional de Detenidos) y se dijo que sería proporcionada información dentro de los 3 días del arresto. En la práctica, esta organización demostró tener poco valor. El mismo personal no quería seguir encuestas sobre personas desaparecidas, y si algún desaparecido no estaba en sus listas simplemente negaban el que hubiera sido arrestado. En los hechos, las autoridades militares continuaban deteniendo a la gente, sin informar al SENDET, o a tal objeto a cualquier autoridad superior. Actuaron, y continúan actuando como si ellos mismos fueran la ley. La prueba más clara de ello ocurrió unos pocos días antes que nuestra misión llegara a Chile, cuando un periodista Suizo, el señor Pierre Rieben, desapareció. Los más enérgicos planteos he-

chos por el embajador suizo encontraron la respuesta de que no había sido detenido por ninguna autoridad. Aún, al cuarto día después de su detención, el Secretario de la Junta, Coronel Ewing, insistía en que si el periodista hubiera sido detenido por cualquier autoridad él lo sabría. Cuatro horas más tarde el periodista fue descubierto por el embajador suizo en un Centro de Interrogatorios de la Fuerza Aérea, donde, como denunció había sido severamente torturado.

Un gran número de personas detenidas han desaparecido sin dejar rastros. Sobre 3,089 personas cuyas detenciones fueron notificadas al Comité de Cooperación para la Paz en Chile, desde el golpe, 547 (o sea el 17,6 o/o) habían desaparecido a fines de marzo.

Amparo.

El **Amparo** es un recurso similar al Habeas Corpus, pero de alcances más extendidos. Se estableció en el pasado como un efectivo y rápido medio para asegurar la liberación de personas impropriamente detenidas. Bajo el Presidente Allende, la liberación de tales personas, no fue frecuentemente cumplida dentro de las 24 ó 48 horas, ante lo que la Corte realizó urgentes diligencias y cuando creyó necesario, aún por teléfono. La aplicación del recurso es hecha normalmente, por la Corte de Apelaciones con derecho de apelar su decisión, ante la Corte Suprema.

Fueron presentados muchos casos por vía de amparo con miras a establecer la situación precisa y asegurar la liberación de personas que habían sido, o se creía que habían sido ilegalmente detenidas, o que estaban tales casos fue presentado por los Obispos Ariztría y Frenz con respecto a 131 personas desaparecidas, dando detalles de sus detenciones. Se cree que no hay un caso por el cual alguna persona haya sido liberada siguiendo una orden dada en el procedimiento de amparo, y muy pocos casos en que la Corte haya tenido éxito en ubicar a detenidos que se creían desaparecidos. En la mayoría de los casos, las autoridades militares, simplemente omitieron responder a los requerimientos de la Corte. Y aún cuando una persona sea ubicada, la Corte Suprema no prosigue el caso más allá, si las autoridades militares expresan que ha sido detenido por una orden expedida de acuerdo a las facultades otorgadas por el Estado de Sitio. Dos casos de amparo fueron aceptados por la Corte de Apelaciones pero su decisión fue revocada por la Corte Suprema. Uno de ellos se refería a un niño de 15 años de edad, Luis

Adelberto Muñoz Meza, detenido en el Estadio Nacional de Santiago. A su edad está exento de imputabilidad criminal. La única acusación que apareció contra él, fue la de haber participado en el apedreamiento de un vehículo perteneciente a la municipalidad de Talagante, en 1970: La Corte de Apelaciones ordenó su liberación porque no existía orden escrita para su transferencia al Estadio Nacional. Pero cuando el caso llegó a la Corte Suprema, una orden tal se había dictado y la Corte Suprema revocó la decisión de la Corte de Apelaciones, sosteniendo que la protección contenida en la Ley de Menores "no podía prevalecer sobre las previsiones adoptadas por las autoridades durante el estado de sitio".

Facultades legales para realizar detenciones.

Las personas pueden ser legalmente detenidas en cualquiera de los siguientes casos:

1. Como sospechosos de haber cometido delitos penales, o
2. Por arresto administrativo, de conformidad al Artículo 72, No.17 de la Constitución, sobre la base de que representan un peligro para la seguridad.

Quienes pertenezcan, a la primera categoría podrán ser detenidos de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal, el que requiere que sean puestos bajo la jurisdicción y control de un Juez del Crimen o, en la jurisdicción militar de un Fiscal.

Quienes pertenezcan a la segunda categoría podrán ser arrestados solamente por medio de orden escrita del Presidente de la República. En enero de 1974, fue publicado el Decreto Ley No. 228, disponiendo que todos los arrestos de personas, en virtud del Estado de Sitio, debían realizarse con una orden escrita de prisión emanada del Ministro del Interior. Por el mismo Decreto, se establece que todos los arrestos ocurridos hasta esa fecha serán retroactivamente validados. A pesar de ello, mucha gente sigue siendo arrestada sin que se haya expedido ninguna orden escrita de prisión, y muchos de esos arrestos se efectúan en completo anonimato, por parte de integrantes de uno de los servicios de inteligencia que operan en ropa civil, llegando en automóviles sin placas.

Esto supone que la clara y tajante distinción entre personas de quienes se sospecha cometieron delitos penales y aquellas que son arrestadas en virtud de una

detención administrativa por representar riesgo para la seguridad es frecuentemente borrada en la práctica. Una gran proporción de los prisioneros no conocen en qué categoría han caído, y quienes han sido retenidos sin proceso por meses son repentinamente imputados de delito. Lo que viola el Código de Procedimiento Penal que requiere que las personas sospechadas de delito sean llevadas ante el Juez del Crimen dentro de los 5 días de su detención (Artículo 294).

Incomunicación.

El Artículo 321 del Código de Procedimiento Penal sienta el criterio de que reglas estrictas gobiernan el periodo durante el cual un detenido de la primera categoría puede ser mantenido "incomunicado", lo que significa que está impedido de comunicarse con su abogado, su familia, o verdaderamente, con ninguna persona de fuera del lugar de detención. Es frecuente que se le mantenga en confinamiento solitario. El periodo normal va hasta los 5 días, pero puede ser prolongado por otros 5 días, por el Juez del Crimen. Y es en la eventualidad de que una nueva información lo vuelva ventajoso, de acuerdo a los requerimientos de la instrucción, cuando el periodo de incomunicación podrá ser extendido por otros 5 días.

Nos dijo el General Bonilla, entonces Ministro del Interior, que habían sido impartidas instrucciones escritas para que las personas detenidas bajo el Estado de Sitio (v.g. bajo el Artículo 72, No. 17 de la Constitución) no pudieran ser normalmente mantenidas incomunicadas por un plazo mayor de 3 días, pero que ese periodo podría ser extendido hasta un total de 8 días mediante la autorización escrita de un oficial superior.

Interrogatorios y torturas.

De las informaciones proporcionadas por fuentes que consideramos enteramente dignas de confianza, emerge el siguiente cuadro.

Con frecuencia, al ser arrestadas, las personas son llevadas primero a un cuartel militar o a una dependencia policial o a uno de los centros especiales de interrogatorios establecidos por los servicios de inteligencia. Pueden ser allí retenidos durante semanas o a veces meses. "Presiones", que a menudo llegan a severas torturas físicas o psicológicas, son aplicadas frecuentemente durante este periodo de interrogatorio. La Con-

ferencia de los Obispos Católicos Romanos, en su Declaración del 24 de abril de 1974, aludía específicamente, entre otros abusos que tenían lugar, a los "procedimientos de interrogatorio que empleaban presiones físicas o morales". Los métodos de tortura incluyen choques eléctricos, golpes, palizas, quemaduras con ácido o cigarrillos, estaciones prolongadas de pie, encapuchamientos prolongados y aislamiento en confinamientos solitarios, arrancamiento de uñas, retorcimiento de testículos, ultrajes sexuales, inmersiones en el agua, colgamientos, simulacros de ejecuciones, insultos, amenazas, y comparencia compulsiva a la tortura de otros. Una serie de personas falleció bajo la tortura y otros padecen incapacidades mentales y nerviosas permanentes.

Entre los centros de tortura más notorios se encuentran la Escuela de Ingeniería Militar **Tejas Verdes**, la base de la Fuerza Aérea, **El Bosque** y el Cuartel Militar **Cerro Chena**.

El objetivo de la tortura parece ser triple: obtener "confesiones" que sirvan de base a ulteriores procedimientos; obtener información sobre asociación y actividades; e intimidar a la víctima, a su asociación, y al público en general.

A menudo las autoridades niegan la existencia de torturas, o niegan el que sea una práctica regular, y atraen la atención sobre los 6 ó 7 casos en los cuales personal militar ha dicho que ha sido perseguido por maltratar a personas arrestadas. Entendemos que ninguno de esos perseguidos eran integrantes de los servicios de inteligencia o venidos de aquellos centros donde ocurren las peores torturas. Se sabe que en algunas ocasiones autoridades del más alto nivel han debido admitir en privado, que ellos conocen que se practican torturas y aseguran que son impotentes para frenarlas.

Otros, tentaron justificarlas como una manera de prevenir que personas inocentes fueran asesinadas por militantes de organizaciones subversivas.

La mayoría de las denuncias sobre torturas y malos tratos se refieren al periodo inmediato siguiente al arresto, mientras el sospechoso es mantenido incomunicado y nadie sabe donde ésta. (Otras denuncias de torturas se refieren a casos en que los detenidos fueron llevados por los servicios de inteligencia desde un apartado campo de detención a un centro de interrogatorios). Quedamos convencidos, luego de nuestras con-

versaciones con abogados defensores de que las instrucciones limitando el periodo de incomunicación, no fueron llevadas a la práctica. Es frecuente que personas arrestadas sean mantenidas incomunicadas por plazos de 8 a 12 semanas.

Luego del periodo inicial de interrogatorio, el detenido puede ser conducido por uno de los 3 caminos siguientes:

1. Puede ser transferido al Fiscal con miras a una investigación judicial y procesamiento por delito (esos son casi invariablemente casos en los cuales una expresa confesión ha sido obtenida, admitiendo algún delito);
2. Puede continuar detenido, presumiblemente bajo el Artículo 72, No. 17 de la Constitución, o
3. Puede ser liberado; ha habido casos en los que la misma persona ha sido arrestada, torturada, interrogada y liberada más de una vez, presuntamente con propósitos intimidatorios.

Ya hemos descrito el sistema de la justicia militar en tiempo de guerra, y algunas de sus deficiencias. Muchos de los cargos preferidos por los Fiscales están referidos a delitos, que se alega, habrían ocurrido antes del golpe, en particular bajo la Ley de Seguridad del Estado (No. 12.927 del 6 de agosto de 1958) y bajo la Ley de Control de Armas (No. 17.798 de 21 de octubre de 1972). (Ambas leyes fueron modificadas por la Junta, por vía de Decretos Leyes). Como hemos visto, tales casos no deben ser juzgados por el procedimiento en "tiempo de guerra", pese a lo cual, invariablemente lo son.

Detenciones administrativas.

La segunda clase de personas referidas ut-supra son aquellas que fueron detenidas por vía administrativa bajo el estado de sitio. Se les conoce como "arrestados". Alrededor de la mitad de los detenidos caen dentro de esta categoría.

La Constitución distingue cuidadosamente el trato a estos arrestados, del de las demás personas en custodia, particularmente de aquellos detenidos por investigación judicial de los Fiscales (detenidos o procesados), personas acusadas o imputadas (reos) o delincuentes convictos (condenados). Como se ha visto, el Artículo

72, No. 17 de la Constitución autoriza al Presidente, en el estado de sitio, a proceder a arrestar personas bajo arresto domiciliario o en lugares que no sean cárceles ni otros destinados a la detención o prisión de delincuentes comunes. La Junta ha asumido por sí misma, estos poderes, y los ha también delegado en todos los Jefes Militares.

La prohibición de tenerlos en prisiones ordinarias, indica claramente la intención de que estos detenidos administrativos, reciban un trato más favorable que el de los acusados o condenados por delitos penales. En la práctica, sus condiciones de detención son, a menudo, peores. Se les mantiene virtualmente "incomunicados", ya sea sin recibir visitas o solamente muy limitadas visitas familiares. Sólo raramente, los abogados tienen acceso a ellos. (El Ministro de Justicia nos aseguró que los abogados tienen libre acceso a sus clientes arrestados; el Ministro del Interior, sin embargo, estuvo de acuerdo en que los abogados no tuvieran tal derecho y no vea necesidad de ello, desde que sus clientes no habrían sido acusados de ningún delito). El régimen varía de campo a campo de detención. En algunos, hay un régimen disciplinario muy estricto y las condiciones son extremadamente duras. Los detenidos son, a menudo, obligados a trabajar (para lo cual no existe autorización legal). Su correspondencia está sujeta a prolongadas demoras. Contrariamente a lo expresamente previsto en la Constitución, muchos son mantenidos en prisión, junto con personas acusadas o condenadas, por delito. (Se nos dijo que las condiciones en otros lugares de detención son, a menudo, peores).

Entre los lugares usados para tener a los arrestados (luego que han dejado los cuarteles, dependencias policiales o centros de interrogatorios a que han sido llevados en un principio) se incluyen:

- Lugares dentro de los límites de la ciudad o zonas en que los acusados viven v.g. Estadio Nacional de Santiago;
- Campos ubicados en zonas remotas, v.g. Oficina Salitrera de Chacabuco, en el Norte y la Isla Dawson en el Sur (en estos lugares los detenidos no gozan del derecho garantizado a los delincuentes comunes, de recibir visitas de sus familiares);
- Buques navales (en uso no hace mucho tiempo);

- Lugares para detención de delincuentes comunes (v.g. cárcel de comunes, penitenciaría, cárcel de mujeres).

El arresto domiciliario puede, también, ser aplicado de diversas maneras. A una persona puede ordenársele permanecer en su casa todo el tiempo y recibir visitas solamente de su familia. En algunos casos se le ordena simplemente permanecer en su casa durante las horas del toque de queda. Como esta restricción se aplica a todos, su efecto es simplemente advertirle que puede ser vuelto a arrestar más tarde. Una persona puede también, ser liberado bajo palabra, con la restricción de dejar la ciudad o zona donde vive.

A quienes están sujetos a estas medidas administrativas de detención o arresto domiciliario, no se les informa de las razones o hechos en que se basa. No tienen medios de recusar los cargos en su contra, los que pueden, por supuesto, estar basados en informaciones erróneas o aún en un error de identidad. Como se indicó más arriba, muchos de los que han sido arrestados y detenidos fueron posteriormente liberados, no obstante no existir un sistema de revisión ante tribunal imparcial o ante otro cuerpo revisor. Como quiera que sea, no existen disposiciones constitucionales que aseguren tal protección.

VIII. CORRESPONDENCIA ENTRE EL COLEGIO DE ABOGADOS Y EL MINISTRO DE JUSTICIA.

Algunos de los puntos recogidos en este informe es el atinente a la correspondencia abierta, entre el Presidente del Colegio de Abogados, señor don Alejandro Silva Bascañán (distinguido profesor de Derecho Constitucional) y el ex Ministro de Justicia, señor Don Gonzalo Prieto Gándara. Nos dieron copia de su correspondencia, entre el 24 de octubre de 1973, y el 22 de abril de 1974, así como de una carta del Colegio de Abogados al Auditor General del Ejército, de 4 de diciembre de 1974.

El Colegio de Abogados promovió 3 puntos principales:

1. Pidió adecuadas facilidades para la defensa de sus clientes, poder comunicarse con ellos, y tener tiempo de estudiar adecuadamente el caso y preparar su defensa;
2. Insistió para que el principio de no retroactividad

de la ley penal fuera respetado y en particular, sostuvo que los delitos cometidos por civiles antes de la fecha del golpe deberían ser juzgados, sea por tribunales civiles ordinarios, sea por tribunales militares operando bajo los procedimientos del "Tiempo de paz";

3. Pidió que fueran establecidos procedimientos de apelación o tribunales revisores, en aquellos casos de pesadas penalidades, y que fuera reconocida la jurisdicción supervisora de la Corte Suprema sobre los tribunales militares en tiempo de guerra (Consejos de Guerra)

Sobre el primer punto, el Ministro en su respuesta, dio seguridades de que habían sido tomadas o serían tomadas medidas para facilitar a los abogados, a satisfacción, la conducción de sus deberes profesionales. Nuestras conversaciones con abogados nos convencieron de que mientras en algunos casos se habían otorgado adecuadas facilidades, como en el juicio de la Fuerza Aérea, celebrado mientras estábamos en Santiago y al que se dio amplia publicidad, en la mayoría de los casos, las facilidades a la defensa adolecieron de las deficiencias que hemos ya referido.

Sobre el segundo punto, el Ministro dio absoluta seguridad (como lo hizo en conversación con nosotros). No obstante, no ha sido implementada. En la práctica, civiles imputados de haber cometido delitos contra la seguridad, antes del 11 de setiembre de 1973, son juzgados por tribunales militares por los procedimientos del tiempo de guerra. También, como lo señalamos al Ministro, se nos habló de cantidad de casos en los cuales muy pesadas penalidades, promulgadas por decretos leyes, habían sido aplicadas retroactivamente.

Dimos al Ministro, detalles de uno de tales casos insistiendo en que lo que se necesitaba era un mecanismo de apelación para que fuera posible corregir esas situaciones.

Sobre el tercer punto, particularmente la necesidad de un mecanismo de apelación, el Ministro simplemente se refirió a relevantes artículos de la Constitución y del Código de Justicia Militar, y a las decisiones de la Corte Suprema a que nos hemos referido. Fue, en efecto, una respuesta negativa. En conversación con nosotros, el Ministro se manifestó de acuerdo con la necesidad de un procedimiento de apelación y dijo que el punto estaba siendo estudiado en esferas del gobierno. A los cuatro meses

de esa respuesta, parecería que todavía nada se ha hecho.

IX. TRATO DISPENSADO A LOS EXTRANJEROS.

A la fecha del golpe, residían en Chile un gran número de extranjeros. Muchos de ellos, probablemente cerca de 10.000, se trataba de personas que venían buscando refugio de regímenes militares de otros países de Sud-América.

Luego del golpe, muchos de esos extranjeros, sospechados de actividades o simpatías políticas izquierdistas, fueron particularmente buscados, en las operaciones de registro y detención llevadas a cabo por las autoridades militares. Se sabe que por lo menos 700 fueron arrestados, y algunos asesinados en los primeros días que siguieron al golpe. Como consecuencia, un gran número (aproximadamente 2,000) buscaron refugio en embajadas extranjeras.

Luego de extendidas presiones internacionales, con la ayuda de una serie de gobiernos extranjeros, del Alto Comisionado para Refugiados de las Naciones Unidas (UNHCR), de las Iglesias locales, respaldadas por el Consejo Mundial de Iglesias, del Comité Internacional de la Cruz Roja y otros grupos, se permitió dejar el país a casi todos los extranjeros, que deseaban hacerlo.

Puede decirse, que todos los extranjeros a quienes se concedió asilo en embajadas extranjeras, fueron autorizados, eventualmente, a dejar el país. (Hay aún un pequeño número de nacionales chilenos en embajadas extranjeras). Cerca de 2,600 extranjeros fueron reinstalados fuera de Chile bajo los auspicios del UNHCR. Unos 1,500 salieron por sus propios medios, con permisos otorgados por el gobierno, y se estima en unos 2,000 a 3,000 el número de los que salieron clandestinamente hacia países vecinos. Su reinstalación es un continuo problema.

También subsiste el problema de cómo reunir las familias, en aquellos casos de extranjeros que salieron del país, dejando detrás, familiares que eran nacionales chilenos. Bajo los auspicios del UNHCR, se está logrando reunir muchas de esas familias, en el exterior.

De los detenidos, se supo por la Oficina del UNHCR, en abril de 1974, que 3 de ellos fueron condenados por delito y 15 más, permanecían aún en custodia, esperando el juicio. Alrededor de otros 10

imputados de delito, han sido liberados bajo fianza (libertad condicional).

De acuerdo a la declaración hecha por un cónsul chileno en Bolivia, se creyó erróneamente que durante las primeras jornadas, alrededor de 250 bolivianos refugiados en Chile habían sido forzadamente repatriados a Bolivia, contra sus deseos. (Cf. C.I.J. Revista No. 11 diciembre de 1973, pág. 13). En verdad, eran trabajadores migrantes venidos sin documentación apropiada, y las autoridades chilenas dijeron que podían, cuando sus papeles estuvieran en orden, retornar a Chile. Hubo, sin embargo, casos aislados de repatriación de refugiados bolivianos, contra sus deseos.

En general —justo es decirlo— el Gobierno Chileno ha cumplido a satisfacción con las obligaciones a su cargo, de acuerdo a las diversas convenciones internacionales referentes al derecho de Asilo de las que forma parte, aún cuando resta todavía en esta categoría, un pequeño número de personas desaparecidas.

X. COMENTARIOS Y CONCLUSIONES.

Nuestra primer interrogante al redactar el informe fueron las razones y por tanto, la necesidad para la continuación del Estado de Sitio.

Estimamos que Chile se encuentra todavía atravesando un periodo excepcionalmente difícil, en atención a los principales hechos sucedidos hasta y a continuación del golpe del 11 de setiembre de 1973. Quienes están en el poder consideran, evidentemente, que para ellos es todavía necesario retener algunos poderes de emergencia, de conformidad al Artículo 72, No. 17 de la Constitución. De todas formas, las autoridades con las que hablamos han manifestado, no sólo privada, sino públicamente, su convicción de que el país está retornando a la senda de la estabilidad. Es evidente que las fuerzas armadas conservan un completo control sobre la totalidad del territorio nacional. En tales condiciones, esperamos que el gobierno acelere el proceso de liberación de las personas retenidas por vía de arresto administrativo, manteniendo en custodia solamente a aquellos imputados de delito a quienes esperamos ponga a disposición de tribunal competente. Una vez que se haya hecho ésto, se aclarará el camino para levantar el Estado de Sitio, y comenzar el retorno a un gobierno democrático normal.

Mientras tanto, estamos extremadamente interesa-

dos en ciertos aspectos procesales del arresto administrativo. Primero y primerísimamente estamos consernados de saber que la gente sigue aún siendo detenida anónimamente sin que sus familiares o abogados conozcan quién las ha detenido, o porqué, o dónde serán retenidas, y que no exista una vía efectiva por la que ellas o sus abogados puedan averiguarlo, a través de canales oficiales. Al tiempo que aceptamos que el Artículo 72, No. 17 de la Constitución da un poder discrecional al Ejecutivo, y que los motivos de tales detenciones no pueden ser discutidos ante los tribunales, la misma medida indica que el Ejecutivo debe ajustarse a ciertos requerimientos procesales. Como lo son la expedición de órdenes escritas de prisión por parte de la más alta autoridad ejecutiva y que el arresto se cumpla, sea en el domicilio de la persona afectada o en algún lugar que no esté destinado a la detención de delincuentes comunes. Bajo la Ley Chilena, como bajo la ley de cualquier otro país civilizado, el periodo de incomunicación debe ser restringido al mínimo y los malos tratos y la tortura resultan ilegales. Expresamos, por lo tanto, la esperanza de que se tomen medidas administrativas estrictas para fortalecer los procedimientos que, como nos lo dijo el entonces Ministro del Interior, General Bonilla, habían sido establecidos con respecto a estas materias.

Como quiera que sea, la existencia de tales condiciones y protecciones mínimas tiene, obviamente, escasas consecuencias, si no existe la posibilidad de asegurar mecanismos de reparación, frente a su violación. Su efectividad dependerá de que el detenido pueda obtener asistencia legal y de que sea posible la presentación de sus agravios ante un tribunal. Esto que parece obvio, y que algunas autoridades nos aseguraron era lo que se estaba haciendo, otros (incluyendo al General Bonilla) insistieron que un detenido por el artículo 72, No. 17, no puede reclamar asistencia legal mientras no sea inculpado de un delito penal. Esto parece indicar una peligrosa confusión que debería subsanarse tan pronto como fuera posible.

Insistimos particularmente sobre este punto, en vista de los numerosos casos de maltrato y torturas que han sido relatados. Hemos oído amplios testimonios provenientes de gente absolutamente responsable y creíble que nos han persuadido de la existencia de estos hechos. No queremos sugerir que estos casos son el resultado de órdenes dadas por la Junta o por autoridades policiales de alto nivel.

Sugerimos, no obstante, que la experiencia pasada por varios países ha mostrado que es probable que ocurran torturas, siempre que los detenidos sean mantenidos incomunicados por un tiempo considerable y sin acceso a un abogado.

Por lo tanto proponemos con urgencia, en interés del país y en el de los detenidos que:

- (i) todos los arrestos sean efectuados en virtud de una orden escrita, firmada de acuerdo con el Decreto Ley No. 226, y se de, en el momento del arresto, una copia a la persona afectada;
- (ii) el periodo máximo de incomunicación (Ver Sección VII. ut-supra) sea estrictamente cumplido;
- (iii) los familiares y abogados defensores sean informados, tan pronto como sea posible y en cualquier caso al término del periodo de incomunicación, el lugar de detención, la situación legal del detenido, y, si es imputado por algún delito, el tribunal que lo juzgará.
- (iv) pasado el periodo de incomunicación, el abogado del detenido deberá poder verlo y hablar con él en cualquier momento durante su detención;
- (v) quienes han sido imputados con delitos penales deberán ser puestos inmediatamente a disposición del tribunal competente;
- (vi) quienes han sido arrestados por orden administrativa no deberán ser confinados con delincuentes comunes en cárceles o penitenciarías. Deberán ser mantenidos en condiciones razonables, donde puedan tener visitas regulares de sus familiares; deberán ser abandonados los lugares excesivamente remotos e inabordables (tales como la Isla Dawson y Chacabuco);
- (vii) deberán ser publicados en el Diario Oficial, al finalizar el periodo de incomunicación, los nombres de personas arrestadas por orden administrativa, de acuerdo al Artículo 72, No. 17 (como lo hacen otros países que admiten la detención administrativa) y, dado el caso, su liberación y la fecha en que se cumple;
- (viii) deberá ser instrumentado un efectivo recurso ju-

dicial para reforzar esas estipulaciones; con este propósito los escritos de amparo presentados en beneficio de los detenidos, deberán ser diligenciados por los tribunales tan pronto como sea posible, y el Ejecutivo deberá prestar total cooperación a los tribunales respondiendo a sus requerimientos.

Creemos que si estos procedimientos fueran estrictamente seguidos las denuncias de tortura y maltrato disminuirían.

El procedimiento de amparo, que tradicionalmente era decidido muy rápidamente por los tribunales chilenos, lo encontramos muy distorsionado, llevando varias semanas el tomar una decisión, si es que alguna es tomada. Se ha de ver, entonces, como de la mayor importancia, el restablecer la completa efectividad del procedimiento de amparo.

Tal vez nuestro mayor interés se refiere a la aplicación a la presente situación de las disposiciones del Código de Justicia Militar concernientes el procedimiento del "tiempo de guerra".

Se nos insistió frecuentemente, y es de por sí evidente, que las autoridades militares lograron el control total del país, dando término a las hostilidades en un periodo muy breve luego del golpe. Es una realidad que el país ha estado tranquilo por varios meses. Aún cuando la mera posibilidad de actos terroristas puede ser pensada para justificar algunas medidas de emergencia, no hay bases, cualquiera que sean, para considerar que Chile continúa en estado de guerra. Con miras a permitir el funcionamiento de la jurisdicción y garantías del procedimiento normal del tiempo de paz, con respecto a muchas personas acusadas de delitos cometidos con motivaciones políticas, urgimos que la declaración hecha por el Decreto Ley No. 5 de que el Estado de Sitio debía ser entendido como "un estado o tiempo de guerra" sea revocada sin demora.

La naturaleza sumaria del procedimiento del tiempo de guerra en el Código de Justicia Militar, puede ser entendida sola cuando se parte de la base de que estos procedimientos son previstos por el Legislador para situaciones de extrema emergencia (v.g. en una ciudad sitiada, o cuando importantes operaciones militares están en desarrollo en la zona donde ocurrió la agresión). Por ejemplo, en este procedimiento se supone que la investigación presumarial no excederá de 48

horas, salvo en casos excepcionales (Artículo 180 del Código de Justicia Militar), y no se prevee ninguna forma de apelación. Además los tribunales del tiempo de guerra, Consejos de Guerra, se integran con 6 miembros no legalmente calificados y sólo con un oficial legalmente calificado. Este virtual dominio de oficiales no legalmente calificados es particularmente peligroso cuando, como en el presente caso, se suscitan problemas legales extremadamente complejos (v.g. el problema de la legalidad o ilegalidad del Gobierno de Allende y los actos cometidos bajo o en nombre de ese Gobierno).

El Jefe Militar que designa los jueces no está sujeto para tal acto a ninguna regla de procedimiento (v.g. designarlos de una lista preestablecida). Esto crea un riesgo sustancial desde que elegirá aquellos que considere más a propósito para tomar decisiones favorables a la acusación, restringiendo de ese modo, las posibilidades de una reglada e imparcial designación. Además, el poder arbitrario de los Jefes Militares de modificar, los fallos como ellos lo entiendan conveniente, significa que la decisión final no depende del tribunal, sino de la jerarquía militar desde que no existe forma alguna de apelación.

Nos parece inconcebible que tales procedimientos puedan existir y continúen cuando no hay ni remotos vestigios de una situación de guerra y los ejemplos que hemos citado en nuestro informe muestran los graves errores judiciales que pueden resultar.

Por lo tanto, urgimos vigorosamente para que, ya sea por Decreto Ley o, de preferencia, por un retorno al sistema de justicia militar en tiempo de paz, se instituya sin demora, la revisión de los fallos de primera instancia por parte de la "Corte Marcial" (Tribunal Militar de Apelaciones). Debería, además, reconocerse el derecho a un recurso final ante la Corte Suprema.

Lamentamos sinceramente que la sala de la Corte Suprema haya fallado que no tiene jurisdicción para revocar los fallos de los Consejos de Guerra. Esta decisión se aparta de anteriores precedentes y renuncia a la jurisdicción supervisora que, como consideran los abogados chilenos, es otorgada por la Constitución sobre todos los Tribunales, sin excepción. La decisión es particularmente lamentable teniendo en cuenta las repetidas afirmaciones de la Junta sobre la independencia del Poder Judicial. En las actuales circunstancias, la

Corte Suprema que es mantenida en alta estima en Chile y en el extranjero, podría jugar un rol vital en este periodo de transición en que debe administrarse justicia en medio de un contexto de pasión y rivalidad. Esperamos que en tanto sea mantenido el sistema de justicia militar en tiempo de guerra, la decisión a que nos hemos referido será revocada por una resolución de la Corte en pleno o por un decreto gubernamental (el que según nos informaron, está a estudio).

Una preocupación adicional se origina por el hecho de que en los procedimientos presentes, los derechos de la defensa están sumamente limitados. El abogado defensor no tiene generalmente acceso a su cliente durante la investigación pre-sumarial y el hecho de que este rasgo no se dé únicamente en el procedimiento del tiempo de guerra no nos impide verlo como una seria restricción de la defensa. Nuestra impresión es que algunos abogados, con o sin justificación, decaen en defender a sus clientes con el vigor que uno esperaría, por temor a ser políticamente mal interpretado. Pensamos que el Poder Judicial y las Fuerzas Armadas podrían contribuir a disipar este temor.

Notamos que en un Memorándum presentado al Gobierno por 12 distinguidos penalistas chilenos en diciembre último, su primera petición era sobre las medidas a ser adoptadas para eliminar las restricciones a la libertad de prensa y de palabra, en materias relativas a juicios por razones políticas. Quedamos francamente desanimados por el relato completamente parcial y nocivo, comentado por la prensa chilena sobre el juicio de las FACH (Fuerza Aérea), que se celebró durante la época en que estuvimos en Chile. Los relatos de la prensa, sobre procesos de actualidad son siempre una materia sensible, pero tales comentarios, como vimos, no conducen a crear la impresión de un sistema de juicios justos e imparciales.

Entendemos que el Código de Justicia Militar de 1926 constituyó en el momento de su creación, un progreso sustancial hacia un sistema modernizado de justicia militar. Sin embargo, podríamos puntualizar que en el transcurso de los últimos 20 años la justicia militan en la mayoría de los países occidentales, ha sido profundamente reformada a fin de ser adaptada a la nueva comprensión de los Derechos Fundamentales, y la ley militar chilena no fue nunca modificada. El momento actual es difícil para encarar reformas legislativas. Quisiéramos, no obstante, llamar la atención de

los muy destacados abogados penalistas chilenos sobre la, desde hace mucho tiempo necesaria, reforma de la ley militar, y fomentar estudios preliminares que pueda conducir a la elaboración de un proyecto de código por el internacionalmente renombrado Instituto de Ciencias Penales.

Finalmente, sentimos la necesidad de manifestar nuestra perplejidad sobre algunos de los Decretos que la Junta ha promulgado reformando la ley penal de fondo. En un tiempo en que en todas partes el Mundo Occidental viene aboliendo la pena de muerte o por lo menos la ha restringido severamente, causa horror ver que su campo de aplicación se extiende en Chile. Ciertamente esperamos que las autoridades militares no ordenen la ejecución de otra pena de muerte, considerando que el derramamiento de sangre sólo puede aumentar las divisiones del pasado y disminuir la esperanza de armonía para el futuro. También deploramos la introducción de algunas nuevas figuras delictivas de la ley chilena, las que sólo pueden ser explicadas por las circunstancias extraordinarias en que fueron creadas. A vía de ejemplo podríamos mencionar el Artículo 4o. del Decreto No. 81 del 11 de octubre de 1973, que establece como delito penado con largo tiempo de detención o con la muerte, a cualquiera que, habiendo previamente huido del país, adquirido asilo en el exterior, o sido expulsado, entre clandestinamente al territorio nacional. La razón de esta penalidad extremadamente severa es que, bajo las previsiones del Decreto se presume (y por lo tanto, no necesita ser probado) que ha retornado con la intención de atacar la seguridad del estado. Ciertamente, tal legislación, que viola la presunción de inocencia y el principio de que la intención dolosa debe ser probada deberrá ser derogada sin demora.

APENDICE A

APELACION POR RECURSO DE QUEJA ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, CONTRA EL CONSEJO DE GUERRA DE VALPARAISO.

CASO No. 6603

El 11 de octubre de 1973, Juan Fernando Silva Riveros fue sentenciado a prisión de por vida por el Consejo de Guerra de Valparaíso (uno de los oficiales expresó su discordia con la resolución), en base

al Artículo 252, No. 3, del Código de Justicia Militar. Este artículo se refiere al espionaje en tiempo de guerra por la confección de planos o croquis.

El abogado defensor, apelando por vía del "recurso de queja", demandó a la Corte Suprema, en ejercicio de su jurisdicción supervisora de acuerdo al Artículo 86 de la Constitución y al Artículo 540 del Código de Organización de los Tribunales, la anulación de la sentencia. El artículo 86, No. 1 de la Constitución dice:

"La Corte Suprema tiene la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los Tribunales de la Nación, con arreglo a la ley que determine su organización y atribuciones".

Sus principales argumentos fueron los siguientes:

1. La base de la acusación contra el demandado fue la de que se encontró en su casa 3 planos de un sector de Valparaíso. Estos habían sido diseñados en el diario El Mercurio, y se diferenciaban de los publicados en el diario, sólo en que se había marcado en ellos, el local del cuartel general de la policía (carabineros), el hospital alemán y la prisión. No había pruebas de que el demandado mismo hubiera hecho las marcas o fuera responsable de ellas, y él expresamente lo negó.
2. El artículo 252 se halla ubicado en una sección del Código de Justicia Militar titulada "De la traición, del espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado", pero el estado de guerra proclamado en Chile no lo ha sido directamente contra un enemigo externo.
3. No estaba probado que los planos hubieran sido preparados después de la proclamación del estado de guerra.
4. Los planos no tenían relación con una zona de operaciones militares, como se requiere para constituir delito de conformidad al artículo 252, No. 3, del Código de Justicia Militar.

El 13 de noviembre de 1973, la Corte Suprema declaró que no tenía jurisdicción sobre los tribuna-

les militares en tiempo de guerra y por consecuencia rechazó la apelación. El fundamento principal de su decisión fue de que esta jurisdicción no era compatible con la función del comando militar, atribuida por la ley, al Jefe Militar de la zona.

El abogado defensor demandó a la Corte reconsiderar su decisión. Citó la opinión de varios tratadistas de la ley constitucional chilena, de acuerdo a la cual cualquier ley que pretendiera excluir a un tribunal de la jurisdicción supervisora y correccional de la Corte Suprema sería inconstitucional. Entre otros autores citados estaba el señor Silva Bascuñán, Presidente del Colegio de Abogados.

En dos fuertes alegatos de apoyo preparados por el señor Daniel Schweitzer, uno de los destacados abogados penalistas en Chile y, que es, casualmente bien conocido por sus posiciones políticas de derecha, se presentaron los siguientes argumentos:

1. Chile no está en estado de guerra, civil o militar, sino sólo en un estado de conmoción interna, lo que permite que sea declarado el estado de sitio de conformidad con el artículo 72, No. 17, de la Constitución. La "guerra" referida en los Decretos Leyes No. 3 y 5, del 11 y 25 de setiembre, existe sólo en el papel.
2. Las leyes relativas a la guerra no impiden a la Corte Suprema el ejercicio de su jurisdicción supervisora sobre todos los tribunales de la nación, incluyendo los tribunales militares.
3. Ninguna ley puede excluir a un tribunal de esta jurisdicción que pertenece a la Corte Suprema por disposición Constitucional.

4. El Código del Trabajo colocó los tribunales que creó bajo la autoridad del Ministro pertinente. Lo que no impidió a la Corte Suprema el ejercer su jurisdicción supervisora y correccional sobre ellos, aún antes de que ésto fuera expresamente reconocido por ley.

5. En 1872 la Corte Suprema hizo una protesta formal al Ministro de Guerra al respecto de una violación legal cometida por un Jefe Militar quien, invocando un estado de guerra, impuso penalidades no sólo a los soldados sino a civiles. El Ministro de Guerra contestó diciendo que pondría fin inmediatamente al abuso. Casos similares ocurrieron durante la ocupación del Perú por las tropas chilenas en 1883.

6. El defensor no demanda a la Corte Suprema intervenir en las funciones específicas del Comando militar, sino corregir el abuso de los poderes judiciales de los tribunales militares en tiempo de guerra.

7. Por Decreto Ley No. 128 de 12 de noviembre de 1973, la Junta militar asumió el ejercicio de los Poderes Legislativos y Constituyente, pero repitió lo que ya había dicho por Decreto Ley No. 1 de 11 de setiembre, particularmente que reconocía la independencia del Poder Judicial y la autoridad de la Corte Suprema como su más alta representante, y que anularía cualquier acto que pudiera interferir en sus funciones bajo el sistema constitucional y legal en vigor.

A pesar de estos argumentos, la Corte Suprema decidió no revocar sus tempranas decisiones, declarando que carecía de competencia en la materia.

DOCUMENTO

MODELO DE ESCRITURA PUBLICA DE COMPRA VENTA DE UN ESCLAVO

Todo abogado ha aprendido que, en ciertas épocas de la Historia, algunos hombres fueron considerados "cosas" o "bienes" por el Derecho; y, consecuentemente, estos hombres eran vendidos, hipotecados o arrendados por otros hombres. Sin embargo, pocos hemos tenido oportunidad de leer un contrato destinado a transferir este tipo peculiar de "bienes"; y existe una indudable curiosidad entre los abogados por conocer cómo sus colegas de otros tiempos resolvían en su práctica diaria este tipo de problemáticas jurídicas, es decir, cómo redactaban un contrato de venta de un esclavo, qué cláusulas incorporaban, qué seguridades y precauciones adoptaban en favor de sus clientes. Por esta razón, habiendo llegado ocasionalmente a mis manos un contrato de compra-venta de un esclavo negro celebrado en Lima en la época del Virreynato (1), he considerado interesante transcribirlo como documento en la Revista, precedido de algunas aclaraciones.

El instrumento, cuyo texto exacto corre a continuación, fue otorgado en Lima el 9 de octubre de 1679 ante el Escribano de su Majestad (equivalente a Notario Público) don Gabriel Pérez del Castillo, en papel de Sello Tercero de valor de "un real" la foja. Los contratantes fueron, de una parte, doña Feliciano Marmolejo, como vendedora; de la otra, el Clérigo Presbítero Maestro, Dr. Pedro de Torres y León, como comprador. La "cosa" materia de la compra-venta es un niño negro de aproximadamente 16 ó 17 años de edad, llamado Valentín Beltrán. Respecto de la vendedora no me ha sido posible conocer nada. Sin embargo, llama la atención que se trate de una mujer joven —25 años— soltera, que actúa por sí misma, ya que la costumbre de la época era que las mujeres solteras contrataran por interposita persona, usualmente su padre; e incluso las

viudas tenían pudor de contratar directamente y se hacían representar normalmente por un cura. La vendedora declara haber adquirido el esclavo un año antes de doña Juana Beltrán de la Trinidad, natural de Santiago de Miraflores de Zaña; esta floreciente ciudad del Norte, ubicada entre las actuales ciudades de Pacasmayo y Chiclayo, fue destruida totalmente por una inundación 40 años más tarde de la compra del esclavo y tuvo que ser evacuada en 1720. El comprador era clérigo y además, parece haber sido un médico conocido en Lima que fue satirizado por Juan del Valle y Caviedes en su obra "Diente del Parnaso". Teniendo en cuenta que Caviedes escribe aproximadamente en la misma época de la compra del esclavo (2), a juzgar por las bromas que hace de Torres debemos pensar que éste era ya un médico viejo, poco preocupado por los honorarios pero cuya actividad profesional había perdido eficacia con la edad. Es así como lo describe Caviedes (3):

"Torres ya es cosa perdida,
si antes fue doctor de suerte;
aunque también con la muerte
anda buscando la vida.

(1) Contrato por el que doña Feliciano Marmolejo vende a don Pedro de Torres y León un esclavo negro. Lima, 9 de octubre de 1679. Con anotación marginal de 18 de marzo de 1680. Manuscrito. Dos fojas. Archivo F. de Trazegnies.

(2) Caviedes escribe "Diente del Parnaso" entre 1683 y 1691, según indicación de Ricardo Palma. Y Torres compra el esclavo en 1679.

(3) CAVIEDES, Juan del Valle y. "Diente del Parnaso" en "Obras". Introducción y notas de Rubén Vargas Ugarte S.J. Clásicos Peruanos Vol. 1, Lima, 1947. p. 227.

Albarda es tan conocida,
que de valde y al fiado
visita el viejo menguado;
pero con tal desventura,
que, aunque de fiado cura,
mata luego de contado”.
(Respuesta de la Muerte, II).

Con relación al esclavo, es interesante advertir que es criollo, es decir, no era directamente importado del Africa sino que había nacido en América. Cabe notar que dicho esclavo lleva el mismo apellido Beltrán de su anterior propietaria. Esto hace pensar que probablemente nació en Zaña, habiendo adquirido doña Juana Beltrán la propiedad del esclavo a título originario, es decir, por el hecho del nacimiento de padres esclavos de su propiedad; por lo que el niño adoptó el apellido de la propietaria, según la costumbre de la época.

El precio de la compra consta que fue de 550 pesos, que fueron pagados al contado. Este pago se efectuó en “monedas de columna”. La expresión se refiere a las monedas de 8 reales y de 4 reales —un peso equivalía a 8 reales— que en una de sus caras llevaban las columnas de Hércules. Como es sabido, las columnas de Hércules correspondían en la antigüedad a los dos extremos del estrecho de Gibraltar —probablemente simbolizaban el Monte Hacho en la costa noráfricana y el peñón de Gibraltar en la costa española— que constituían el límite del mundo conocido y cognoscible, debido a los peligros de toda clase que encerraba el océano más allá de tales columnas; de ahí la divisa clásica “NON PLUS ULTRA”. Cuando los españoles se aventuraron por esos mares desconocidos y descubrieron América, colocaron en sus monedas las columnas de Hércules sustituyendo la antigua divisa limitativa por una nueva que orgullosamente daba cuenta del atrevimiento español: “PLUS ULTRA”.

Desde el punto de vista jurídico, creo oportuno hacer notar los siguientes aspectos del contrato:

1. Ante todo, lo que más llama la atención es, evidentemente, el tratamiento de objeto que se otorga a Valentín Beltrán. El instrumento implica un verdadero contrato de compra-venta de un hombre, en el que hay acuerdo sobre cosa (el hombre) y precio y que transfiere la propie-

dad y la posesión del mismo. Este “bien” tiene una historia de su dominio y, al igual como ahora lo hacemos con una casa o con un fundo, la vendedora cumple con señalar la persona y el acto en virtud del cual adquirió la propiedad, a fin de permitir una comprobación posterior de la legitimidad del título y la continuidad del derecho. Por otra parte, este “bien” es susceptible de ser hipotecado y, por tal motivo, la vendedora declara, también al igual como lo hacemos actualmente, que el “bien” está libre de cargas o gravámenes. Finalmente, la vendedora se obliga al saneamiento en caso de evicción.

2. La venta se efectúa en las condiciones en que ahora venderíamos un automóvil usado, es decir, sin responsabilidad por los vicios ocultos de la “cosa”. Es así como la vendedora no garantiza a comprador por el hecho de que el esclavo pudiera ser ladrón, borracho o cimarrón o tener cualquier otro vicio, tacha, defecto o enfermedad. Sin embargo, resulta claro del documento que se acostumbraba practicar un examen muy minucioso al esclavo en el acto de la compra-venta, desnudándolo delante de los contratantes para verificar su estado físico; es en este examen que se va a descubrir que Valentín Beltrán tiene un tumor en la ingle. En tales circunstancias, la vendedora garantiza al comprador únicamente el riesgo que ha sido directamente apreciado en el examen; y se compromete a devolverle el precio en caso que el tumor mencionado acarrearla el tullimiento o muerte del esclavo. Es interesante señalar que no se fija plazo para la ejecución de esta garantía.
3. No existiendo un Registro de Propiedad, el contrato de compra-venta constituye el título fundamental para acreditar el dominio sobre el bien. Por tanto, habiéndose establecido un defecto de la “cosa” en el contrato y la respectiva responsabilidad de la vendedora, resulta necesario que el levantamiento del gravamen se anote en ese mismo instrumento a fin de que el título quede “limpio”. Es por esa razón que cinco meses más tarde, las partes comparecen ante el Escribano ante quien se otorgó el contrato a fin de declarar el comprador que el es-

clavo se encuentra sano y que, en consecuencia, alza el gravamen referido. Esta declaración queda anotada al margen de la escritura de compra-venta.

4. Aparentemente, las partes tenían la facultad de pactar un procedimiento muy expeditivo para cobrar una deuda: bastaba con estipular que la deuda podía ser cobrada judicialmente como si se tratara de una ejecución de sentencia, con lo cual se estaba renunciando a discutir en juicio la existencia de la deuda y la oportunidad del pago. Este procedimiento se asemeja a la posibilidad en nuestro Derecho actual de que una deuda pactada por escritura pública pueda ser exigida mediante juicio ejecutivo.

Sin embargo, el método antiguo parece más radical pues en el moderno juicio ejecutivo todavía es posible oponerse al pago abriendo debate sobre la naturaleza de las relaciones personales habidas entre acreedor y deudor; en cambio, dentro del procedimiento colonial la deuda adquiere autoridad de cosa juzgada por simple acuerdo entre las partes.

5. La vendedora renuncia en forma expresa a las leyes que pudieran beneficiar particularmente a las mujeres, a fin de dar seguridad al contrato evitando una nulidad posterior. Pero es notable que, para este efecto, se haga "especial referencia" a las leyes del **Senatus Consultum Valleanum** (que hacían impugnables los negocios crediticios de la mujer, si ésta los había realizado no en interés propio sino en interés ajeno), del Emperador Justiniano, del Foro y de las Partidas. En realidad, el Derecho Romano no estaba legalmente vigente durante la Colonia; sin embargo, como señala Jorge Basadre en su "Historia del Derecho Peruano" (4), la práctica viciosa de los abogados lo había revitalizado **de facto** ya que se alegaba en los pleitos y los

Tribunales lo acogían. El "Foro" se refiere probablemente al Fuero Juzgo, que a su vez era la versión romanceada y adaptada durante la Reconquista (Siglo XIII) del **Liber Judiciorum** re-

copilado por el Rey Godo Recesvinto (649-672); este cuerpo legal visigodo se aplicó a toda la península ibérica. Las Partidas, como es sabido, son una enciclopedia de los conocimientos jurídicos del S. XIII inspirados sobre todo en el Derecho Romano y en el Derecho Canónico, a los que se suma el Derecho castellano. Constan de siete libros o partes y la primera letra de cada uno de ellos forma el nombre de Alfonso X, llamado "el Sabio", que ordenó su redacción. Estas Partidas tienen un carácter más doctrinal que legal y tratan muchas veces sobre temas no jurídicos debido a que no existía aún la distinción moderna de lo "estrictamente jurídico".

Ahora bien, la escritura comentada no se refiere a la Nueva Recopilación (1567), que fue el cuerpo de leyes que teóricamente estaba vigente en esa época, como fuente supletoria del Derecho Indiano. En realidad, la jerarquía de leyes exigía que para los pleitos civiles se aplicara primordialmente la Nueva Recopilación; a falta de regla en ella, se aplicaban los fueros municipales y sólo en tercer lugar las Partidas. Algunos historiadores sostienen que los jueces optaron por aplicar preferentemente las Partidas; pero otros piensan que esta aplicación se limita al Derecho Procesal. El documento que comentamos parece abonar en favor de la tesis de los primeros. En todo caso, la confusión de fuentes legales en la época de la Colonia parece bastante grande: no se citan las leyes vigentes y, en cambio, se renuncia expresamente a leyes no vigentes (Derecho Romano) y a obras doctrinales más que legales (Partidas).

(4) BASADRE, Jorge.- "Historia del Derecho Peruano". Ediciones Antena S.A., Lima, 1937, p. 233.

Transcripción literal del documento (5)

“Sello tercero, un real
años de mil y seiscientos
y setenta y cinco y setenta
y seis.

Para los años 1678 y 1679”

“Benta. Da. Feliciana Marmolexo, a El Mo.D. Pedro de Torres y León de un negro nombrado Balentin, criollo, en precio de 550 ps.

Sean quantos esta carta bienen como yo Da. Feliciana Marmolexo, Vezina moradora de esta Ciudad de los Reyes del Perú, muger soltera, libre de matrimonio y Patria Potestad, mayor que declaro ser de Beinte y cinco años, otorgo que bendo al Mo. Dr. Pedro de Torres y León, clérigo presvítero que está presente, un negro mi esclavo nombrado Balentín Beltrán, criollo, que será de hedad de diez y seis a diez y siete años, que le compré a Da. Juana Beltrán de la Trinidad, Vezina de la Ciudad de Saña, por escritura de Benta que en mi favor otorgó El Alférez Juan de Terrones, Podatario de la susodicha en esta dicha Ciudad, en catorce de octubre del año pasado de mil seiscientos y setenta y ocho ante el presente escrivano, el qual dicho negro lo vendo por tal mi esclavo sujeto a servidumbre, Libre de obligación, empeño e hipoteca y otra enajenación y sin le asegurar, como no se le aseguro, de cosa alguna, Ladrón, Borracho ni Cimarrón ni de otro Bicio, tacha ni defecto ni de enfermedad pública ni secreta y con declaración que al presente se le arreconocido en las ingles un tumor de que le a sobrevenido dos bultos que manifiestan achaque de Poco rriesgo y si del rresultare tenerle de la Bida o tullimiento de miembros, le bolveré al dicho Comprador el precio que aora recibo de quinientos y cinquenta pesos de a ocho reales que me a dado y pagado en monedas de plata de colunas de a ocho y de a quatro de que me doy por contenta y entregada a mi boluntad por haverlas recibido realmente y con efecto y porque al presente me parece, renuncio a la ecepción de los dos artículos leyes de la non numerata Pecunia y su Prueba y demás de este caso como en ella se contiene, con lo cual me desisto, quito y aparto del derecho y acción, propiedad y señorío y otras acciones que al dicho esclavo tengo y me pertenecen y todas con él las cedo, renuncio y traspasso en el dicho Comprador y en quien su causa ubiere para que haga y disponga del como mejor le pareciere, para lo qual y en señal de posesión le otorgo esta escritura para que por ella o su traslado sin otra diligencia alguna sea visto haverla aprehendido, con cláusula de constituto (6) en

(5) La traducción paleográfica se ha efectuado respetando fielmente el texto original, lo que explica la ortografía y las construcciones bizarras. Sin embargo, para facilitar su lectura, se han agregado algunos signos de puntuación que el texto original no tenía y se han sustituido algunas abreviaturas muy del gusto de la época por la palabra completa por “escribano”; “mag^d.” por “Majestad”, etc.). Además, se ha procedido a separar normalmente las palabras que, en muchos casos, se encontraban unidas unas con otras o incluso la última sílaba de la palabra anterior pasaba a constituir la primera sílaba de la palabra siguiente.

(6) No tengo seguridad de la efectiva traducción paleográfica de esta palabra.

forma, y me obligo a su saneamiento en tal manera que en todo tiempo le será cierto y seguro el dicho esclavo y que a él no se le pondrá ningún pleito por persona alguna y si se le pusiere o moviere Luego que dello conste y por su parte me sea hecho saver, aunque sea después de la Publicación de las Provanças y en qualquiera tiempo que sea saldré a la Boz y defensa de los tales Pleitos y a mi propia costa los seguiré, feneceré y acavaré hasta le dejar y que quede con el dicho esclavo en quieta y pacífica posesión, y si así no lo hiciere y cumpliere y sanear no se lo pudiere, bolveré y pagaré los dichos quinientos y cinquenta pesos de a ocho reales que así he recibido con más todas las costas y daños que en rraçón de ello se siguieren y recrecieren y en la mesma conformidad si de la enfermedad de tumor que oy se a rreconocido padece El dicho negro resultare daño yreparable llanamente y sin Pleito con las de la cobrança y a la promeça Paga y Cumplimiento de todo lo que dicho es, obligo mi persona y bienes havidos y por haver y para execución dello doy mi Poder cumplido a las justicias y jueces de su Magestad de qualesquiera partes que sean y en especial de los desta dicha Ciudad y Côte a cuyo fuero y jurisdicción me someto y obligo y renuncio el mío propio, Jurisdicción, Domisilio y Becindad y el prebileo del y la Ley que dice que el actor deve seguir el fuero del reo para que por lo referido me executen, Conpelan y apremien como si fuese por sentencia pasada en cosa Juzgada renuncio las leyes, fueros y derechos en mi favor y la general que lo prohíve y en especial, renuncio las del beleyano senatus consultus y emperador Justiniano, foro y partidas y las demás que son y ablan en favor de las mugeres, de cuyo efecto me apercivió el presente escrivano y como savidora de lo que contienen las renuncio y aparto de mi favor y ajuda para no me aprovechar dellas en manera alguna contra esta escritura. E yo el dicho Maestro, Dr. Pedro de Torres y León que, como dicho es, e sido y soy presente a lo contenido en esta dicha escritura, otorgo que la aceto según y como en ella se contiene y declara y recivo en mí, conprado, el dicho esclavo nombrado Balentín, criollo, con las calidades y condiciones declaradas y del me doy por bien contento y entregado a mi boluntad por haverlo recibido aora de presente en presencia del escrivano y testigos de esta carta, de cuya entrega y recivo yo el dicho escrivano doy fe y que le passó y llevó a su poder realmente y con efecto, con la condición expresada de bolverlo en casso que el achaque de que adolece se grave y indicie mayor daño, que es esta la dicha carta en la dicha Ciudad de los Reyes del Perú en nueve días del mes de octubre de mill y seissientos y setenta y nueve años y los otorgantes aquí bajo el escrivano doy fee conozco, lo firmaron siendo testigos El Capitán Pedro Nolasco, Don Francisco Quemadizo y Rc. de Santiago Guerrero, presentes. (Firmado) doña Felisiana Marmolego - Mo.D. Pedro de torres y León - Ante mí Gabriel Pérez del Castillo, Escrivano de su magestad”.

Sobre el margen de la primera, segunda y tercera página, aparece la siguiente anotación:

“En la Ciudad de los Reyes, en diez y ocho días del mes de março de

mill y seiscientos y ochenta años, ante mí el escrivano y testigos pareció el Mo.Dr. Pedro Torres y León, clérigo presbítero que doy fe conozco y dixo que por quanto en esta escritura de Benta Da. Feliciana Marmolexo se obligó a que si de la enfermedad que tenía y padecía al tiempo de su otorgamiento el esclavo Balentín resultase muerte o tullimiento le bolvería la cantidad de los quinientos cinquenta pesos que rezivió por su precio y valor y respecto de que dela dicha enfermedad está ya bueno y sin lesión, por el tenor de la presente alça el gravamen referido a la dicha Da. Feliciana y se da por contento y entregado de la bondad y sanidad del dicho esclavo para no repetir ni pedir contra la susodicha cosa alguna por el dicho gravamen de sanidad y la dio por libre de la obligación que en su favor otorgó y lo firmo siendo testigos Juan de retuerta, Andrés del Castillo y Joseph de tarazona, presentes. Mo. D.Po. de torres y León. Ante mí Gabriel Pérez del Castillo, escrivano de su magestad”.



Anverso y reverso de las "monedas de columna", con las que se pagó el precio del esclavo. Se advierten las dos columnas de Hércules, sobre ondas marinas. Entre ellas aparece el número "8", que indica que se trata de una pieza de ocho reales. En la línea siguiente se leen las letras "V/SVL/T" que formaron parte de la inscripción "PLVS VLTRA", habiéndose borrado las letras restantes. En la línea inferior se aprecian los números "701" que se refieren al año 1701; aún cuando esta pieza fue acuñada 22 años después de la venta del esclavo, en el año 16879 se usaba el mismo tipo de moneda (Colecc. F. de Trazegnies).

JURISPRUDENCIA COMENTADA

EN MATERIA CIVIL

Invalidez de Contrato de Transferencia de un Automóvil.

Sentencia de Primera Instancia

Res. Número cuarentidós

Lima, veinticinco de julio de mil novecientos setenta y dos.-

VISTOS; con el cuaderno de embargo y la tercera seguida por ante el Undécimo Juzgado en lo Civil, Secretario don Melquiades Vásquez, por don Manuel Gregorio Sánchez con Jorge Miranda Espejo y don Víctor Raúl Flores, que se devolverá; resulta de autos: Que por recurso de fojas tres don Víctor Raúl Flores Espinoza interpone demanda alterantiva contra don Manuel Gregorio Sánchez Días, para que cumpla con hacerle la transferencia de propiedad del automóvil, Chevrolet, tipo Biscayne, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro o le pague la suma de ciento cincuenta mil doscientos cincuenta soles oro, más sus intereses legales, expresando como fundamento de sus acciones alternativas que él suscribió con el demandado, el veinticinco de octubre de mil novecientos sesentiséis, un contrato para importar el indicado automóvil, aprovechando la circunstancia de que don Manuel Gregorio Sánchez Días, era chofer profesional, procediendo a habilitarle la suma de treinta mil soles oro para la cancelación de la cuota inicial y otros gastos, aceptando el demandado por el saldo del precio letras de cambio por soles oro tres mil trescientos cincuenticuatro con diecisiete centavos cada una, que el actor íntegramente ha cubierto; que igualmente se pactó en el referido contrato que transcurridos tres años el demandado le haría transferencia del mencionado vehículo, sin tenerse que abonar ninguna suma adicional, habiéndolo el demandado extendido el correspondiente documento firmado en blanco; y que no obstante haber sido así el contrato, sostiene el actor que el demandado aprovechándose de la circunstancia de que el automóvil y la tarjeta de propiedad se hallan en su nombre, se niega a otorgarle la transferencia que reclama, por lo que acciona para que cumpla con tal obligación o en su defecto le devuelva lo pagado, invocando los artículos mil ciento cuarentinueve y mil doscientos treintitrés inciso primero del Código Civil; que corrido traslado de la demanda, denegada la excepción dilatoria planteada, por decreto de fojas diecisiete se dió por contestada la demanda en rebeldía del demandado, quien se apersonó a fojas veinte expresando por su parte que los extremos de la demanda eran infundados, pues se había celebrado entre él y el demandante un mutuo, cuyos intereses y amortizaciones se cubrirían con la explotación del automóvil; y que el acuerdo suscrito para que se hiciera transferencia de su propiedad vencidos los tres años de importado era nulo ipso jure con arreglo al artículo siete

del Decreto Supremo de tres de enero de mil novecientos sesenticuatro; y en cuanto al segundo extremo de la demanda sostuvo el demandado que correspondía deducir las entregas que había estado haciendo desde que se adquirió el vehículo en cuestión por doscientos setenta soles diarios y trescientos veinte soles por domingos y feriados; que abierta la causa a prueba, actuada la ofrecida, después de cumplidos los demás trámites propios a la naturaleza del juicio, ha llegado la oportunidad de pronunciar sentencia; **Y CONSIDERANDO:** Que con el contrato de fojas quince y asimismo del que corre a fojas cincuentiocho de los autos acompañados sobre tercería, se tiene establecida la aserción del actor en el sentido de que con el demandado concertó el internamiento del automóvil Chevrolet, tipo Sedán año mil novecientos sesentiseis, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, habiéndole habilitado la cuota inicial (cláusula tercera) y comprometido a abonar el saldo pendiente por el que aceptó el demandado letras de cambio (cláusula décima), pactando demandante y demandado que el vehículo pertenecía a don Víctor Raúl Flores Espinoza, quien igualmente ha probado con los documentos de fojas veintiseis a fojas cincuentisiete y fojas ciento treintisiete a ciento cuarentiseis de los indicados autos, que como se obligó también cubrió la totalidad del precio que correspondió a la operación de compra-venta que se hizo en nombre del demandado con la firma Ventas S.A., según los términos del contrato de fojas sesenticinco sobre el mismo vehículo; que las fotocopias del cuaderno de embargo de los glosados documentos, así como la confesión del demandado de fojas cincuentiuno prueban que, como se señala en la demanda, no hubo entre las partes mutuo, sino un acuerdo que debe concluir con la transferencia formal que el demandado debe hacer del automóvil Chevrolet de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, a la persona del actor, por haber sido este quien pagó su precio; que la presentación de las letras que suscribió el demandado por el saldo del precio y los recibos fotocopiados de fojas treintinueve a cincuenta, cuyos originales obran en la tercería, ponen de manifiesto que el demandante cubrió ese saldo; que el contrato de fojas quince, reconocido a fojas dieciocho de los indicados autos, no adolece de nulidad porque la transferencia en favor de persona que no ostenta la condición de chofer profesional, caso del actor, se ha producido con sujeción al primitivo pacto después de los tres años de internado el vehículo, siendo por razón de tratarse de un documento de garantía del cumplimiento de esta obligación válido el hecho de que el demandante hubiese obtenido por adelantado con suscripción del demandado y, sin fecha cierta el formulario de fojas cincuentiocho, en cuya virtud deviene sin fundamento legal la impugnación expresada como argumento de defensa a fojas veinte por el demandado; que la confesión del demandante de fojas veintitrés ni la delcaración de fojas cincuentitrés alteran el mérito de las estimaciones precedentes, deviniendo por lo mismo que es atendible el primer extremo de la demanda, sin lugar la pretensión de pago de ese precio del automóvil memorado, pues esta acción se plantó sólo alternativamente en defecto de que la primera fuese denegada, por cuyas consideraciones y siendo de aplicación los artículos mil ciento ochentidós y mil trescientos veintiocho del Código Civil; **FALLO:** Declarando infundada la impugnación de los contratos a que se refiere el primer otrosí del recurso de fojas veinte y fundado el primer extremo de la demanda de fojas tres interpuesta por don Víctor Raúl Flores Espinoza, debiendo en consecuencia don Manuel Gregorio Sánchez Drás efectuar en su favor y ante la Dirección de Circulación y Seguridad Vial la

transferencia del automóvil Chevrolet, tipo Sedán, año mil novecientos sesentiséis, modelo Biscayne, de placa de rodaje número setentinueve mil quinientos cuatro, motor número cuarenticinco mil trescientos ochenticinco; y sin lugar por carecer de objeto el extremo de pago del precio del mismo vehículo; con costas.

Sentencia de Vista

Lima, octubre veinticuatro de mil novecientos setentidos.

VISTOS; dado cuenta por el Señor Vocal ponente doctor Gadea; con los acompañados que se devolverán en el día y el cuaderno de embargo pedido; y **CONSIDERANDO:** Que el Juez en la sentencia recurrida no examina en forma exhaustiva los fundamentos y pruebas de la acción alternativa sobre pago por enriquecimiento indebido basada en el artículo mil ciento cuarentinueve del Código Civil, la cual, inclusive, declara sin objeto, lo cual impide la revisión que supone tanto la posibilidad de confirmar el fallo como la de revocarlo, incurriéndose, así, en la causal de nulidad que prevé el inciso décimo del artículo mil ochenticinco del Código de Procedimientos Civiles: **DECLARARON NULA** la sentencia apelada de fojas ochentiuno, su fecha veinticinco de julio último, que declara fundada en parte la demanda, con lo demás que contiene; **MANDARON** que el Juez pronuncie nuevo fallo declarando fundada o infundada cada una de las acciones alternativamente acumuladas en la demanda; **LLAMARON LA ATENCION** del Juez por el tiempo que han permanecido en su Juzgado los pedidos para mejor resolver fuera del Juzgado de origen; y los devolvieron.-

Resolución Suprema

Lima, diez de enero de mil novecientos setentitrés.-

Vistos; y **Considerando:** que de conformidad con lo previsto en el artículo doscientos cuarentisiete del Código de Procedimientos Civiles, se han planteado en la demanda de fojas tres dos acciones que por ser incompatibles se han hecho valer en forma alternativa; que el Juez al amparar una de las pretensiones no tiene que pronunciarse sobre la otra por carecer de objeto; que por tanto no se ha incurrido en causal de nulidad: declararon **NULA** la sentencia de vista de fojas ciento uno, su fecha veinticuatro de octubre del año próximo pasado; mandaron, en consecuencia, que la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Lima expida nueva resolución confirmando o revocando la apelada; en los seguidos por don Víctor Raúl Flores Espinoza con don Manuel Gregorio Sánchez Días, sobre pago de soles y otro concepto; y los devolvieron.-

Sentencia de Vista

Lima, dieciseis de abril de mil novecientos setentitres.

VISTOS; dado cuenta por el Señor Vocal ponente doctor Gadea; con los acompañados; y **CONSIDERANDO:** Que la sentencia de fojas doscientos cinco del acompañado sobre tercería que declara infundada la demanda de don Manuel Gregorio Sánchez, no puede ser ameritada porque se halla en grado de apelación; que del tenor de la presente demanda y de las cláusulas del contrato que en copia corre a fojas una y siguientes del cuaderno de embargo se desprende la improcedencia de la acción sobre obligación de hacer porque, en ese contrato, se acordó "a priori" una transferencia que, propiamente, es una declaración de verdadero comprador que infringe el

Decreto Supremo de tres de enero de mil novecientos sesenticuatro, puesto que, mediante aquel contrato, el actor resulta adquiriendo, sin reunir las condiciones de ley, un vehículo liberado de impuestos; que, en tal virtud, el hecho de que se pactara la transferencia para después de tres años mediante un documento sin fecha que corre a fojas treinta en nada convalida ni bonifica un contrato que, notoriamente, es nulo por la ilicitud de su objeto así como también lo es el documento de transferencia precitado de fojas treinta (artículos mil ciento veintitres, inciso segundo mil ciento veinticuatro, segundo párrafo, y artículo mil novecicinco del Código Civil); que las confesiones de fojas ventidos y treintiocho prueban que el demandante entregaba el dinero al **demandado** para el pago de las letras del automóvil, y la testimonial de fojas cincuentitres acredita que el testigo chofer que da razón de su dicho, entregó treintitres libras al demandante por cincuenta días de explotación del automóvil lo cual suma dieciseis mil quinientos soles; que no hay más prueba de sumas percibidas por el demandante en dicho concepto; que el hecho de que el demandante hubiera sido el proveedor de todo el dinero para pagar el vehículo, sólo le da calidad de dueño de un crédito a cargo del demandado, a mérito de lo dispuesto en el artículo mil ciento cuarentinueve del Código Civil; que la nulidad de los contratos de fojas una del cuaderno de embargo y fojas treinta del presente, planteada a fojas veinte por el demandado puede declararse en el presente juicio puesto que a tenor de lo dispuesto en el artículo mil ciento veinticuatro del Código Civil cabe que se declare inclusive de oficio por resultar manifiesta; que así también lo permite el artículo cuatrocientos cuatro del Código de Procedimientos Civiles; que, por consiguiente, sólo procede la acción alternativa fundada en el enriquecimiento sin causa y el pago de intereses desde la citación con la demanda (artículos mil trescientos veinticuatro y mil trescientos veinticinco del Código Civil), resultando fundada la nulidad deducida en el segundo otrosí del escrito del demandado de fojas veinte; que del monto de los ciento cincuenta mil doscientos cincuenta soles que el demandado debe devolver al demandante hay que descontar los dieciseis mil quinientos soles que el actor ha percibido al explotar el vehículo como propio según queda determinado en considerandos precedentes; o sea que corresponde al demandante reembolsar al demandado la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta que se deducen del monto del precio del vehículo; por estos fundamentos: **REVOCARON** la sentencia apelada de fojas ochentiuno, su fecha veinticinco de julio del año próximo pasado, que declara infundada la impugnación de los documentos a que se refiere el primer y segundo otrosíes del escrito del demandado corriente a fojas veinte; fundado el primer extremo de la demanda de fojas tres interpuesta por don Víctor Raúl Flores Espinoza debiendo y que ordena que don Manuel Gregorio Sánchez efectúe a favor de aquella transferencia del automóvil Chevrolet, sedán, Biscayne año mil novecientos sesentiseis con placa sesentinueve mil quinientos cuatro, motor cuarenticinco mil trescientos ochenticinco y sin lugar la acción para el pago del precio, con lo demás que contiene; **DECLARARON** fundada la impugnación planteada en el primer y segundo otrosíes del escrito del demandado corriente a fojas veinte y, en consecuencia, **NULO** el contrato de veinticinco de octubre de mil novecientos sesentiseis celebrado entre don Manuel Sánchez Días y don Víctor Raúl Flores Espinoza sobre adquisición de un automóvil corriente en copia de fojas una a fojas tres del cuaderno de embargo y **NULO** el contrato de transferencia que en copia

corre a fojas treinta sobre el automóvil puntualizado; INFUNDADA por **improcedente** la acción para que se obligue al demandado a efectuar la transferencia del automóvil indicado y fundada en parte la demanda en cuanto a la devolución del precio del mismo y, en consecuencia, que el demandado pague al demandante la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta con sus intereses desde la citación con la demanda; sin costas; y los devolvieron.-

ALVAREZ BENAVIDES, RODRIGUEZ CARTLAND, GADEA.

Resolución Suprema

Lima, diecinueve de junio de mil novecientos setentitres.-

Vistos; por sus fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ciento diecisiete, su fecha dieciseis de abril del año en curso, que revocando la apelada de fojas ochentiuno, fechada el veinticinco de julio del año próximo pasado, declara Improcedente el extremo de la acción alternativa interpuesta a fojas tres por don Víctor Raúl Flores Espinoza contra don Manuel Gregorio Sánchez, en cuanto a la transferencia del automóvil de su referencia; y fundada en parte la misma demanda en cuanto a la devolución del precio de dicho vehículo y, en consecuencia, que el demandado abone al actor la suma de ciento treinticuatro mil setecientos cincuenta soles; con todo lo demás que contiene; sin costas, condenaron en las del recurso a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.-

COMENTARIO

Descripción del caso

En 1966, de acuerdo al régimen de aquella época para la importación de automóviles de servicio público, don Manuel Gregorio Sánchez obtuvo una licencia para importar un automóvil liberado de impuestos.

No contando con los fondos suficientes, y queriendo aprovechar dicha liberación, suscribió un contrato con don Víctor Raúl Flores Espinoza por el cual declaraba que hacía la compra para éste, confiéndole el privilegio de usar el automóvil durante el plazo de 3 años en que estaba prohibida la transferencia y abonándole una suma de dinero por cada día que lo utilizara para el servicio público.

Víctor Raúl Flores Espinoza se comprometió a pagar el precio del vehículo, una parte al contado y el saldo en 36 letras, pago que efectuó oportunamente. Vencido el plazo de tres años don Manuel Gregorio Sánchez se negó a transferir el vehículo, pese a que conjuntamente con el contrato había firmado una solicitud de transferencia en blanco.

En vista de la negativa de Sánchez, Flores demanda en forma alternativa para que se le transfiera el vehículo o se le abone el precio del mismo por concepto de enriquecimiento indebido.

Sánchez expone que la demanda es infundada porque el contrato que la ampara fue de mutuo y por lo tanto el actor no tenía derecho de propiedad sobre el vehículo.

En la etapa probatoria se demuestra que el contrato fue debidamente suscrito y que la intención de las partes fue dejar constancia de que el verdadero propietario era Flores y que a los tres años debía efectuarse la transferencia, ya que no era posible hacerlo antes por mandato de la ley. También quedó probado que en determinada ocasión Flores en forma prepotente había despojado a Sánchez del automóvil y lo había entregado a un tercero para que lo explotara y le abonara una suma diaria por este concepto.

La sentencia de Primera Instancia declaró fundado el primer extremo de la demanda y ordenó que el demandado transfiriera el vehículo al actor, considerando que el contrato suscrito por las partes era

un acuerdo válido que garantizaba la obligación de transferir el automóvil al término de 3 años.

Apelada, la sentencia y elevados los autos a la Corte Superior, ésta declaró nula la sentencia en razón de que el Juez debía pronunciarse sobre los dos extremos demandados, esto es la transferencia y el pago por enriquecimiento indebido. Al no haberlo hecho, había incurrido en la causal de nulidad prevista en el inc. 10o. del art. 1085 del C. de P.C.

Interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró nula la sentencia de vista y mandó que la Corte Superior se pronunciara sobre el fondo de la controversia.

La Corte Superior, acatando el mandato, revocó la sentencia de Primera Instancia y, considerando improcedente la transferencia, declaró nulo el contrato celebrado entre las partes por tener objeto ilícito y fundado en parte el extremo del enriquecimiento indebido.

Interpuesto recurso de nulidad, la Corte Suprema declaró no haber nulidad en la sentencia de vista.

Análisis Jurídico.-

La cuestión central en este expediente es la de examinar si el contrato celebrado por las partes es válido y por lo tanto puede el actor solicitar, basándose en el mismo, que se le transfiera el vehículo materia de la demanda.

La sentencia de la Corte Superior confirmada por la Suprema pudo fundamentarse más ampliamente, ya que debió tener en cuenta que el contrato que motivó la demanda implicaba una simulación relativa por interpósita persona, pues por medio de él Flores Espinoza confería a Sánchez un mandato simulado por el cual éste en su nombre, sin conocimiento de terceros y en agravio del Fisco adquiriría un bien en manifiesta infracción de lo dispuesto por el D.S. de 3 de enero de 1964. Esto nos lleva a considerar que la demanda al pretender la transferencia era improcedente en virtud de lo dispuesto por el art. 1095 del C.C., que priva de acción legal entre sí a los que hubiesen simulado con el fin ilícito de burlar la ley, ya que se pretendía gozar de un beneficio de liberación tributaria mediante un contrato simulado.

Por otro lado, la sentencia de Primera Instancia considera que el contrato era válido por constituir.

un acuerdo que garantizaba la transferencia del vehículo al término de 3 años. Esta posición no toma en cuenta ninguno de los fundamentos expuestos anteriormente y por el contrario estima válido el contrato por considerarlo de garantía, sin tener en cuenta que la intención de las partes no fue la de garantizar la obligación de transferir, sino la de dejar constancia de quién era el verdadero propietario del vehículo. De otro lado, las formas que establece la ley para garantizar una obligación son fianza, prenda, hipoteca y anticresis, cuya naturaleza se halla descrita y definida en nuestro C.C. y el presente contrato no se ajusta a ninguna de ellas.

Cabe señalar además que el Juez debió poner en conocimiento del Agente Fiscal los hechos que motivaron la presente causa, de conformidad con el art. 3o. del C. de P.P., pues con ellos se configuró un delito de evasión de impuestos.

Tal como lo enunció la Corte Superior y lo confirmó la Suprema, el contrato era manifiestamente nulo por tener objeto ilícito, entendiéndose como tal el motivo determinante que llevó a las partes a celebrarlo, que fue el de burlar los derechos del Fisco al adquirir Flores, sin ser chofer profesional, un vehículo liberado de impuestos. De acuerdo con algunos tratadistas el objeto de un contrato debe entenderse no sólo como la cosa material, sino como la causa por la cual se originó, doctrina que en el presente caso se ajusta a los hechos ya que la intención del contrato fue ilícita, y el objeto del contrato era también ilícito pues se adquiriría con manifiesta violación de la ley.

Debemos señalar que la declaración de nulidad era procedente de oficio al ser manifiesta de conformidad con el art. 1124 del C.C. y 404 del C. de P.C.

Asimismo, la Corte estuvo acertada al considerar fundado el extremo de la demanda que se refería al enriquecimiento indebido, pues el contrario demuestra el detrimento patrimonial sufrido por el actor y el incremento en el patrimonio del demandado siendo el nexo causal la simulación. Igualmente, al establecer la Corte que debía deducirse las sumas que el actor había percibido por concepto de la explotación del vehículo por un tercero era correcta, ya que el detrimento patrimonial del actor era menor en razón de haber percibido dichas cantidades, las que no le correspondían porque, como lo declaró la Corte, él nunca fue propietario.

La demanda adoleció del defecto de haber sido planteada invocando un extremo manifiestamente improcedente, como era el de pedir la transferencia del vehículo, ya que el demandante, como hemos mencionado anteriormente, carecía de acción para tal efecto.

Igualmente, el argumento de defensa del demandado, de que el contrato constituía un mutuo, carece de sustento porque la intención de las partes no fue nunca la de celebrar un préstamo, sino la de llevar a cabo una simulación en beneficio propio.

Por último, debemos indicar que este es un ca-

so claro en que la solución lógica no se ajusta a la solución legal. Como hemos visto y se probó en autos, el chofer nunca pretendió comprar para sí, sino para el actor, pero en virtud de la sentencia de la Corte adquirió un vehículo que nunca quiso. El actor resulta por colusión de todas maneras beneficiado, pues al rematar el bien sub-litis su hermano adquirió la buena pró y el Fisco quedó defraudado de todas maneras, pues los impuestos nunca se pagaron. La solución práctica como lo pretendió hacer aunque incompletamente, la sentencia de Primera Instancia, era que quien compró se quedara con el vehículo pero que pagara los impuestos. aunque incompletamente la sentencia de Primera Instancia, era que quien compró se quedara con el vehículo pero que pagara los impuestos.

MARIA HERMINIA DE LUZURIAGA.

EN MATERIA PENAL

1. Delito de Violación de Menores. Error de Hecho. Sentencia:

Lima, dos de junio de mil novecientos setentidós.

Vista; en audiencia privada de los días veinticuatro y treintiuno de mayo, primero de junio y de la fecha la causa número mil cuatrocientos treinta de mil novecientos setentiuno, seguida contra BENITO MAMANI VARGAS, peruano, nacido en Huancané, Puno, el dieciseis de agosto de mil novecientos treinticinco, hijo de Pedro y de Cipriana, católico, casado, con seis hijos menores, tiene segundo año de primaria, obrero municipal que gana setenticinco soles diarios, con documentos personales, sin bienes, abstemio, sin antecedentes penales y judiciales, acusado por delito contra el honor sexual en agravio de la menor Maura Antonia Millán Lazarte; de lo actuado en la instrucción y en el juicio oral, **RESULTA:** que una tarde de abril de mil novecientos setenta, a eso de las diecisiete horas, fue mandada la agraviada Maura Antonia Millán Lazarte al interior del Mercado de Buenos Aires, donde su madre Santosa Lazarte de Millán que la mandó, regenta un Puesto de Ventas, a sacar determinados artículos de primera necesidad; que a la sazón trabajaba de barredor del Mercado el acusado Benito Mamani Vargas, de treintiseis años, quien solía llamar "Gorda" a la menor Maura Antonia y enlabiarla de vez en cuando con promesa matrimonial; que después de sacar las cosas y cerrar su puesto la menor Millán tuvo que dirigirse al barredor Mamani que ciertos días de la semana hacía de guardián para que le abriera la puerta del Mercado y poder salir; que lo encontró en la Jefatura del Mercado, solo y le pidió que abriera la puerta del Mercado, contestándole él, "toma la llave para que abras" y que habiendo ingresado la menor a la Jefatura, Mamani cerró la puerta de ésta, y se dedicó a seducir a Maura llevándola al baño donde la hizo sufrir el acto sexual, que la relación carnal iniciada ese día se prolongó en los siguientes con la aquiescencia de la agraviada; que ésta resultó encinta habiendo dado a luz en la Maternidad de Lima el primero de enero de mil novecientos setentiuno una criatura de sexo femenino, a quien se ha llamado Zoraida Verónica; que la agraviada, a su vez, nació el tres de mayo de mil novecientos cincuenticinco y frisaba en los quince años al ser violada por Mamani Vargas; que la agraviada es una joven desarrollada tan alta como el acusado y de mayor peso que éste; que la elevación del vientre y el descubrimiento por parte de la víctima de que su violador era casado y tenía hijos, la obligó a confesar a sus padres lo que había ocurrido, formulando Félix Millán Castillo su denuncia en la Tercera Comisaría; que levantando el atestado correspondiente y por su mérito el Séptimo Juzgado abrió causa contra Mamani por el delito enunciado y una vez actuadas las diligencias propias de la investigación en dos plazos la llevó con los informes finales por la responsabilidad; que evacuada la acusación Fiscal, el Tribunal por auto de fojas noventa, declaró la procedencia del juicio oral y señaló día y hora para la audiencia; que realizada ésta con todas las formalidades legales, discutidas y votadas las cuestiones de hecho, teniéndose a la vista las conclusiones del señor Fiscal y las del abogado defensor del reo, ha llegado el caso de pronunciar sentencia;

y **CONSIDERANDO:** que el delito contra las buenas costumbres cometido por Benito Mamani se ha probado con su declaración instructiva de fojas treinticuatro-treinticinco, reproducida por el autor en el acto oral, con la preventiva de la víctima prestada en el mismo acto; muy especialmente con la enjundiosa confrontación llevada a cabo ante el Tribunal en la que la menor estudiante airadamente y con singular energía ha rechazado los débiles asertos de Mamani de no conocerla ni haber hablado con ella, recordándole a éste que cuando la veía pasar cuotidianamente hacia el Puesto de su mamá él la palabreaba llamándola familiarmente "Gorda" y manifestándole que quería casarse con ella; además le ha dicho que no han sido dos sino ocho las veces en que la sometió a prácticas carnales, unas en el interior de la Jefatura y otras en el interior del Puesto que regentaba su madre y que a partir de la segunda vez la impuso el acto sexual contra-natura; que en aquellos días de la relación carnal la esperaba a las siete y media de la mañana para acompañarla a su colegio y que le había comprado un libro llamado "Mi Maestro" para estudiantes de primaria, libro que había traído consigo para mostrarlo al Tribunal; agrega que cuando declaró ante la policía a fines de mil novecientos setenta pudo haberse equivocado al citar el mes de mayo en vez de abril en ese año, como el mes en que se iniciaron las relaciones sexuales, pero que cuando lo hizo en el Juzgado y citó el mes de junio fue para afirmar que en ese mes ya estaba encinta pero de ningún modo para indicar el mes de su desfloración, pues expresó claramente que no podía recordar el día en que esto le ocurrió, finalmente pidió permiso para recibir a su criatura que se hallaba en el exterior de la sala y puesta al lado del reo, impresionó de tal modo a Mamani, por su notable parecido, que este al verla se sonrió; lo que no fue óbice para continuar negando luego que conoció a la agraviada, que tuvo relaciones sexuales con ella, que le compró el libro y que es padre de la criatura, pero admite que cierto día de la semana hacía de guardián del Mercado, además de barredor y que los puestos de venta son cubiertos, es decir con paredes, puerta y techo; que constituyen otras pruebas de culpabilidad de Mamani el hecho de haber desaparecido del mercado de Buenos Aires a raíz de la denuncia, permaneciendo en la condición de ausente desde el mes de noviembre de mil novecientos setenta hasta el mes de agosto de mil novecientos setentinueve, fojas veinticuatro y treinta y tres en que fue capturado; que la agraviada y sus padres son capitalinos y al sindicarse al barredor del Mercado de Buenos Aires

(Barrios Altos), procedente del altiplano peruano, casado y padre de seis menores hijos, como violador de la joven y padre de la criatura es evidente que lo hacen ajustados a la verdad de lo ocurrido y nada más, por lo que no caben en el presente caso sospechosos cálculos ni especulaciones; que concurren a la probanza, la pericia médica de fojas sesenticuatro, ratificada en la audiencia por sus autores quienes se pronunciaron largamente por una gestación a término; las conclusiones del atestado de fojas una ratificado a fojas setentidós; el escrito y certificado médico de fojas ochenticinco y ochenticuatro que aunque no está ratificado deja ver que la agraviada al internarse en el Hospital Loayza por hipertiroidismo, se hallaba ya embarazada; que aparte de la posición negativa adoptada por el reo como medio de defensa y que le impide dar explicaciones, el Tribunal no puede dejar de advertir el porte y desarrollado continente de la agraviada que contrasta con la menuda figura de Mamani, un sujeto andino cuya cultura rudimentaria

puede haberlo inducido a error de apreciación, por el que se ven reducidos ahora, a una miseria alarmante, su esposa y sus seis hijos, por lo que, aunque no se alega aquella circunstancia, se tiene en consideración, así como falta de antecedentes penales y judiciales, fojas dieciseis y cincuentinueve, para la graduación de la pena; que con las partidas de fojas treintiseis y cincuenta se acreditan fehacientemente la edad de la agraviada y la existencia de la prole; que son de aplicación los artículos tercero del Decreto Ley diecisiete mil trescientos ochentiocho, el sesentiseis, doscientos cuatro, ochentisiete y cincuentiuno del Código Penal y el concordante doscientos ochentitrés del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos **CONDENARON** a **BENITO MAMANI VARGAS**, por delito contra el honor sexual en agravio de la menor Maura Antonia Millán Lazarte, a la pena de tres años de prisión, que cumplirá en Lurigancho y que contados desde el treintiuno de agosto de mil novecientos setenticuatro; a pagar a favor de la agraviada mil quinientos soles de dote y un mil soles de reparación civil, así como a pasarle una pensión mensual adelantada de cuatrocientos soles oro para alimentos de la prole sobrevenida; **MANDARON** que ejecutoriada esta sentencia, se gire el boletín y testimonios para su inscripción en el Registro Central; que se remita la causa al Juzgado para los efectos del artículo trescientos treinta y siete del Código de Procedimientos Penales y que oportunamente se archive en la Secretaría del Tribunal. Enmendado: diecisiete horas: Vale.

Rivero Velez
Villavicencio
Benavente Tapia.

RESOLUCION SUPREMA:

Lima, dieciseis de agosto de mil novecientos setentidós.

Vistos; por sus fundamentos pertinentes; y **CONSIDERANDO**: que el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo ochentisiete del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales, de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etcétera, que el fallo recurrido ha meritulado; que en el caso de autos no se ha acreditado, en forma alguna, la existencia de tal error, por lo que no ha sido siquiera alegado por la defensa: declararon.- **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas ciento cuatro, su fecha dos de junio del año en curso en cuanto declara a Benito Mamani Vargas autor del delito contra la libertad y el honor sexuales en agravio de Maura Antonia Millán Lazarte y fija en un mil quinientos soles y en un mil soles la dote y la reparación civil, respectivamente, a favor de la agraviada, asimismo le obliga a abonar mensualmente la pensión alimenticia de cuatrocientos soles a favor de la prole habida; declararon **HABER NULIDAD** en la parte que lo condena a la pena de tres años de prisión; reformándola en este extremo: le aumentaron la pena a cinco años de prisión la que con descuento de la carcelería sufrida vencerá el treinta de agosto de mil novecientos setentiseis; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.- S.S.

CUENTAS ORMACHEA.- GARCIA SALAZAR.- ARCE MURUA.- CHIRINOS ARAICO.-

Vistos; por sus fundamentos: Mi voto es porque se declare NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida.- S. BUSTAMANTE UGARTE.- Fausto Viale Salazar.- Secretario General.-

COMENTARIO:

1.- Introducción.

La Resolución Suprema objeto del presente comentario, ha sido dictada cuando se encontraba en vigencia el D.L. 18140 del 10 de febrero de 1970, que sancionaba con pena de muerte la violación de menores de siete o menos años de edad, modificando de forma expresa el Art. 199 del Código Penal que reprimía con penitenciaría o prisión no menor de 2 años al que hiciera sufrir el acto sexual o acto análogo a un menor de dieciséis años, y en caso agravante se reprimía con pena no menor de 3 años.

En la actualidad, luego del D.L. 18968, se encuentra en vigencia el D.L. 20583 que, modifica la sanción con respecto de la edad del sujeto pasivo del delito, aunque no hay modificaciones en relación al tipo legal en sí.

2.- Análisis.

Nuestro análisis con respecto a la presente Ejecutoria Suprema versará únicamente sobre el punto de vista sustantivo, es decir, sobre la tipificación del hecho delictivo en sí.

En virtud de los hechos expuestos por el Tribunal Correccional convenimos con él que la acción que constituye el delito está tipificada en la Sección Tercera del Libro Segundo de nuestro Código Penal que versa sobre VIOLACION DE MENORES. Esta norma jurídico-penal que como sabemos, es el núcleo del Derecho Penal, contiene como primera parte la descripción del acto, es decir, una situación de hecho, fáctica que generalmente es una conducta y que en éste caso concreto es "... el que hubiere hecho sufrir el acto sexual o un acto análogo a un menor...", y en su segunda parte, una sanción.

Encuadrado el acto en el tipo legal del Art. 199 del Código Penal en virtud del Principio de la Legalidad que como sabemos es un principio de garantías de los derechos individuales y que nuestro Código lo menciona expresamente en los artículos 2 y 3 pasamos a analizar nuestra figura delictiva en sí.

En primer término nos detendremos en el análisis de la interpretación que han vertido tanto nuestro Tribunal Correccional como la Corte Suprema con relación al precepto del tipo legal referente a la violación de menores.

La Ejecutoria Suprema se haya en discrepancia con el fallo del Tribunal Correccional en lo referente al error de hecho.

Nuestro Tribunal Supremo en mayoría considera que "... el error en la apreciación de los hechos, a que alude el artículo ochentisiete del Código Penal, se refiere al carácter delictuoso del acto que el agente considera como lícito, pero no a sus circunstancias calificativas ni menos a las condiciones personales, de la víctima, tales como su desarrollo físico, edad, etcétera...". Es importante hacer resaltar que ésta es la tónica en que viene fallando nuestra Suprema Corte.

A nuestro entender la Corte Suprema confunde el error de hecho con el error de derecho, ya que el primero solo se concibe cuando manteniéndose totalmente el conocimiento de la norma jurídica, el querer del agente es desvirtuado ya sea por la ignorancia o por el falso conocimiento de una situación de hecho; mientras que el segundo, se produce cuando la ignorancia o el falso conocimiento recae sobre una norma jurídico penal.

En Doctrina se sostiene que el error de hecho puede recaer sobre:

- a) Un elemento accidental del delito. Es el caso de "cuando recae sobre circunstancias que acompañan al hecho pero sin alterar su esencia o calificación" . . . (1).
- b) Un elemento esencial del tipo legal del delito. Es "cuando versa sobre alguno de los elementos constitutivos de la figura delictiva o sobre una circunstancia agravante de calificación" . . . (2). Este es el caso de la presente jurisprudencia, ya que Benito Mamani Vargas estaba en la creencia que la persona con que yacía era una mayor de dieciséis años, lo que le hacía pensar que no estaba dentro de esta figura delictiva por no amoldarse su conducta al presente tipo legal ya que no se daba el elemento material del tipo.

Si analizamos el artículo 87 de nuestro Código Penal veremos que es clara la distinción que realiza el legislador al hablar del error de hecho y de derecho, aunque lo hace en un mismo párrafo. Es por esto que no tiene razón de ser que nuestro Tribunal Supremo de Justicia considere a dicho artículo como que sólo tratara del error sobre el carácter delictuoso del acto. En definitiva, nuestra Corte Suprema hace caso omiso en cuanto al error de hecho de que menciona nuestro legislador.

En segundo término veremos las normas a aplicar en el delito de violación de menores.

- a) Si el agente del delito actúa con conciencia y voluntad, es decir, con perfecto conocimiento de la edad (para el caso que estamos analizando) es de aplicación el D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 81 que dispone que la pena no será menor de 5 años ni mayor de 20 en caso de que la víctima sea mayor de 7 y menor de 16 años.
- b) Si existiese un error en la apreciación de la edad, y que este error no fuera culpable, sería de aplicación del D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 87, que reprime el delito con pena atenuante por debajo de los 5 años.

- c) En caso de que el error sobre la edad proviniera de la negligencia del agente del delito será de aplicación del D.L. 18140 (Art. 199 del C.P.) en concordancia con el Art. 82 por no ser un error no culpable.

Es de vital importancia detenernos a examinar ésta tercera situación:

- i) El Art. 82 sostiene que sólo se reprimirá por negligencia cuando el legislador lo señale expresamente.
- ii) El D.L. 18140 no reprime la forma culposa.
- iii) Por lo tanto no se podría reprimir la forma culposa en el delito de violación de menores.

Siguiendo este razonamiento lógico se trataría más favorablemente a quien actúa culposamente (negligencia) que a quien lo hace sin culpabilidad. Esta es una falla legislativa.

Nuestro Tribunal Correccional acertadamente reprimió el presente delito de violación de menores con una pena por debajo del *mínimum* legal (segundo caso . . . -ii) por tratarse de un error de hecho no culpable.

En tercer lugar examinaremos la aplicación del dispositivo penal por nuestros Tribunales de Justicia.

Tanto el Tribunal Correccional como la Corte Suprema utilizan y aplican el D.L. 17388, sin tomar atención alguna en el D.L. 18140 que si bien no cambiaba dicha disposición legal sí la aclaraba.

3.- Conclusión.

- i) Nuestra Corte Suprema constantemente confunde el error de hecho con el de derecho.
- ii) El fallo del Tribunal Correccional y el voto singular del doctor Bustamante Ugarte son correctos.

(1) y (2) SOLER, Sebastián . . . *Derecho Penal Argentino*. Tomo II, 1956, Buenos Aires.

—iii) Nuestro Código no considera como causa de inculpabilidad el error de hecho o de derecho, sólo permitiendo disminuir por debajo del mínimo legal la pena. Consideramos que es un rezago de que a una causa una sanción.

—iv) Es un descuido de nuestro legislador, haber

omitido tratar la negligencia en el delito de violación de menores.

—v) Deficiente información de nuestros Tribunales con respecto a normas legales promulgadas.

Gustavo Víctor de los Ríos Woolls.

2. La Tentativa en el delito de hurto

Sentencia:

Lima, veintitrés de junio de mil novecientos setentidós

En la causa seguida contra Víctor Manuel García Barranquino, con las generales que constan de autos, con antecedentes judiciales y penales, procesado por el delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas. Vista la causa en audiencia pública del día veintiuno de junio y de la fecha, **RESULTA DE LO ACTUADO:** Que el día veinticinco de junio de mil novecientos setentidós a horas diez y treinta de la mañana, en circunstancias en que el agraviado don Julián Espinoza Caldas se hallaba en el interior de su puesto de venta de loterías ubicado en el jirón Callao número ciento cincuenticuatro, envolviendo un paquete de dinero para entregarlo al Banco, irrumpió sorpresivamente ingresando a dicha tienda el acusado Víctor Manuel García Barranquino, quien arrebató al agraviado el paquete de dinero y que contenía la cantidad de treintidós mil soles, en billetes circulares, dándose a la fuga el acusado y al ser perseguido por el agraviado, juntamente con otras personas, se escondió aquel en un confesionario de la Iglesia de Santo Domingo, lugar donde fue capturado por el vigilante de la Policía de Investigaciones del Perú don Medardo Vera Albuquerque, recuperándose íntegramente el dinero robado y que fue restituído a su legítimo propietario como consta del recibo de devolución de fojas ocho; que conducido a la primera comisaría el acusado, se formuló el atestado de fojas uno y siguientes que en conocimiento del Noveno Juzgado de Instrucción abre la presente por auto de fojas diez contra Víctor Manuel García Barranquino, por delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas y seguida la causa por sus debidos trámites, fue elevada con su informe de ley al Tercer Tribunal Correccional, que de conformidad con la vista del Señor Fiscal de fojas sesenta expido el auto de fojas sesenta vuelta que declara haber lugar a juicio oral contra Víctor Manuel García Barranquino, por el delito contra el patrimonio, en agravio de Julián Espinoza Caldas; se nombra defensor del acusado y se señala fecha para la audiencia; que llevado a efecto el juicio oral en el día y modo que aparece del acta respectiva, es llegado el caso de pronunciar sentencia para lo que se toma en consideración las conclusiones escritas del Señor Fiscal y del Abogado defensor al

tiempo de plantear, discutir y votar las cuestiones de hecho y de votar la pena; y **CONSIDERANDO:** Que la culpabilidad del acusado Víctor Manuel García Barranquino, como autor del delito contra el patrimonio, materia del juzgamiento, se halla acreditada con la instructiva de fojas once que el agente infractor ha rectificado en el acto del juzgamiento, confesándose autor responsable del delito incriminado; que corrobora la prueba de cargo, la preventiva del agraviado Julián Espinoza Caldas de fojas catorce, la diligencia de confrontación practicada a fojas treintinueve entre el citado agraviado y el acusado García Barranquino, diligencia en la que éste último reconoce ser él, la persona que irrumpió al establecimiento del agraviado y se apoderó del fajo de dinero dándose a la fuga y que fue capturado en el interior de la Iglesia de Santo Domingo; con la declaración del vigilante de la Policía de Investigaciones del Perú don Medardo Vera Albuquerque de fojas veintiocho y que fue precisamente el miembro de la Policía de Investigaciones que capturó al acusado y recuperó el dinero que momentos antes había sustraído en el establecimiento comercial del agraviado; con la testimonial del Comisario de Investigaciones don Erwin del Pozo Chavez de fojas cuarentitrés, con el atestado policial de fojas uno ratificado a fojas treintidós y con el recibo de recuperación y devolución al agraviado del dinero que le fuera sustraído obrante a fojas ocho; que de otra parte, la preexistencia del dinero que fuera sustraído queda acreditada con los descuentos que obran a fojas cincuentidós y cincuentitrés; que el acusado García Barranquino, registra antecedentes judiciales como se aprecia del prontuario de fojas veinticuatro y del Boletín de fojas cincuentiseis del que resulta que con fecha dos de abril de mil novecientos setentinueve fue sentenciado por el Quinto Tribunal Correccional, a la pena de siete meses de prisión compurgada y habiendo incurrido en nuevo delito el 25 de junio del mismo año, tiene la calidad legal de reincidente; que empero, no obstante el apoderamiento ilegítimo del dinero de propiedad del agraviado, por acción ilícita del acusado, este no obtuvo provecho alguno del mismo en razón de haber salido en su persecución el agraviado con el auxilio de otras personas, recuperando íntegro el dinero sustraído que fue devuelto por el acusado luego de ser aprehendido; que el delito de hurto se tipifica por el aprovechamiento ilícito de un bien de propiedad de tercero, y en el caso de autos, falta ese elemento esencial por lo que la acción delictuosa merece calificarse en el grado de tentativa, toda vez que el agente comenzó simplemente la ejecución del delito, no consumado por la oportuna intervención del agraviado y de un miembro de la Policía de Investigaciones, que lo detuvo en situación concomitante al hecho; que bajo este aspecto, la conducta del infractor debe encuadrar dentro del límite de la tentativa de hurto, pues no ha existido violencia ni amenaza de ninguna especie en el acto del apoderamiento del dinero, como expresamente lo reconoce el agraviado don Julián Espinoza Caldas en la diligencia de confrontación de fojas treintinueve; que acorde a estos fundamentos, la acción delictuosa del infractor encuadra dentro de las disposiciones noventaicinco y noventa y siete en concordancia con el numeral doscientos treinta y siete del Código Penal, siendo igualmente de aplicación los artículos ciento once, ciento doce, cincuenta y uno y sesenta y seis del Código acotado.- Por estos fundamentos y apreciando los hechos de las pruebas con criterio de conciencia que la ley autoriza, el Tercer Tribunal Correccional; **FALLA: CONDENANDO A VICTOR MANUEL GARCIA BARRANQUINO**, como autor de delito contra el patrimonio, en el grado de

tentativa, en agravio de don Julián Espinoza Caldas, imponiéndole, por mayoría de votos, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISION, que cumplirá en la cárcel de Lurigancho que con descuento de la detención que lleva sufrida desde el primero de julio de mil novecientos setentinueve, vencerá el primero de julio de mil novecientos setenticinco; **FIJARON** el monto de la reparación civil que pagarán en favor del agraviado en la suma de trescientos soles; **MANDARON** se inscriba esta sentencia en el Registro Judicial correspondiente y ejecutoriada que sea el fallo se saquen los boletines y testimonios de condena y fecho se archive definitivamente el expediente, con aviso al Juzgado de la causa.- Barco Martínez (D. de D.).- Romero Romaña.- Irrivarren Abeo.

EL SECRETARIO DEL TERCER TRIBUNAL CORRECCIONAL DE LIMA, QUE SUSCRIBE CERTIFICA: Que el voto singular del Sr. Vocal Doctor Eulogio Romero Romaña, es como sigue: Considerando que el artículo doscientos treintisiete del Código Penal sólo exige para la comisión del delito de robo, la sustracción de una cosa mueble del lugar donde se encuentra, para aprovecharse de ella, y teniendo en cuenta que en el presente caso el acusado García Barranquino se apoderó de un paquete conteniendo treinta y cinco mil soles, que sustrajo con la modalidad del arrebato del mostrador del negocio del agraviado, situado en la calle Mantas de esta capital; que al ser perseguido recién logró ser ubicado dentro de un confesionario de la Iglesia de Santo Domingo, dos cuadras más allá del lugar de los hechos, lo que determina, de acuerdo a nuestro ordenamiento penal que se trata de un delito consumado, y no de un delito frustrado, ni menos de una tentativa, mi voto es porque de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal se imponga al reo la pena mínima de SEIS AÑOS DE PRISION que le corresponde por su condición legal de reincidente y se fije en trescientos soles el monto de la reparación civil, en favor del agraviado.- Vocal Dr. Romero Romaña.

Resolución Suprema:

Causa No. 1163 - 72

Lima, cuatro de octubre de mil novecientos setentidós.

Vistos, por sus fundamentos, y considerando además que el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto sustraído, toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, que, en consecuencia, lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de la disponibilidad y no el del desapoderamiento: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas sesentiseis, su fecha veintitrés de junio del año en curso que condena a **Víctor Manuel García Barranquino** por tentativa de delito contra el patrimonio en agravio de Julián Espinoza Caldas a la pena de cuatro años de prisión la que con descuento de la carcelera sufrida vencerá el primero de julio de mil novecientos setenticinco; y fija en trescientos soles oro la reparación civil a favor del agraviado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.- Cuentas.- García S.- Bustamante Ugarte.- Arce Murúa.- Chirinos.-

COMENTARIO:

No existe aún un total acuerdo sobre el momento de la consumación del delito de Hurto, pero analizaremos justamente en esta Jurisprudencia, los motivos que nos inducen a enmarcarnos en determinada interpretación doctrinaria. Nos detendremos a analizar por lo tanto, únicamente lo que se refiere en forma directa con el delito de Hurto, y no así la Reincidencia, que en determinado momento se señala, pero sin mayores detalles, en el voto singular del Dr. Romero Romaña y Sentencia del Tribunal Correccional.

Art. 237.- "El que se apodera ilegítimamente de una cosa mueble total o parcialmente ajena, para aprovecharse de ella, substrayéndola del lugar en que se encuentra, será reprimido con penitenciería no mayor de seis años o prisión no mayor de seis años ni menor de un mes".

Nuestro Código materializa el delito de Hurto, bajo tres aspectos principales:

- a) La Substracción,
 - b) El Aprovechamiento y
 - c) El Apoderamiento.
- a) Para el presente caso, no encontramos problema alguno en lo referente a la "substracción", pues Víctor García, substrajo el dinero del lugar donde se encontraba buscando alejarlo de la esfera de poder del agraviado Julián Espinoza.
- b) Al encontrar en nuestro Código Penal el elemento subjetivo, del delito de Hurto, "para aprovecharse", nos indica que el autor debe tener como finalidad o meta en su propósito, el obtener provecho de la cosa. El criterio de aprovechamiento puede entenderse ya sea por el deseo de obtener un fin de lucro o utilidad pecuniaria, o una utilidad de cualquier otra naturaleza.

El Tribunal Correccional, en el caso comentado, señala que el delito de Hurto se tipifica por el "aprovechamiento ilícito", elemento que no es mencionado en nuestro Código y desde luego no puede ser agregado. Buscando interpretar lo expresado por el Tribunal Correccional, entendemos que el autor del hecho no consiguió ningún tipo de aprovechamiento (que al aprovecharse del bien de un tercero,

sin su permiso, sería ilícito), motivo por el cual el delito no se habría consumado, quedando en el grado de tentativa; siendo una concepción muy particular del Tribunal.

Ahora bien, el Vocal Dr. Romero Romaña, situándose dentro de la teoría de la "ablatio" (en su forma de transportar la cosa fuera de la habitación o lugar donde se encuentra) (1), indica que el Hurto queda consumado con la sola substracción de la cosa mueble del lugar donde se encuentra, para aprovecharse de ella. Según esta interpretación, el delito estaría consumado, desde el preciso instante en que Víctor García arrebató el dinero a Julián Espinoza.

- c) Antes de analizar la opinión de la Corte Suprema, es necesario que veamos el sentido del término "apoderamiento". Según opinión de Sebastián Soler, la típica acción de apoderarse, en el Hurto, debe consistir en la acción de poner bajo su dominio y acción inmediata, el autor, una cosa que antes de ello se encontraba en poder de otro. Este apoderamiento comienza con el hecho de la substracción, cuando ésta es requerida debido a la forma de la custodia del bien o cosa, entendiendo por ello que se halla el objeto dentro de un ambiente de protección. Soler nos dice además, que es necesario hacer referencia, a la posibilidad inmediata que exista, de realizar actos dispositivos sobre la cosa, posibilidad de la que se carece antes de la acción, porque la cosa estaba en poder de otra persona (2).

Frías Caballero nos señala que se da el apoderamiento, y desde luego el delito consumado, en el primer instante que el ladrón tiene la posibilidad física de disponer de la cosa. Esa posibilidad no nacerá mientras pueda ser impedida por la víctima, la autoridad u otra persona que acuda en su auxilio; por lo tanto, la acción permanecerá siempre en el campo de la tentativa si a pesar de cuanto ha realizado el ladrón, este no tuvo ni por breves mo-

(1) FRIAS CABALLERO, Jorge... "El Proceso Ejecutivo del Delito". Ed. Bibliográfica Argentina, 1956, Buenos Aires. pág: 307 y ss.

(2) SOLER, Sebastián... "Derecho Penal Argentino". Ed. Tipográfica Editora Argentina, 1956, Buenos Aires, págs: 189-192.

mentos, la posibilidad física de disponer de la cosa; por lo tanto, para determinar la consumación del delito de Hurto, se debe tomar el criterio de la **disponibilidad** y no el del desamparamiento (3).

Esa última frase, es la que también utiliza la Corte Suprema, indicando como requisito indispensable para la materialización del delito, la "disponibilidad".

Especulando, podríamos decir que Víctor García al esconderse en el confesionario pudo realizar algún acto posesorio, como esconder el dinero o parte de éste, para que quedase consumado el delito, ya que bastaba "ejercer actos posesorios sobre la cosa durante un tiempo cualquiera, por brevísimo que sea" (4); pero al habersele capturado "con el objeto en las manos, la acción no pasa de una tentativa" (5).

Consideramos así, a nuestro parecer, acertada la Resolución Suprema en cuanto señala el criterio de disponibilidad; pero no en cuanto que tal vez estaría aceptando implícitamente el criterio de "aprove-

chamiento ilícito" dado por el Tribunal Correccional, que como hemos dicho, no es elemento tipificante del delito de Hurto. Es clara la diferencia de opinión con el Dr. Romero Romaña; pues él considera como elemento de consumación del delito de Hurto la mera sustracción y no la disponibilidad; pero al referirse nuestro Código al apoderamiento, requiere se entienda el criterio de disposición, ya que "apoderarse no es solamente sustraer, sino algo más; esto es, traer la cosa a la esfera del propio dominio de hecho" (6), usurpar, y más todavía cuando el Código dice "apoderarse ilegítimamente",

illegando el delincuente a disponer de un bien que no le pertenece.

ADRIAN REVILLA V.

(3) FRIAS CABALLERO, Jorge... Op. cit. Págs: 333-340.

(4) JIMENEZ DE ASUA, Luis... "Tratado de Derecho Penal". Tomo III; Ed. Losada, 1958. Buenos Aires. pág: 799.

(5) FRIAS CABALLERO, Jorge... Op. cit. pág: 338.

(6) *Ibíd*em... pág: 324.

EN MATERIA TRIBUTARIA

Interesado : Luis Berckemeyer Pazos por Cta. de:
Carnation Company - Los Angeles.
Asunto : Impuesto a la Renta
Provincia : LIMA.-

Lima, 7 de mayo de 1973

Vista la apelación interpuesta por don Luis Berckemeyer Pazos, contra la Resolución No. 171596, expedida el 13 de octubre de 1971 por la Dirección General de Contribuciones, que declara sin lugar su reclamación sobre impuesto a la renta de 1970, girado a su cargo por cuenta de Carnation Company-Los Angeles:

CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el Art. 3o. inc. a) apartado 6 del Decreto Supremo 287-68-HC están afectas al gravamen del impuesto a la renta las ganancias obtenidas en el país en las ventas de bienes de cualquier naturaleza que constituyan activo de empresas o sociedades que desarrollan actividades comprendidas en el art. 27 inc. a) del mismo Decreto;

Que por lo tanto es procedente la liquidación reclamada que acota el impuesto a la renta teniendo como materia imponible la diferencia del precio de venta de algunas acciones emitidas por Leche Gloria S.A. y su valor nominal, venta efectuada por Carnation Company de Los Angeles a don Luis Berckemeyer Pazos;

Que la referencia del art. 27 inc. a) contenida en la norma antes mencionado no excluye a las sociedades establecidas en el extranjero por no existir norma explícita que así lo declare y al contrario porque la empresa radicada en el exterior es sujeto pasivo de la obligación tributaria como dispone el art. 14 inc. f) del Decreto.

De acuerdo con el dictamen del Vocal Sr. Zárate Polo cuyos fundamentos se reproducen;

RESUELVE:

CONFIRMAR la Resolución apelada.

TRIBUNAL FISCAL

Regístrese, comuníquese y devuélvase a la Dirección General de Contribuciones, para sus efectos.

Tola, Vocal Presidente; Zárate Polo, Vocal; Quintanilla, Vocal; La Rosa, Vocal; Zolezzi Möller, Secretario Relator Letrado.

DICTAMEN DEL VOCAL INFORMANTE

Dictamen No. : 1960. Vocal Dr. Zárate Polo
Reclamante : Luis Berckemeyer Pazos
Exp. Reg. : 63-1972
Impuesto : A la Renta de la 2da. Categoría
Provincia : LIMA.-

Señor:

Mediante liquidación No. 055244 de 10 de marzo de 1971 la Dirección General de Contribuciones acota el impuesto a la renta a cargo de Luis Berckemeyer Pazos por cuenta de Carnation Co. de Los Angeles con un giro de S/. 21,664.00 más S/. 12,998.00 de recargo.

Ha dado origen a esta acotación la venta de acciones emitidas por Leche Gloria S.A. realizada por Carnation Company a don Luis Berckemeyer Pazos, considerándose como materia imponible la diferencia entre el valor de venta y el valor nominal de las acciones.

Don Luis Berckemeyer interpone reclamación fundándola en que no es de aplicación el art. 23 del Decreto Supremo No. 287-68-HC consignado en la misma declaración por no tratarse de ninguno de los supuestos contenidos en dicha disposición tales como dividendos, exceso de revaluaciones etc. y porque además el beneficio obtenido por la vendedora no constituye renta gravable en el Perú, pues no está comprendido en los arts. 2o. y 3o. concordantes con los arts. 19 y 27 del Decreto Supremo 287-68-HC por tratarse de una venta esporádica efectuada por una compañía no residente en el Perú, pues la norma (art. 3o. inc. a) presupone que la persona jurídica que efectúa la actividad mercantil reside en el país, presente balances a la autoridad fiscal que permita establecer la utilidad o beneficio obtenido en su actividad.

Por Resolución No. 171596 de 13 de octubre de 1971 se mantiene la acotación del impuesto fundándola en el inc. b) del art. 2o. por constituir una inversión o colocación de capital que produjo un ingreso. Se invoca además en el informe sustentatorio el art. 14 inc. f) que determina como sujetos del impuesto a las sociedades y entidades de cualquier denominación o naturaleza, constituidas en el exterior que perciban, en cualquier forma, rentas de fuente peruana; el art. 19 que excluye del impuesto los resultados de transferencia de bienes cuando no hay habitualidad o comercio ni cuando el caso esté comprendido en el art. 3o. o sea que no se requiere la habitualidad de las personas jurídicas para la procedencia de la acotación.

En la apelación y su fundamentación copiosa se sostiene, después de una exposición doctrinaria, que Carnation Company no se encuentra en ninguno de los dos supuestos que tornan la ganancia en la enajenación de bienes en venta, porque no es el caso de la habitualidad en la compraventa de acciones ni tampoco es el caso de una empresa con Balance impositivo esto es con activo afectado permanentemente a una fuerte productora de tercera categoría, actividades enumeradas en el art. 27 inc. a) del Decreto Supremo 287-68-HC. Es de opinión que la ganancia conseguida por la Com-

pañía es una ganancia de capital, pero al mismo tiempo sostiene que Carnation Company "no tiene otra actividad que la inversión de un capital, dentro del concepto de aporte a que se refiere el art. 22 del Decreto".

Para decidir sobre la cuestión propuesta debe mencionarse que aún cuando la compra de acciones de una compañía establecida en el país tiene el carácter de una inversión no es justamente el caso legislado en el art. 2o. inc. b) puesto que la ganancia no es el resultado inmediato de la inversión sino la venta realizada de esos valores.

El caso está expresamente previsto en el art. 3o. inc. a) que incorpora las ganancias provenientes de ventas de bienes, y específicamente en el párrafo 6 sobre ventas de "bienes de cualquier naturaleza que constituyen activo de empresas o sociedades que desarrollan actividades comprendidas en el art. 27 inc. a).

No es preciso que esas actividades sean desarrolladas en el país, puesto que si tal fuera la intención la disposición carecería de sentido en atención a que estaría sujeta al impuesto por la renta que esa actividad produce sin que fuera necesario gravar especialmente los resultados provenientes de la

venta de bienes en el art. 3o.

El carácter de compañía establecida en el extranjero no la exime de la obligación tributaria tanto por lo antes expuesto como por lo dispuesto en el inc. f) del art. 14 que trata de los sujetos del impuesto, disposición que no puede dejar de citarse estando a que la impugnación de la reclamante no está limitada al campo del objeto (venta de bienes) sino al sujeto (Compañía establecida en el extranjero).

Recogiendo la jurisprudencia del Tribunal Fiscal se ha considerado renta imponible la ganancia proveniente de la venta de sociedades mercantiles en las condiciones señaladas en el art. 3o. inc. a-6 que son reafirmadas en el último párrafo del art. 19 al tratar de la renta bruta que dispone que los resultados de la transferencia no están gravados cuando no sean producto de una actividad habitual o de comercio ni esté comprendido el caso en algunos de los supuestos del art. 3o.

En consecuencia, opino se confirme la Resolución apelada.

Salve mejor parecer.

Lima, 7 de mayo de 1973.

COMENTARIO:

La Resolución transcrita tiene gran importancia pues sienta jurisprudencia al establecer que es gravable el beneficio que obtiene una persona jurídica no domiciliada en el Perú vende acciones emitidas por una empresa constituida en el país. Como quiera que según el art. 6o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC, tratándose de no domiciliados sólo es gravable la renta de fuente peruana debe concluirse que el Tribunal Fiscal considera que en el caso comentado la renta tiene su fuente generadora en el país.

Por otra parte, de la Resolución aparece que el costo computable en la transferencia de acciones es el valor nominal de las mismas.

Nosotros consideramos que estos extremos requieren comentario y aclaración.

La cuestión a dilucidar consiste en conocer si el eventual beneficio que pudiera obtener una persona jurídica por la venta de acciones de su propiedad tiene o no la condición de renta afecta. La Resolución considera que el tributo es aplicable por el mérito del artículo 3 a) 6 del Decreto Supremo No.

287-68-HC que estima como gravables los resultados provenientes de la enajenación de bienes que constituyen activo de empresas.

Si la sociedad vendedora está domiciliada en el país, es indudable que la utilidad obtenida en la enajenación debe quedar afectada al tributo, pues se presentaría el supuesto requerido por el citado art. 3o. inciso a) 6. En cambio si —como en el caso comentado— la vendedora es una persona jurídica no domiciliada, debe aclararse previamente si la renta, en caso de existir, es de fuente peruana, pues sólo en caso afirmativo habría lugar al tributo.

Debe destacarse que no obstante la trascendencia de este punto el mismo no es tratado en la Resolución que se comenta, pero debe observarse que se menciona como uno de los fundamentos del artículo 14o. inciso f) del Decreto, que determina como sujetos del Impuesto a las sociedades constituidas en el exterior que perciban en cualquier forma renta de fuente peruana. En consecuencia, todo parece indicar que en la Resolución se presume que la renta tiene su fuente generadora en nuestro país aún cuando no se cita la norma legal que sirve de sustento a dicha presunción.

Los artículos 10o. y 11o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC en sus diversos incisos señalan los casos en los cuales una renta debe ser considerada como de fuente peruana. Ninguno de ellos contempla de manera expresa el caso que nos ocupa.

Conviene aclarar que las rentas referidas en el artículo 10o. inciso b) (“las producidas por capitales, bienes o derechos, situados o colocados económicamente en el país”) están integradas por los “resultados inmediatos de la inversión” (dividendos, arrendamiento de bienes muebles; royalties, etc.) y no por la ganancia derivada de la venta de valores.

En consecuencia, no existe ninguna norma expresa que permita considerar como renta de fuente peruana el beneficio obtenido por una persona jurídica no domiciliada al enajenar acciones de su propiedad emitidas por una sociedad constituida en el país. Sin embargo, aún asumiendo que en casos como éste la renta pudiera considerarse de fuente peruana, ello no bastaría para aplicar el tributo, pues sería necesario determinar la materia disponible.

Dé acuerdo con lo previsto por el artículo 19o. del Decreto Supremo No. 287-68-HC cuando los in-

gresos provengan de la enajenación de bienes “la renta bruta estará dada por la diferencia existente entre el ingreso neto total proveniente de dichas operaciones y el costo de los bienes enajenados...”.

Por costo computable de los bienes enajenados se entenderá el costo de adquisición o producción o en su caso el valor de ingreso al patrimonio o el valor del último inventario determinado conforme a este título.

Si la persona jurídica que enajena las acciones no se encuentra domiciliada en el país, y por lo tanto no tiene en el Perú contabilidad, documentación, libros o registros que permitan conocer el detalle de sus operaciones, no sería posible determinar el costo computable de los valores que se enajenan. En otras palabras, no resulta posible establecer la diferencia que con arreglo al artículo 19o. constituye la suma afectada al tributo y, en consecuencia, éste devendría inaplicable.

La Resolución No. 8342 estima que “es procedente la liquidación reclamada que acota el Impuesto a la Renta teniendo como materia imponible la diferencia del precio de venta de algunas acciones emitidas por Leche Gloria S.A. y su valor nominal...”.

Es evidente que el Tribunal Fiscal ha considerado que el costo computable es el valor nominal de las acciones que se enajena, pero no señala disposición legal alguna que permita amparar esa conclusión. Aún más, el temperamento adoptado podría ser discutible porque las acciones de una sociedad anónima se transfieren, en circunstancias normales, a valor real, que no necesariamente debe coincidir con el valor nominal del que frecuentemente difiere.

En tal virtud, considerar el valor nominal como costo computable puede conducir a una equivocada imposición, pues si las acciones que se enajenan hubieran sido adquiridas en un valor inferior al nominal la renta real sería superior a la considerada gravable según la interpretación del Tribunal Fiscal. Si la circunstancia fuera inversa las autoridades tributarias estarían considerando como materia imponible una suma mayor que el beneficio obtenido, lo que sería igualmente injusto.

De otro lado debe recordarse que por el mérito

del principio de "Reserva Legal", recogido en el artículo IV del Título Preliminar del Código Tributario "sólo por ley se puede determinar... la cuantía del tributo y la base para su cálculo" y que según el artículo XI del mismo Título "... en vía de interpretación no pueden extenderse las normas tributarias a... supuestos distintos de los señalados en la ley".

Las razones expuestas conducen a pensar que el artículo 3o. inciso a) 6 sólo puede estar referido a las personas jurídicas domiciliadas en el país pues sólo en este caso sería posible verificar el costo computable de los bienes que se enajenan lo cual constituye un requisito previo indispensable para afectar operaciones de esta naturaleza.

Abona en favor de este planteamiento el hecho de que sólo podría conocerse la suma recibida por el vendedor en la transferencia si éste lleva libros o registros contables en el Perú; es decir si tiene la condición de domiciliado en el país. En efecto, en casos como el comentado donde el comprador es una persona natural no obligada a tener libros de contabilidad y donde el vendedor es una persona jurídica no domiciliada y, por ello, tampoco obligada a llevar libros, no existe posibilidad de constatar el precio pagado en la venta de acciones. Como se sabe, con arreglo a la Ley de Sociedades Mercantiles no es imperativo hacer constar el importe de la operación en el Registro de Transferencia de Acciones bastando una simple comunicación de la venta a la sociedad emisora (Ley de Sociedades Mercantiles, Artículo 115o.) para perfeccionar la enajenación.

En consecuencia si la persona jurídica vendedora no se encuentra domiciliada en el Perú no puede conocerse el costo computable de las acciones que se enajenan ni es posible tampoco determinar de forma indubitable el valor de venta de dichos bienes. Dicho de otro modo, es imposible conocer la diferencia entre costo e ingreso; diferencia que resul-

ta indispensable para determinar la suma afecta, con arreglo al ya citado artículo 19o.

Obsérvese que la acotación fue girada a cargo de la persona natural domiciliada "por cuenta" de la vendedora del exterior. Es decir se exige al adquirente que actúe como agente de retención del tributo que debe calcular sobre el beneficio percibido por la persona jurídica extranjera.

No existiendo ninguna ley que considere como costo computable el valor nominal de las acciones, cabe preguntarse ¿Cómo puede el comprador conocer la utilidad que la operación produce a la vendedora? Es evidente que tal conocimiento es imposible ya que no existe medio de comprobar la suma que el vendedor en su momento, pagó al adquirir las acciones, asumiendo que ellas no provienen de aporte sino de compra venta.

Si ello es así, no resulta justo ni legal exigir al comprador que retenga el tributo sobre una materia imponible que no puede conocer. Aún más, repárese que en el caso comentado la exigencia se ha hecho extensiva a recargos lo que, desde nuestro punto de vista, hace más injusta la solución adoptada en la Resolución.

En nuestra opinión, no podría argumentarse que las normas expedidas para el control de cambios permiten conocer el precio pagado en la venta de las acciones, pues tales medidas, que podrían quedar sin efecto en cualquier momento, no pueden alterar los principios que informaron la legislación sobre el Impuesto a la Renta que es anterior a las regulaciones cambiarias. Además, nada impide que el pago se haga en moneda nacional en el Perú o que la venta se efectúe a una persona no domiciliada, casos en los cuales el régimen del control de cambios no tendría importancia.

HUMBERTO MEDRANO CORNEJO.

EN COMERCIO INTERNACIONAL

TRIBUNAL FISCAL

Interesado: Swiss Bank Corporation

Asunto: Tercería

Provincia: Lima

No.: 9174

Lima, 1 de abril de 1974

Visto el procedimiento de tercería excluyente de dominio seguido por Swiss Bank Corporation elevado al Tribunal por el Juzgado Coactivo en consulta del auto expedido el 17 de setiembre de 1973, declarando fundada la mencionada tercería;

CONSIDERANDO:

Que de lo actuado en el expediente y de los documentos presentados ante el Tribunal resulta que las barras de oro fueron remitidas por el Swiss Bank Corporation al Banco Comercial para ser entregadas a Metales Nóbiles S.A., cuando recibiera la confirmación del Banco Central de Reserva del Perú, en cuanto a la entrega de certificados de divisas para el pago del valor de dichas barras de oro;

Que no consta de autos que dicha confirmación se produjera ni que Metales Nóbiles S.A. pagara el valor de las barras de oro;

Que no existiendo elementos para establecer las demás condiciones del contrato debe estarse a los principios generales del derecho y a los usos y costumbres del comercio internacional para determinar si Metales Nóbiles S.A., llegó a adquirir la propiedad de las mencionadas barras de oro;

Que si bien el Código Civil no contempla reglas específicas para la compra-venta mediante las que se efectúa el comercio internacional, la sexta regla adoptada en cuanto a las ventas CIF, como la que es materia del expediente, por la Conferencia de Oxford de 12 de agosto de 1932, establece que la propiedad de las mercaderías importadas se transfiere en el momento en que el vendedor pone al comprador en posesión de los documentos;

Que en el presente caso el Banco Comercial no puso a Metales Nóbiles S.A. en posesión de los documentos de embarque;

Que en aplicación de dicha regla debe entenderse que la propiedad de Swiss Bank Corporation sobre las barras de oro remitidas no fue transferida a Metales Nóbiles S.A.;

Que en consecuencia, la tercería deducida por Swiss Bank Corporation

con motivo del embargo de dichas barras, trabado en el juicio coactivo seguido contra Metales Nóbiles S.A., para el pago de impuestos de timbres, es procedente;

De acuerdo con el dictámen del Vocal señor La Rosa, cuyos fundamentos se reproducen;

RESUELVE:

APROBAR la resolución expedida por el Juzgado Coactivo de Lima, el 17 de setiembre de 1973, declarando fundada la tercería excluyente de dominio interpuesta por Swiss Bank Corporation en el procedimiento de cobranza coactiva del impuesto de timbres seguido contra Metales Nóbiles S.A.

Regístrese, comuníquese y devuélvase al Juzgado Coactivo de Lima, para sus efectos.

Vocal Presidente, Zárate Polo; Vocales, Quintanilla, La Rosa, Protzel; Secretario-Relator Letrado, Zolezzi Möller.

TRIBUNAL FISCAL

Dictamen No.: 695 - Vocal Sr. La Rosa
Reclamante: Swiss Bank Corporation
Ex. Reg. No.: 867-1973
Asunto: Tercería
Provincia: Lima

Señor:

El Juzgado Coactivo de Lima ha elevado en consulta la resolución expedida el 17 de setiembre de 1973 en el procedimiento de tercería iniciado el 8 de marzo de 1973 por el Swiss Bank Corporation de Zurich, Suiza, con motivo del embargo precautelativo trabado sobre 100 barras de oro de su propiedad, a petición del Banco de la Nación, para garantizar el pago del impuesto de timbres adeudado por la empresa Metales Nóbiles, S.A.

La resolución elevada en consulta declara fundada la tercería interpuesta, dispone el levantamiento del embargo trabado sobre las 100 barras de oro y ordena que el Banco de la Nación que las tiene en custodia, las entregue al Swiss Bank Corporation.

De lo actuado en la cobranza coactiva y en los dos procedimientos de tercería elevados por el Juzgado Coactivo de Lima, resulta que la Dirección General de Inteligencia Tributaria determinó, con Resolución de Acotación No. 597-71, el impuesto de timbres que adeudaba Metales Nóbiles S.A., por omisiones en el Registro de Ventas en los años de 1968 a 1971 por un total de S/. 46'377,201.10 incluidos los recargos y que para garantizar el pago de la mencionada suma se dirigió al Banco de la Nación solicitando se trabara embargo precautelativo sobre 100 barras de oro que el gerente de la mencionada empresa don Oscar Montagna Canale, había pretendido retirar

de la Aduana del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, siéndole incautadas en esa oportunidad.

Producida la incautación, se expidió, por el ramo de Economía y Finanzas, la Resolución Ministerial No. 1022-71-EF/44, de 5 de agosto de 1971, en la cual se expresa que Oscar Montagna Canale, pretendió retirar las mencionadas barras proporcionando datos falsos, sobornando al Vista de Aduana de turno y atribuyéndose falsa personería en representación del Banco Comercial y se dispone que las barras de propiedad del Swiss Bank Corporation que se encontraban en custodia en el Banco de la Nación fueras puestas a disposición del Juzgado de Instrucción, debiendo el señor Procurador General de la República denunciar los delitos cometidos por el mencionado Montagna Canale en agravio del Estado y constituirse en parte civil.

Aparece también que en instrucción abierta para investigar los delitos antes mencionados, el Juzgado en mérito a la solicitud y a las pruebas presentadas por el Swiss Bank Corporation dispuso, con fecha 10 de diciembre de 1971, que el Banco de la Nación le entregara las 100 barras de oro por intermedio del Banco Comercial del Perú, en presencia y con conocimiento de la Dirección General de Inteligencia Tributaria, por constituir pruebas instrumentales de propiedad del mencionado Swiss Bank Corporation, resolución de la cual apeló el Procurador General de la República alegando que había sido expedida sin oír a la Procuraduría y sin que el Swiss Bank Corporation hubiera acreditado su calidad de propietario de las mencionadas barras de oro. La apelación fue concedida disponiendo el Juzgado se elevara al Tribunal el cuaderno de copias respectivo.

En estas circunstancias, el Swiss Bank Corporation interpuso, dentro del procedimiento coactivo, tercería excluyente de dominio que concluyó con resolución expedida el 24 de febrero de 1973 que declaró fundada una excepción de falta de personería deducida por el Banco de la Nación alegando insuficiencia del poder presentado por don Hans J. Zwyer.

A continuación, el 8 de marzo de 1973, don Wolf Dieter von Breyman representando al Swiss Bank Corporation con poder en forma, reiteró la tercería excluyente de dominio que concluyó con la resolución que viene en consulta ante el Tribunal y que declara fundada la tercería por considerar que los fundamentos de la demanda en la que ese banco invocaba derechos de propiedad sobre las mencionadas barras de oro, habían sido plenamente acreditados con las pruebas presentadas en autos.

Encontrándose el expediente en el Tribunal Fiscal, el Swiss Bank Corporation ha ampliado los fundamentos de la tercería interpuesta, alegando que su derecho de propiedad sobre las barras embargadas reposaba en las leyes peruanas de conformidad con las cuales la compra-venta de bienes muebles exige, para su perfeccionamiento, la entrega de la cosa vendida y que no habiéndose producido la entrega de las barras de oro, éstas permanecían bajo su dominio.

En este sentido invoca las opiniones de algunos comentaristas del Código Civil del Perú, entre ellos los doctores José León Barandiarán y Jorge

Eugenio Castañeda que interpretan las disposiciones de ese cuerpo legal en el sentido antes indicado.

Sostiene también el Swiss Bank que en el comercio internacional la tradición o entrega de los documentos que amparan el envío de las mercancías equivale o representa la tradición de los bienes mismos y que en el caso de autos no se ha producido ni la entrega material de las barras de oro ni la entrega de los documentos que amparaban su remisión por lo que el dominio que el Swiss Bank Corporation tenía sobre las mismas no había sido transferido.

Como se advierte, el problema radica en establecer si al momento de interponerse la tercera excluyente por el Swiss Bank, la propiedad de las barras de oro embargadas correspondía a dicho Banco o a Metales Nóbiles que era la empresa que las había importado.

Examinada la documentación que corre en autos se encuentra:

1. La carta cursada el 1o. de octubre de 1970 por don Hans J. Zwyer en representación del Swiss Bank Corporation al Banco Comercial, mediante la cual le advierte que las barras de oro y otros metales que importase la empresa Metales Nóbiles S.A., sólo podrían ser puestos a disposición de la misma después que el Banco Central de Reserva confirmase la autorización de entrega de divisas para cancelar la importación.
2. La carta cursada por el Banco Comercial el 2 de octubre de 1970 al representante residente del Swiss Bank en Lima, en respuesta a la citada en el punto anterior, expresando que de conformidad con las instrucciones recibidas no entregaría el oro o los metales importados por la firma Metales Nóbiles S.A., sin antes recibir la confirmación del Banco de Reserva en relación con la entrega de certificados de divisas para cancelar la importación.
3. El cablegrama cursado por el Swiss Bank Corporation al Banco Comercial el 12 de marzo de 1971 anunciando la remesa aérea de 100 kilos-barras de oro e indicando que debía ser enviado a Metales Nóbiles S.A. contra remesa de U.S. \$ 132,884.61.
4. La factura comercial No. 482468, expedida por el Swiss Bank el 13 de mayo de 1971, a favor de Metales Nóbiles S.A. por las 100 barras de oro.
5. La factura consular también de 13 de mayo de 1971, por 100 lingotes de oro remitidos por el Swiss Bank en consignación al Banco Comercial, para Metales Nóbiles S.A.
6. La nota de envío de los 100 lingotes de oro expedida por la Compagnie des Metaux Precieux, el 14 de mayo de 1971, al Banco Comercial.
7. La carta de porte de las 100 barras de oro expedida por la compañía de aviación KLM, de la cual aparece como remitente la Compagnie des Metaux Precieux y como consignatario el Banco Comercial del Perú, su fecha 14 de mayo de 1971.

Del estudio de estos documentos, se llega a la conclusión de que no llegó a producirse la transferencia del dominio que el Swiss Bank tenía sobre las 100 barras de oro tantas veces mencionadas, en favor de la empresa importadora Metales Nóbiles S.A.

En efecto, si bien Metales Nóbiles S.A. pudo haber expresado en el pedido respectivo su voluntad de comprar 100 barras de oro, la entidad exportadora dejó expresa constancia que la entrega de dichas barras de oro sólo se produciría contra aprobación por el Banco Central de Reserva de la entrega de las divisas necesarias para pagar el precio, no existiendo prueba alguna en cuanto a los términos del contrato en cuanto a los demás aspectos respecto a los cuales debe aplicarse los principios generales del derecho.

En consecuencia, siendo las importaciones compraventas de carácter internacional, y no existiendo en nuestro ordenamiento legal reglas específicas al respecto, debe estarse a los usos y normas del comercio internacional, y entre ellas a las llamadas reglas de Varsovia-Oxford adoptadas por la Conferencia de Oxford de 12 de agosto de 1932, respecto a las llamadas ventas CIF como la efectuada por el Swiss Bank a Metales Nóbiles S.A. según se desprende de la factura consular antes mencionada.

De las citadas Reglas, la 6a. establece que la fecha del traspaso de la propiedad de las mercaderías será la del momento en que el vendedor pone al comprador en posesión de los documentos y, en el caso de autos, el Banco Comercial, entidad consignataria, no entregó a Metales Nóbiles S.A. la factura consular ni la guía de remisión que en copia fotostática corren agregadas al expediente.

Por todo lo expuesto, soy de parecer que el Tribunal apruebe la resolución expedida por el Juzgado Coactivo de Lima el 17 de setiembre de 1973 declarando fundada la tercería interpuesta por el Swiss Bank Corporation de Zurich, Suiza.

Salvo mejor parecer.

Lima, 1 de abril de 1974.

TRIBUNAL FISCAL
J. FERNANDO DE LA ROSA
VOCAL INFORMANTE

COMENTARIO:

1. Antecedentes

En mayo de 1971 el **Swiss Bank Co.** de Zurich, Suiza, en una de sus operaciones regulares, remitió 100 barras de oro consignadas al Banco Comercial del Perú para su comprador **Metales Nobiles S.A.**, firma peruana que comerciaba con oro. El contrato fue celebrado en términos c.i.f. El Banco Comercial del Perú intervenía como custodio de los documentos de embarque, los cuales, como es usual en este tipo de transacciones, debían ser entregados por éste al comprador contra el pago del precio.

A la llegada de las barras de oro en uno de los aviones de itinerario de la compañía KLM y antes de que los documentos de embarque le fueran entregados, el gerente de **Metales Nobiles S.A.** incurrió en determinadas irregularidades en la Aduana del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, al pretender retirar las barras cuando aún no tenía derecho para ello, motivando que aquellas fueran incautadas y luego depositadas en el Banco de la Nación. Una investigación posterior determinó que **Metales Nobiles S.A.** había incurrido, adicionalmente, en delito de defraudación respecto de los pagos a que estaba obligada por concepto del impuesto de timbres. El monto de dicha defraudación excedía los S/. 46'000,000.00.

En agosto de 1971 se promulgó la R.M. No. 1022-71-EF-44, en uno de cuyos considerandos se reconocía la propiedad del **Swiss Bank Co.** sobre las barras de oro, señalándose, no obstante, que se las había incautado en calidad de pruebas instrumentales. La resolución ministerial ponía a disposición del juzgado correspondiente las 100 barras de oro y autorizaba al Procurador General de la República encargado de los asuntos del Ministerio de Economía y Finanzas para que se constituyera en parte civil y efectuara las denuncias correspondientes contra Oscar Montagna Canale, gerente de **Metales Nobiles S.A.** y contra los que resultaran responsables por los delitos cometidos en agravio del Estado.

Habiéndose abierto la instrucción respectiva contra Montagna Canale, el Banco de la Nación inició en la vía administrativa una acción coactiva contra **Metales Nobiles S.A.** para el pago del impuesto de timbres. En este último procedimiento el Banco de la Nación trabó embargo sobre las 100 barras de oro.

Ante esta situación, el **Swiss Bank Co.** interpuso una demanda de tercería excluyente de dominio contra el Banco de la Nación y contra la firma **Metales Nobiles S.A.** Luego de un dilatado procedimiento, el Juzgado Coactivo de Lima emitió, con fecha 17 de setiembre de 1973, la resolución que declaró fundada dicha tercería, ordenando que se levantase la medida trabada sobre las barras de oro y que ellas fueran entregadas al **Swiss Bank Co.** Esta resolución fue elevada en consulta al Tribunal Fiscal, de acuerdo a lo establecido por el art. 6o. del D.L. 17355 (1). Es en este contexto que se generan la resolución y el dictamen objeto de este comentario.

2. Comentario

Siendo que el Tribunal Fiscal debía pronunciarse sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre si la tercería interpuesta por el **Swiss Bank Co.** era o no fundada y, por tanto, sobre si la propiedad de las barras de oro había sido o no transferida a **Metales Nobiles S.A.**, interesaba a la actora acreditar fehacientemente su derecho de propiedad sobre aquellas, pues, de lo contrario, podrían terminar siendo rematadas. El **Swiss Bank Co.** prueba que en un contrato de compraventa en términos c.i.f. la propiedad se transfiere con la transferencia de los documentos y que en el caso sub litis no había habido tal cosa. Si bien es cierto que las partes contratantes no habían precisado el momento en que la propiedad sobre las barras debería entenderse transferida, ellas habían ajustado su transacción a términos c.i.f. Por ello, era lógico suponer que aquel momento debería ser el que la práctica ha consagrado; esto es, aquel en el que los documentos de embarque son transferidos al comprador.

En este sentido, la Resolución No. 9174 del Tribunal Fiscal y el Dictámen No. 695 emitido por el Vocal informante, Dr. J. Fernando de La Rosa —ambos transcritos más arriba—, son particularmente

(1) Este dispositivo establece que en los procedimientos coactivos el tercero que alegue la propiedad de los bienes embargados podrá interponer tercería ante el propio Juez coactivo, la misma que será amparada sólo en el caso de presentarse título inscrito en los Registros Públicos o documentos fehacientes no inscritos, en cuyo caso el expediente será elevado al Tribunal Fiscal cuando se trate de tributos, para la apreciación de la prueba.

trascendentes, pues no sólo inician una interesante línea jurisprudencial en nuestro ordenamiento legal, sino que definen —por primera vez, hasta donde ha sido posible investigar— aspectos, en algunos casos discutidos, sobre la transferencia de la propiedad en los contratos de compraventa internacional de bienes muebles.

Resulta significativo que el Tribunal Fiscal, sobre la base de que el Código Civil no tiene “reglas específicas” sobre compraventa internacional, haya tenido en cuenta para resolver los usos y costumbres internacionales en materia de transacciones mercantiles de esta naturaleza, así como las Reglas de Varsovia-Oxford de 12 de agosto de 1932 (2), que no hacen otra cosa que sistematizar y presentar de manera orgánica aquellas prácticas. Este comportamiento se concilia no sólo con la naturaleza eminentemente consuetudinaria del derecho comercial (reconocida por nuestro propio Código de Comercio en sus arts. 2 y 50), sino con las más modernas tendencias interpretativas sobre la materia, así como con los esfuerzos unificadores que en el campo del Derecho del Comercio Internacional se vienen desplegando desde hace ya algunos años por diversas organizaciones en todo el mundo.

De otro lado, el Tribunal Fiscal se pronuncia categóricamente sobre el momento a partir del cual debe entenderse que se transfiere la propiedad en un contrato c.i.f.; esto es, a partir de que se pone al comprador en posesión de los documentos de embarque. Si bien esta definición viene a reiterar lo que ya la costumbre mercantil internacional y diversos textos legislativos y referenciales, así como prestigiosos tratadistas especializados, han dejado establecido, es particularmente importante que al interior de un medio como el nuestro, en el que aspectos de las compraventas internacionales tan importantes como estos carecen de reglamentación legal propia, el problema haya quedado definitivamente resuelto.

La resolución y el dictámen del Tribunal Fiscal objeto del presente comentario recurren, pues, a las Reglas de Varsovia-Oxford para llenar un vacío legislativo, reconociendo en ellas a un instrumento legal de naturaleza referencial que refleja los usos y costumbres internacionales más generalizados en materia de contratación c.i.f. De igual manera podría haberse recurrido para definir otro aspecto del contrato a Incoterms 1953, pues este texto de la Cámara de Comercio Internacional reproduce también aquellas prácticas. (3).

Conviene hacer notar, no obstante, que las partes contratantes no habían referido expresamente su contrato a dichas Reglas ni a ningún otro texto referencial análogo, pues, de haber sido así, el problema relativo a la determinación del momento en que se produciría la transferencia de dominio, entre otros, podría haber sido fácilmente resuelto con sólo examinar las disposiciones de las Reglas (o las del texto citado) sobre el particular, ya que aquellas en ese caso habrían adquirido el carácter de convenios contractuales por haberlas incorporado al contrato las partes.

Sin embargo, el Tribunal Fiscal, reconociéndoles el carácter sistematizador de los usos y costumbres mercantiles sobre la materia que ya se ha dejado anotado, las tiene en cuenta para resolver, adoptando un comportamiento cada vez más frecuente y reconocido en tribunales arbitrales y cortes internacionales. Se pone así de manifiesto el carácter de fuente del derecho que algunos tratadistas (4) les atribuyen a éste y otros textos referenciales similares cuando ellos son utilizados en situaciones análogas a la que ahora se examina.

Asimismo, resulta interesante anotar que si bien el Tribunal Fiscal manifiesta que “... el Código Civil no contempla reglas específicas para la compraventa mediante las que se efectúa el comercio internacional”, podría sostenerse tanto en base a consideraciones de derecho sustantivo interno como de Derecho Internacional Privado, que las reglas generales de la compraventa contenidas en nuestro código

- (2) Estas Reglas fueron preparadas por la International Law Association y en su parte introductoria ellas dicen que: “... están destinadas a ofrecer a aquellos interesados en la compraventa de mercaderías de acuerdo a la cláusula c.i.f., quienes no tienen en el presente una forma de contrato tipo, o condiciones generales asequibles, un medio de adoptar voluntaria y rápidamente una serie de reglas uniformes en sus contratos c.i.f.”. El texto completo de las Reglas de Varsovia-Oxford aparece publicado en la Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo II, p. 1060, bajo la voz “Cláusula C.I.F.”.
- (3) Cámara de Comercio Internacional, Doc. 166. Sin embargo, esta publicación omite, expresamente, pronunciarse sobre la transferencia de propiedad.
- (4) Eisemann, Frederick, Incoterms and the British Export Trade *en* Journal of Business Law, Londres, 1965.

sustantivo no sólo serían plenamente válidas para el contrato que nos ocupa, desde que el Código Civil no hace especificaciones en su articulado respecto de la naturaleza de la compraventa como nacional o internacional y, por tanto, no incluye en aquel ninguna limitación de naturaleza territorial; sino que aún podría sostenerse que determinados artículos

del mismo (847, 1385, 1399 entre otros) aluden, directa o indirectamente, a situaciones de esta naturaleza y, lo que es más, podría afirmarse que la resolución y el dictámen comentados son perfectamente conciliables con lo que nuestro ordenamiento legal establece en materia de compraventa mobiliaria y transferencia de dominio.

ALFREDO OSTOJA L.A.

ALARCO SOARES, Alberto. "Concepto de Nave y sus Relaciones con el Derecho Administrativo Marítimo".

Destacando el autor el hecho de que lo concerniente al Derecho Marítimo ha sido escasamente tratado por los autores peruanos, trata de hacer un análisis de todas las implicancias que tienen las naves peruanas dentro del Derecho Administrativo en nuestro país.

Señala en primer término el autor, la circunstancia del poco tratamiento jurídico que han recibido las naves en el Perú, haciendo notar que el Código Civil hace escasa referencia al respecto y ha devenido obsoleto.

De otro lado, el Reglamento General de Capitanías y Marina Mercante, aunque ha tratado de complementar en algo los vacíos de Código Civil, no ha podido impedir que subsistan algunas incongruencias que el autor destaca en el trabajo.

En los primeros capítulos define los conceptos de nave dentro de la legislación comparada y la legislación nacional, hace referencia a cuáles son las diversas clases de nave y cuál es la forma de identificación de las mismas, así como cuál sería la naturaleza jurídica de las naves y cuál su condición en la legislación peruana.

En el capítulo tercero se hace un interesante análisis sobre la nacionalidad de las naves. Este es un tema sumamente discutido que el autor analiza con prolijidad, sobre la base de referencias tales como la nacionalidad de los propietarios, de la dotación o de los constructores.

ALCORTA SUERO, César. "Corte Internacional

para la Integración Latinoamericana".

Esta tesis está dividida en tres capítulos. En el primero se presentan algunas ideas generales sobre los conflictos de intereses que surgen entre los Estados a consecuencia de los procesos de integración. Se analiza el efecto jurídico y los problemas sobre cumplimiento de normas jurídicas aceptadas voluntariamente por los Estados para lograr una integración, revisándose las diversas posibilidades de conflicto que puedan presentarse en un proceso de este tipo, clasificándolos en conflictos de concepción, conflictos de aplicación, conflictos de organización y conflictos de intereses políticos, económicos y legales. Finalmente en este capítulo, se mencionan algunas alternativas institucionales o tipos de organismos de control que pueden crear los Estados para solucionar los conflictos surgidos de la integración; vale decir, organismos intergubernamentales con estructura judicial y organismos jurisdiccionales.

El segundo capítulo está dirigido a estudiar algunos de los sistemas mundiales de integración que han establecido mecanismos jurisdiccionales de control para resolver sus controversias. De este modo, se describen los mecanismos ideados tanto en la Comunidad Europea, ALALC y Mercado Común Centroamericano.

El tercer capítulo pretende crear las bases para la constitución de la Corte Internacional dentro del Pacto Andino. Para ello, el autor se identifica con el proyecto que elaboraron los expertos invitados por la Junta del Acuerdo de Cartagena.

*Sustentadas y aprobadas en el P.A. de Derecho, entre el 20 de marzo de 1973 y el 26 de marzo de 1974.

ALVAREZ DEL VILLAR DE ALIAGA, Luis. "La Responsabilidad por Huelga".

Constituye este trabajo una interesante investigación no solamente de la huelga como institución transitoria, sino también de la responsabilidad que fluye como consecuencia de un fenómeno huelguístico.

En primer lugar se intenta una definición de términos; es decir, concretar qué se entiende por huelga y qué se entiende por responsabilidad. De esta manera el autor, centra su trabajo dentro de estos parámetros. La tesis no solamente analiza los tipos de huelga, cuales son: lícita o ilícita, legítima o ilegítima, legal o ilegal, justa o injusta, sino también, hace un bosquejo de aquellas formas irregulares de huelga, tales como: la de brazos caídos, la de toma de locales, la de trabajo a desgano, trabajo a reglamento, boicót, paro de protesta, huelga de solidaridad, huelga política y paros escalonados. Todo esto invita al autor a un análisis de cuáles son las consecuencias fundamentales de la huelga y dentro de qué circunstancias es posible utilizar esta medida de presión. De otro lado, esboza cuál ha sido el devenir histórico de la huelga, es decir, como en el pasado era considerada como un delito y en la actualidad se la considera como un derecho a pesar de que no esté tipificada con claridad dentro del Derecho positivo del país. Para terminar, el autor hace un estudio tendiente a establecer cuáles son los límites legales que permiten garantizar tanto a los trabajadores como a los empresarios y a los terceros ajenos al conflicto, los derechos que le corresponden dentro de la huelga. Dentro de este aspecto lo que trata de hacer el autor es delimitar cuáles son las responsabilidades tanto civiles como penales de aquellas personas que se vean involucradas o afectadas por un fenómeno huelguístico.

ALVAREZ PEDROZA, Alejandro. "El Pequeño Productor Minero".

En esta tesis, como su nombre lo indica, se pretende hacer un análisis de las normas pertinentes dentro del aspecto minero y de la promoción a los pequeños productores.

En primer lugar se hace una distinción entre lo que es la pequeña, la mediana y la gran minería, haciéndose alusión a los factores que tipifican a ca-

da una de ellas, factores entre los cuales se consideran por supuesto la producción, la técnica, el capital y los conocimientos esenciales para la explotación.

En el segundo capítulo, se refiere el autor al tratamiento legal que la Ley General de Minería otorga al pequeño productor minero. En este orden de ideas, se hace referencia a cuáles son las condiciones precisadas para darle esa calificación a los pequeños productores. En el segundo capítulo se hace referencia a las causales de caducidad de las concesiones, al cánón territorial y a las franquicias tributarias que se le dan a los pequeños productores mineros.

Para terminar, el autor hace referencia a aquellas entidades promotoras de la minería en el Perú y en especial su función frente al pequeño productor minero. Habla así del Banco Minero del Perú, de los préstamos que esta institución da a los pequeños productores y cuáles serían las características de una promoción minera que el autor considera inconveniente.

ALVAREZ SIMONETTI, Manuel. "El Petitorio de Inconstitucionalidad por Acción Popular".

Comentando el Art. 133 de la Constitución del Estado, el autor hace un estudio de cuáles son los aspectos teóricos, históricos legales, e incluso jurisprudenciales del petitorio de inconstitucionalidad por Acción Popular.

En el primer capítulo, el autor resume el aspecto histórico del petitorio de inconstitucionalidad, especificando cuál fue su lugar de origen, como funcionaba y cuáles eran sus fines. Asimismo comenta cuál ha sido el devenir de esta institución durante las diversas constituciones de nuestra vida republicana.

En el segundo capítulo, que está dedicado exclusivamente al análisis del Art. 133, se hace un comentario sobre la Acción Popular y la legalidad, sobre la anulación o no aplicación de la acción popular en determinados casos, las concordancias con otras normas constitucionales y cuál es el procedimiento de la acción popular.

En el tercer capítulo se analiza su naturaleza

jurídica, tal como puede ser una garantía constitucional, se hace referencia a cuál es el legítimo interés para el petitorio de inconstitucionalidad y cuáles son los alcances de esta acción y, por fin, qué es lo que se pretende con ella.

En los dos últimos capítulos se estudia al Art. 133 de la Constitución en relación con otras acciones como son el "Habeas Corpus" y la "Acción de Amparo".

Por último, el autor presenta un proyecto sobre la operatividad y los alcances de un recurso de tanta importancia como el es que actualmente contempla el Art. 133 de nuestra Constitución.

ARCA PATIÑO, Francisco. "La Empresa Pesquera en el Perú".

Este trabajo pretende abarcar la totalidad de los aspectos jurídicos vinculados a la empresa pesquera, antes de la dación del Decreto Ley por el cual el Estado asumió el control y administración de la industria pesquera en el Perú.

La tesis ha sido realizada partiendo de las nociones generales de una empresa, para aplicar éstas a las circunstancias concretas de la empresa pesquera nacional, con las modificaciones realizadas por la comunidad laboral pesquera. Dentro de este orden el autor analiza cuáles son sus antecedentes, sus normas conceptuales, qué tipos de empresas pesqueras podría haber, cuáles son sus normas registrales y de control, cuáles eran los contratos usuales dentro de las empresas e industrias pesqueras y cuáles eran las causales de extinción de una empresa dedicada a la industria pesquera.

A continuación, el autor intenta circunscribir el Plan Nacional de Desarrollo Socio-Económico al aspecto pesquero, señalando así cuáles son las implicancias legales, sociales y económicas, cuáles son las incidencias dentro de una empresa pesquera con Comunidad y dentro de una empresa pesquera sin ella.

BARTRA VALDIVIESO, Leonardo Augusto. "El Aporte en la Sociedad Anonima".

La tesis que comentamos constituye un estudio

sobre el aporte que realizan los socios a las sociedades anónimas.

En primer lugar el autor hace un análisis de las definiciones del aporte y de su significación jurídico-económica. Asimismo realiza una breve reseña sobre la evolución histórica y la importancia de los aportes en la sociedad anónima.

En el capítulo segundo se efectúa un estudio sobre el carácter jurídico de la aportación en las sociedades y sobre las diversas clases de aporte que se conocen.

En los capítulos siguientes el autor alude a cuáles son los criterios para la valoración económica de los aportes y cuáles son los problemas consiguientes. Asimismo hace una breve crítica al sistema que contiene nuestra ley de sociedades mercantiles para la calificación económica de los aportes.

En los siguientes capítulos se estudian los riesgos y las garantías del aporte, las responsabilidades del aportante según sea el aporte mueble o inmueble, determinado o indeterminado y sobre las medidas que puede tomar la sociedad contra el socio moroso.

Concluye el trabajo con un estudio del aporte en relación con el contrato social, con la condición de socio y con el aumento o disminución del capital. Asimismo, se hace especial referencia a la situación de los socios como aportantes ante la disolución y liquidación de la sociedad.

BEDOYA DE VIVANCO, Javier. "El Transporte Terrestre de Carga y sus Transportistas en el Perú".

Considerando el autor la importancia del transporte en general y especialmente, la del terrestre de carga, para la economía del país, hace un exhaustivo análisis de la legislación que regula esta actividad, concluyendo básicamente que esta resulta obsoleta para las necesidades de desarrollo e integración del país. Con un método sumamente interesante cual es el de la entrevista o encuesta aplicada acerca de doscientos transportistas y personas vinculadas al transporte de carga en el país, el autor señala la dificultad que actualmente existe para que las personas o entidades vinculadas al transporte en el Perú conozcan las disposiciones legales que les afectan. De esta manera, dice, muchas de estas normas legales

son desconocidas por los que eventualmente pudieran estar interesados, aplicándose en lugar de ellas, costumbres mercantiles y medios de solución a conflictos que no son contemplados en nuestro sistema legal.

Para llegar a las conclusiones que presenta en su trabajo, el autor examina en primer lugar cuáles son los factores condicionantes del actual sistema de transportes en el Perú, como son las condiciones físicas del Perú, sus condiciones económicas, los condicionantes políticos, tales como falta de planificación de recursos y cuáles son las implicancias legales de todo lo anterior.

Concluye el autor con una reseña de las obligaciones a que están sujetos los transportistas y en especial las obligaciones que le corresponden en virtud del contrato de transporte terrestre. También incluye un interesante análisis sobre lo concerniente al seguro del transporte terrestre.

BELLIDO LAMA, José Fernando. "La Convención de Bruselas de 1924, el Protocolo de Enmienda de 1968 sobre Conocimientos de embarque, y su implementación en el Perú".

El autor se dedica fundamentalmente al análisis de la Convención para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, firmada en Bruselas en 1924, aprobada y ratificada por el Perú en 1964. Se estudia también el Protocolo de Enmienda de la Convención (1968), que modifica algunas normas sobre las reglas aplicables a los conocimientos de embarque. Finalmente, se ve la forma en que la Convención de Bruselas ha sido puesta en vigencia en el Perú, discutiéndose la constitucionalidad del procedimiento seguido para su aprobación y ratificación. Esta tesis adquiere especial relevancia, puesto que constituye uno de los primeros aportes que se hace en nuestro país al estudio de este tema, prioritario para los especialistas en Derecho del Transporte Marítimo.

BUSTAMANTE BELAUNDE, José Alberto, "Las alteraciones en la ideología jurídica prevaleciente, a propósito de la reforma agraria peruana".

El trabajo del ex alumno Bustamante Belaúnde se inscribe dentro del campo de la Teoría del Derecho y del Derecho y el Cambio Social. En él se examina con una óptica empiricista el estudio del derecho co-

mo un hecho social, la ideología jurídica como objeto de estudio y la ideología jurídica en el contexto peruano, escogiéndose como tema vehiculador de toda esta problemática a la reforma agraria peruana. Dentro del análisis de los elementos de la ideología jurídica prevaleciente se considera la autonomía del orden jurídico, la seguridad jurídica, la claridad legislativa, la irretroactividad de las leyes y los derechos adquiridos, así como los soportes conceptuales de estas nociones. Se estudia, asimismo, la dinámica de los cambios legislativos y la aplicación administrativa y judicial de las normas legales, confrontándose luego el análisis efectuado con los lineamientos fundamentales de una nueva conceptualización jurídica.

BUTRON ALARCON, Carlos Alberto, "El derecho de retención en la legislación civil peruana y evaluación de su utilidad práctica".

El trabajo está desarrollado en tres partes, dedicándose la primera a hacer una reseña histórica de la institución del derecho de retención, la segunda a su análisis jurídico y la tercera a la evaluación de su utilidad en nuestra realidad, siendo esta última la parte medular de la tesis. Pretende con ella el autor demostrar que si bien el derecho de retención ha devenido en inoperante, ello no debe llevar a la supresión de esta institución en nuestro ordenamiento civil. Por el contrario, sugiere que la incorporación a nuestro derecho de una norma que consagre un derecho persecutorio al acreedor titular de un derecho de retención tendrá el efecto de vivificar una institución "hasta hoy marginada por su evidente falta de practicidad".

CARDENAL MONTESINOS, Sergio. "El impuesto a la renta en la Comunidad Laboral".

Esta tesis consta de dos capítulos, cada uno de los cuales agrupa varias secciones. En el primero de ellos, se estudia las Comunidades Laborales como entidades de Derecho en nuestro país, analizando su origen, naturaleza jurídica, principios justificatorios y objetivos preponderantes. En el segundo capítulo, se efectúa un análisis de las rentas percibidas por las Comunidades laborales, desde el punto de vista de la doctrina y de la legislación tributaria. Finalmente, el autor, a modo de conclusión, efectúa un estudio relacionado con la categorización de tales rentas dentro de nuestra estructura positiva vigente.

CISNEROS GALLO, Máximo. **"Usufructo sobre acciones de Sociedades Anónimas"**.

La tesis en mención consta de siete capítulos, a través de los cuales se hace un estudio minucioso de los problemas que presenta la figura del usufructo de acciones, tales como: pago de dividendos, atribución de reservas, derechos y obligaciones que las acciones confieren al accionista como nudo propietario, etc. Se hace un enfoque crítico de la norma del art. 110 de la Ley 16123, proponiéndose un texto sustitutorio.

CORDOVA PACHECO, Saúl. **"Las vacaciones en el Derecho Laboral Peruano"**.

La tesis constade cinco capítulos. En el primero de ellos se estudia los conceptos generales acerca de la etimología, terminología, definiciones y naturaleza jurídica de las vacaciones. En los siguientes capítulos, el autor hace una exposición de la legislación vigente en el Perú, en materia de vacaciones, analizando aciertos y deficiencias. Como conclusión, en el quinto Capítulo, el autor presenta un proyecto de Reglamento sobre los arts. 8 y 13 del Convenio No. 132 de la OIT (1970).

CHAVEZ-FERRER DERTEANO, Julio. **"Los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales en la nueva legislación laboral"**.

La tesis constituye un minucioso estudio de la forma en que, en la actualidad se encuentra legislados los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, y la manera en que nuestra legislación protege al trabajador accidentado o incapacitado por enfermedad. Es característica de la tesis el enfoque crítico del D.L. 18846 y su Reglamento, incidiendo en las principales deficiencias y problemas que derivan del nuevo régimen legal. Es de resaltar el proyecto de Decreto Supremo que se agrega la tesis a manera de conclusión.

DANOS ORDOÑEZ, José Alberto. **"Aspectos Jurídicos de los trasplantes de órganos y nuevas figuras penales sancionadas por el Código Sanitario del Perú (D.L. 17505)"**.

La tesis examina, desde el punto de vista iurídi-

co, los distintos problemas que se han suscitado a raíz de los trasplantes de órganos. La tesis se encuentra dividida en dos grandes partes; en la primera, se estudia los sujetos del trasplante, el donante y el receptor, los problemas legales desde el momento en que se produce la muerte, la condición legal del cadáver, y la responsabilidad de los médicos intervinientes. En la segunda parte se hace una crítica al sistema legislativo empleado por el Código Sanitario, para incriminar los delitos contra la salud.

DE LA FLOR NIETO, Luis Carlos. **"El Enriquecimiento Indebido en el Código Civil Peruano"**.

El trabajo está dividido en cuatro títulos cada uno de los cuales consta de varios capítulos. El Título Primero trata del desarrollo histórico del concepto de Enriquecimiento Indebido en el Derecho Romano hasta el Derecho Moderno, exponiendo las diversas corrientes legislativas en el Derecho Alemán, Francés e Italiano. En el Título Segundo el autor trata en seis capítulos, las opiniones Doctrinarias sobre la Denominación, Naturaleza Jurídica, Elementos Esenciales del Enriquecimiento Indebido, asimismo, trata los problemas relacionados con la acción y la figura de la Restitución. El Título Tercero trata de la aplicación de la figura del Enriquecimiento Indebido a la Administración Pública haciendo un análisis del Derecho Positivo peruano. En el último Título el autor analiza específicamente la figura del Enriquecimiento Indebido en el Código Civil del 1936. En las conclusiones se sugiere la reforma de la Institución estudiada en nuestra legislación.

DE LA TORRE ODAR, Luis Alfonso. **"Necesidad de Magistrado de Ejecución Penal en el Perú"**.

La Tesis en la parte introductoria, plantea la situación de descuido y abandono en que se encuentran la vigilancia del cumplimiento de las penas y medidas de seguridad aplicadas en la sentencia condenatoria por lo que propone la necesidad del Magistrado de Ejecución Penal. Consta de tres capítulos, en el primero el autor trata de la Ejecución Penal en el Perú sosteniendo que la cárcel no cumple una función positiva. En el capítulo segundo, a partir del análisis del concepto de la pena, desarrolla un estudio sobre la ejecución penal. El tercero, que constituye la parte central del trabajo, estudia la magistratura especial de la ejecución, sus funciones, atribuciones y su ubicación dentro del sistema judi-

cial. Analiza, por último la institución en el Derecho Comparado.

DELGADO VIVANCO, Eduardo. RONCAGLIOLO HANKE, Luis. "El Problema Sexual en las Prisiones".

Los autores tratan el problema sexual en las prisiones con un enfoque de la sociología moderna, abriendo nuevas perspectivas al estudio jurídico del problema carcelario. La tesis aborda en sus tres primeros capítulos, aspectos científicos relacionados con el comportamiento sexual del hombre, la respuesta sexual y el problema de la normalidad y anormalidad sexuales, utilizando como complemento teorías psicológicas, antropológicas y sociológicas modernas. El capítulo cuarto plantea algunas soluciones al problema sexual carcelario tales como las Granjas Agrícolas Familiares, las visitas conyugales y otros. Por último, en el capítulo quinto se estudia la posibilidad de aplicar en el Perú algunas de las soluciones propuestas.

DE LOS RIOS DE ROMANA, Orlando. "Problemática del Artículo 199 del Código Penal Peruano".

El trabajo está dividido en tres capítulos y conclusiones. El primero contiene una breve exposición sobre la manera como fue regulado el delito de violación de menores en los Códigos y Anteproyectos Penales anteriores al vigente. En el segundo capítulo el autor estudia, siguiendo la metodología de Manzini, el tipo legal contenido en el Art. 199 del Código Penal. Incluye el análisis de la tentativa, del concurso del delito, de la acción penal y la penalidad, utiliza Doctrina Extranjera así como también legislación Extranjera. En el tercer capítulo el autor analiza críticamente Jurisprudencia de la Corte Suprema sobre el delito estudiado, asimismo, expone datos estadísticos policiales y judiciales.

DE URIOSTE BLANCO, Roberto. "El Contrato Agro-Industrial en el Decreto-Ley 17716".

El autor divide el trabajo en cinco capítulos, en el primero trata en forma breve los antecedentes del Contrato Agro-Industrial en la Legislación Peruana, la Ley 15037, el Código Civil y la Constitución Política. En el segundo capítulo estudia la Legislación

Agraria Peruana vigente, sus objetivos políticos, económicos y sociales, haciendo especial referencia a su significado jurídico y su importancia para el desarrollo socioeconómico del país. En el capítulo tercero trata específicamente del Contrato Agro-Industrial dentro de la Legislación Agraria, estudia el Contrato en relación con la Industrialización y el Desarrollo, y hace un análisis de la naturaleza jurídica del Contrato materia de la tesis. El capítulo cuarto contiene un estudio de la vigencia, en el mundo de los hechos del Contrato Agro-Industrial. En el quinto el autor trata la Legislación Extranjera al respecto.

ESCUDERO QRTIZ DE ZEVALLOS, Carlos. "El Banco Central de Reserva del Perú y su función como administrador de las Reservas Internacionales del País".

El autor estudia la Institución dividiendo el trabajo en cinco capítulos. En el primero trata en forma breve de la moneda, su origen y su función como medida de valor. En el segundo estudia la Banca Central como Institución Administradora de las Reservas Internacionales, su origen y sus funciones, asimismo en este capítulo analiza qué son las Reservas Internacionales y cómo se administran. En el tercer capítulo hace un estudio histórico del Patrón Monetario Peruano, desde el Patrón Oro Clásico hasta el Régimen del Patrón Oro Inconvertible. En el Capítulo Cuarto se ve la evolución de la Banca Central en el Perú, haciendo referencia a las distintas funciones que ha ido asumiendo a través del tiempo. En el Capítulo Quinto, que constituye la parte central del trabajo, el autor analiza la función actual del Banco Central del Perú como administrador de las Reservas Internacionales. Estudia asimismo, el rol del Banco Central de Reserva en las operaciones de Comercio Exterior así como en todas las transacciones de Moneda Extranjera.

FIGARI VIZCARRA, Roberto Estuardo. "El Trabajador ante la Ley General de Industrias No. 18350 y su Reglamento".

La tesis consta de tres capítulos a través de los cuales el autor hace un estudio ordenado del concepto, naturaleza jurídica y legislación sobre la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y sobre la cogestión de trabajadores y patronos en la dirección y marcha de la empresa. Asimismo, presenta un estudio de legislación comparada

sobre el particular y una exposición cronológica de la legislación vigente en el Perú con anterioridad al Decreto Ley No. 18350. El autor termina estudiando la naturaleza jurídica y estructura de las comunidades industriales.

GALARCEP PELAEZ, Rosa. "La Condena Condicional".

Partiendo de la premisa de que la pena no debe ser la retribución represiva del delito sino más bien el correctivo de ulteriores reincidencias, la autora trata la institución de la Condena Condicional como respuesta del Poder Social a la sinceridad del Individuo que quiere apartarse del crimen. El trabajo consta de tres capítulos, en el primero se trata el Origen y Desarrollo Histórico de la Condena Condicional analizando las diversas corrientes legislativas modernas. La Naturaleza Jurídica y Finalidad de la Condena Condicional también se tratan en el primer capítulo. En el segundo y tercer capítulo, la autora estudia la legislación peruana y extranjera, no sólo en Códigos sino que también analiza Leyes Especiales. Los capítulos cuarto y quinto tratan de la aplicación de la Condena Condicional por los Tribunales Peruanos utilizando estadísticas e interpretaciones judiciales.

GALLO REJAS, Aurelia Rosa. "La Protección a la Invalidez en el Derecho".

Luego del necesario capítulo teórico, en el que se analizan las diversas teorías sobre los riesgos sociales, efectos y su evolución legislativa en el Perú, en el capítulo segundo se examina la inhabilitación como tal, estudiándose los grados de inhabilitación que la ley reconoce y las prestaciones económicas y asistenciales que proveen los institutos de seguridad en cada caso. En el tercer capítulo se comparan los sistemas de protección existentes y en el último capítulo se revisa la legislación comparada y nacional sobre la materia.

GODOY LACOSTE, José Carlos. "La Fianza en el Código Civil peruano en 1936".

El trabajo consta de seis capítulos e incluye un anteproyecto de reforma de algunos artículos del

Código Civil vigente relativos a la institución de la fianza. Los capítulos primero y segundo los dedica el autor a estudiar el concepto y definición de la fianza en nuestra legislación civil, así como su naturaleza jurídica, para luego considerar a la fianza como contrato. Los siguientes capítulos se ocupan de las clases de fianza, de los efectos y extinción de la misma, etc. El capítulo sexto está referido a un confrontación entre el trato legislativo dispensado a la fianza y la jurisprudencia nacional.

HUESA PANIZO, Juan. "La seguridad social en las profesiones liberales".

Luego de un análisis situacional de la seguridad social en el Perú desarrollado en el primer capítulo, la tesis examina la legislación social peruana en su relación con las profesiones liberales. El capítulo tercero señala las tendencias internacionales en materia de seguridad social para el grupo profesional, sobre cuya base se estructura el capítulo cuarto, en el que el autor propugna mejoras para la cobertura de los diversos riesgos sociales que pueden afectar a un sector tan importante como es el de quienes ejercen su profesión en forma independiente.

HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Normalización Legal para la Industria de Conservas de Pescado en el Perú".

El trabajo contiene en su primera parte un estudio de la situación de la industria de conservas de pescado en el Perú, fijando su influencia en la economía del país, así como otro sobre la industria conservera y la empresa. En su segunda parte se examinan consideraciones sobre la industria conservera y la legislación y las disposiciones legales especializadas sobre el proceso industrial de la extracción y transformación del pescado. También se estudian en esta parte los aspectos legales de la comercialización y del régimen financiero y crediticio de esta industria. En la tercera y última parte se analizan las perspectivas de la industria conservera en el Perú y se consignan proyectos de decretos-leyes, decretos supremos y resoluciones pertinentes al tema en estudio.

LANDAZURI GOLFFER, Cyra. "El delito de robo

en la legislación vigente”.

La tesis está dividida en siete capítulos. Los dos primeros son una introducción al estudio del tema central del trabajo. En el capítulo tercero la autora estudia dogmáticamente los diferentes elementos del delito de robo, deteniéndose en el análisis de los medios de comisión y de las diversas circunstancias agravantes.

En los siguientes capítulos se estudian las resoluciones de la Corte Suprema concernientes al delito investigado; se presentan datos estadísticos sobre la frecuencia con que se comete el delito de robo en la zona de Lima; y, se examinan comparativamente las disposiciones legales sobre la materia en los códigos penales argentino, español y peruano.

LANDI GRILLO, Gustavo. “La Fiscalización de las Sociedades Anónimas en la Legislación Peruana, en la Doctrina y en la Legislación Comparada”.

La tesis está dividida en cinco capítulos. En el primero el autor trata los fundamentos de la fiscalización de las sociedades anónimas, comparando este régimen con el de la sociedad de responsabilidad limitada y otras formas asociativas. A continuación, en el segundo capítulo desarrolla la evolución histórica de este tipo de fiscalización y en el tercero los diversos sistemas de fiscalización de las sociedades anónimas (fiscalización individual; privada; administrativa; judicial, etc.). En los dos últimos capítulos el autor hace un análisis crítico y evaluativo de la legislación comparada en once países y en el Perú.

MANSILLA GARDELLA, Carlos. “Las pruebas técnicas en la investigación judicial de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud”.

En el desarrollo de esta tesis se pone de manifiesto la influencia tanto de la criminalística como de los avances científicos en general en la investigación de los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud y en la identificación del delincuente. El trabajo está dividido en cinco capítulos. Merecen ser destacados el capítulo segundo, en el que el autor se ocupa de analizar la problemática de la investigación científica del delito en el procedimiento penal peruano; y, el tercero, en el que se examinan las

diversas diligencias técnicas especiales en la investigación de los delitos mencionados.

En el capítulo cuarto se estudian en su organización y funciones los organismos técnicos de apoyo en la investigación judicial de estos delitos, tales como la División de Criminalística, la Morgue Central, etc.

MOLINA ARLES, Luis. “Régimen del Seguro Privado en el Perú”

El autor hace una apretada síntesis de los aspectos que considera más saltantes en cuanto al seguro privado en el Perú. Para este efecto divide la tesis en tres capítulos. En el primero examina la importancia del seguro privado, analizando el carácter de esta institución como medio indirecto de producción al contribuir al incremento del capital que se pone al amparo de él. En el segundo estudia la intervención del Estado en este campo. En el tercer capítulo presenta sugerencias para modernizar y complementar a legislación vigente sobre seguros.

MONTORI ALFARO, Héctor. “Rol del Estado en la Industria Minera”.

La tesis comentada está dividida en tres capítulos. El primero de ellos está dedicado a estudiar el dominio de las minas y la titularidad de los yacimientos mineros. El segundo examina la participación y funciones que corresponden al Estado como órgano administrativo de la riqueza minera, destacando entre estas funciones las de tutela, dirección, control, promoción, etc. El capítulo tercero está abocado al estudio del Estado como ente empresarial. En él se analizan los derechos especiales del Estado, la explotación exclusiva de yacimientos mineros por el Estado, la explotación indirecta a través de contratos y la explotación directa como socio en las sociedades mixtas mineras.

OLSEN VARGAS — MACHUCA, Jorge Raul. “La Conversión del Negocio Individual en Sociedad”.

El autor, en la parte introductiva plantea la problemática del Derecho Comercial en la actualidad, explicando como el crecimiento de la industria ha opacado el desempeño mercantil de la Empresa Individual. El trabajo está dividido en cuatro capítu-

los cada uno de los cuales consta de varios títulos. En el primero titulado Las Consideraciones Jurídicas sobre el Negocio Individual, analiza la Empresa Mercantil, el empresario mercantil, la Empresa Mercantil Individual, la responsabilidad del Empresario Mercantil y el establecimiento mercantil del Negocio Individual. En el capítulo segundo, estudia el cambio de la situación jurídica de la Empresa Individual, las causas y los diversos aspectos de la conversión. En el capítulo tercero se ocupa de las modalidades de conversión del Negocio Individual en sociedad, analizando la problemática en algunos de las formas de sociedad que legisla la Ley de Sociedades Mercantiles. En el capítulo cuarto estudia las consecuencias jurídicas de la conversión en el Derecho Civil, Comercial, Laboral, Tributario, Administrativo y Penal.

ORE ARAMBULO, Daniel. "Introducción al Estudio de las Bases de la Constitución de 1823".

El autor, en la parte introductiva, explica la importancia del estudio de las Bases para comprender nuestra primera constitución, divide la tesis en sus capítulos. En el primero plantea la problemática de las Fuentes Bibliográficas para el estudio de las Bases de la Constitución de 1823, señalando que son escasas. En el segundo capítulo se ocupa de los antecedentes histórico-políticos de las Bases. En el capítulo tercero titulado Sentido de las Bases de la Constitución de 1823, analiza la influencia ideológica de la Revolución Francesa, norteamericana y del pensamiento liberal-racionalista del siglo XVIII, así como los principios esenciales contenidos en las Bases. En el capítulo cuarto hace un análisis de los 24 principales artículos de las Bases para luego en el capítulo quinto, establecer la relación con la constitución de 1933. En el último capítulo se hace un análisis del cumplimiento de los 24 artículos de las Bases, buscando en la realidad social del Perú las razones por las que algunos principios no se cumplieron.

PAREDES LENGUA, Jorge, "El delito de homicidio calificado o agravado en el Código Penal peruano".

Este trabajo, destinado a examinar la norma contenida en el artículo 152 del Código Penal, modificado por el artículo 6 del Decreto-Ley 19910, ha sido dividido en 5 capítulos, siendo de particular

interés el capítulo tercero, en el que se estudia el tipo legal del delito de homicidio calificado o agravado; el capítulo cuarto, dedicado a analizar la aplicación judicial del artículo 152 del Código Penal por la Corte Suprema de Justicia de la República, para lo cual se tienen en cuenta diversas ejecutorias; y, el capítulo quinto, en el que se considera el delito de homicidio calificado o agravado en la legislación comparada.

Los capítulos primero y segundo son de índole introductorio y están dedicados a explicitar aspectos generales del delito de homicidio y a revisar los antecedentes legislativos de la figura delictiva en estudio en nuestro país. La bibliografía consultada es amplia.

PORRAS MELGAR, René. "De los bienes inmuebles con valor artístico en la legislación peruana. Planteamientos para su conservación y protección".

Intenta esta tesis ampliar el campo jurídico tradicional, incorporándole aspectos poco comunes. En este orden de ideas, el autor ha hecho acopio de buen número de normas legales que tratan del particular y hace un interesante análisis de la jurisprudencia al respecto.

El trabajo se enfoca desde tres puntos de vista: el que atañe al Derecho Constitucional, por la relación que el autor advierte entre los monumentos con valor artístico y la personalidad de la Nación; el que toca al Derecho Civil por la vinculación inexcusable con las limitaciones a los derechos reales y concluye con sugerencias competentes al campo tributario a fin de establecer incentivos que alienten la conservación de inmuebles artísticos.

RODRIGUEZ ITURRI, Roger, "El Homicidio Eutánico".

El trabajo está dividido en seis capítulos y un anexo, dedicado al estudio de la eutanasia lenitiva —de la cual el autor se manifiesta partidario— y de la eutanasia occisiva, la cual rechaza. El primer capítulo versa sobre las nociones generales sobre la eutanasia. En él el autor define esta figura y la distingue de la eugenesia, la ortotanasia, la distanasia y la eutelegenesia. El segundo capítulo presenta algunos interesantes casos de eutanasia tomados de la realidad. En el tercer capítulo se examinan los aspectos

jurídicos relativos a la eutanasia y las diversas posiciones doctrinarias sobre el tema. En el capítulo cuarto y quinto el autor examina, respectivamente, el problema de la eutanasia ante la medicina, ante la moral y ante la filosofía y en el capítulo sexto, la eutanasia frente a la legislación comparada y peruana.

SALOM OLORTEGUI, Julio B. "La Adjudicación de Tierras con fines de Reforma Agraria en el Perú".

Señala el autor que "en el contexto de los países denominados del "tercer mundo", el Perú ofrece, a la fecha actual, perspectivas definitivamente orientadas a la constitución de una nueva sociedad. Es por esta razón que consideramos imprescindible el estudio del papel que en tal nacimiento juega la Reforma Agraria".

En este contexto, la tesis estudia en diez capítulos el tema de la adjudicación. Los capítulos primero y segundo están dedicados a un análisis de la tenencia de la tierra en el Perú y a los objetivos de la reforma agraria. El tercero y el cuarto se ocupan de la nueva estructura agraria creada a partir de la Ley No. 17716, así como del sistema de adjudicación dentro de los modelos de la reforma agraria latinoamericana. El quinto se ocupa de la planificación y ejecución de las acciones de reforma agraria.

El capítulo sexto analiza las personas jurídicas beneficiarias, examinándose las nuevas formas empresariales creadas por la Ley. Un acápite está destinado al estudio de las comunidades campesinas como adjudicatarias.

En el capítulo séptimo se plantea el tema de las personas naturales adjudicatarias, con especial referencia a los campesinos con derechos preferenciales y a las clases diversas de beneficiarios.

Los capítulos restantes están dedicados al estudio del régimen de adjudicación, resaltando el décimo, en el que se analizan tres casos de adjudicación de predios rústicos en el Departamento de Lima, dos de ellos en la provincia de Chancay y uno en Cañete.

SARMIENTO CAMINO, Jaime. "El Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú".

El trabajo de tesis lo desarrolla el graduando a través de cuatro capítulos.

En el capítulo I el autor se ocupa de la delimitación conceptual del Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, ensayando una definición, señalando sus elementos constitutivos, explicando su naturaleza jurídica y relevando su carácter social e importancia.

El capítulo II está dedicado a ubicar el Seguro de Responsabilidad Civil dentro del ordenamiento legal. Para ello, estudia la Responsabilidad Civil Extracontractual dentro del ámbito de la doctrina y legislación civil, para luego ubicar el Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual dentro del texto y contexto del Código de Comercio.

El capítulo III lo dedica el autor a las regulaciones de la responsabilidad civil asegurable en nuestro país, estudiando disposiciones legales distintas a las del Código Civil, que han previsto situaciones que pueden generar Responsabilidad Civil, dedicando especial atención a los accidentes de trabajo, así como a los daños que pueden ocurrir en playas de estacionamiento, establecimientos de hospedaje, así como los daños que puedan producirse a través de productos de diversas clases, particularmente de los que han sido materia de regulación por el Código Sanitario.

El IV y último capítulo lo dedica el graduando a la aplicación del Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual en nuestro medio, capítulo dentro del cual estudia también la aplicación práctica del Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual, sub-capítulo que reviste especial interés.

TAXA ROJAS, David Fernando. "El Préstamo Minero con Garantía Prendaria".

Este trabajo se inicia con una Introducción destinada a resaltar la importancia de la minería en la economía y el desarrollo del país, así como a relevar el papel del crédito en esta industria.

La tesis está dividida en dos partes. La primera está destinada al estudio del préstamo minero, en la cual el autor delimita su concepto y trata sus características, elementos personales, objeto y formalidades requeridas para su constitución. La segunda parte, que constituye lo principal del trabajo, está destinada al estudio de la prenda minera.

Cinco de los seis capítulos de la tesis están destinados a estudiar este tema, lo cual se hace desde una perspectiva doctrinaria y legal. Los temas que se estudian con mayor detenimiento son: requisitos

para la constitución de prenda minera (sujetos capaces para constituirla, bienes que pueden gravarse y formalidades), efectos de la constitución, tanto para el deudor prendario, como para el acreedor prendario y extinción de la garantía prendaria. El trabajo presta especial importancia al análisis de las disposiciones pertinentes de la Ley General de Minería (Decreto Ley No. 18880).

El capítulo final constituye una breve referencia a la legislación sobre esta materia en tres países latinoamericanos.

TINCOPA MONTROYA, Nilda. "La Mujer Casada en el Ejercicio del Comercio en el Perú".

La tesis está dividida en una introducción y cinco capítulos, respectivamente dedicados a analizar la situación de la mujer casada, en orden al ejercicio de la actividad mercantil, en el antiguo Código de Comercio de 1902 y otras del Código Civil de 1936, en la doctrina francesa, en la ley española y en las de algunos países latinoamericanos.

De estos capítulos, el principal resulta ser el segundo, en el cual la autora intenta una confrontación entre ciertas disposiciones del Código de Comercio de 1902 y otras del Código Civil de 1936, en la medida en que unas y otras son o parecen ser incompatibles. El esfuerzo se refiere, sobre todo, a las normas referentes a la autorización marital y la forma que debe revestir, a la venia judicial supletoria, a la revocación de la autorización, y a los bienes sobre los cuales recae la responsabilidad que contraiga la mujer como consecuencia de su actividad mercantil.

TOLA NOSIGLIA, José. "Aspectos Jurídicos del Mercado de Valores. La Oferta de Valores. Los Fondos Mutuos y las Sociedades de Inversión".

El trabajo de tesis acometido por el autor, comprende tres capítulos referido cada uno de ellos a las materias que han servido para la intitulación de la tesis.

El Capítulo I está referido al concepto y alcances del Mercado de Valores abarcando en él diversos aspectos del mismo. Así, delimita el concepto de Mercado de Valores y señala la participación de las personas entidades que pueden intervenir como in-

termediarios, indicando los valores susceptibles de negociarse. Estudia los mecanismos del Mercado de Valores, recomienda medidas para su vigorización y trata el régimen del control que se ejerce sobre el Mercado de Valores a través de la Comisión Nacional supervisora de Empresas y Valores. Concluye este capítulo con el análisis del Mercado de Valores en nuestro país, haciendo referencias al Mercado Bursátil y ensayando conclusiones en cuanto a los factores que determinan la actual situación del Mercado de Valores Peruano.

El Capítulo II está referido a la Oferta de Valores. Partiendo del concepto de Oferta, el graduando realiza una clasificación para luego dejar sentadas una serie de condiciones en cuanto al alcance de la Oferta Pública en la Legislación. Se ocupa también del control que se ejerce sobre la Oferta de Valores para luego estudiar la Oferta Pública en comparación con la Oferta Bursátil.

El Capítulo III se ocupa de los Fondos Mutuos y Sociedades de Inversión. En él desarrolla el graduando el concepto de inversión colectiva, de la evolución histórica de las entidades de inversión colectiva, de las formas jurídicas mediante las cuales se organizan y de las ventajas de la existencia de estas entidades. Se ocupa también de la llamada cláusula de rescate, pronunciándose a favor de su incorporación a nuestro ordenamiento legal. En el mismo capítulo se ocupa también de las políticas de inversión y de la diversificación de la Cartera de Valores, para culminar el estudio de las entidades de inversión colectiva de nuestro país, pronunciándose a favor de su Regularización.

ZAFRA POSADAS, Hernán. "El Juicio de Alimentos".

La tesis está dividida en cuatro capítulos. El primero está dirigido a tratar los alimentos desde el punto de vista doctrinario, refiriéndose expresamente al fundamento y naturaleza jurídica de esta figura; así como a sus características, clasificación y condiciones para reclamar alimentos.

En el capítulo segundo, el autor trata el juicio de alimentos en el Código de Procedimientos Civiles. Especialmente interesante resulta la encuesta realizada en la realidad judicial, respecto del número de causas que sobre alimentos se han proseguido en el distrito judicial de Lima durante dos años.

El capítulo tercero se ocupa de la legislación extranjera sobre esta materia y sobre los proyectos nacionales de reforma.

En el último capítulo se analiza el proyecto de

juicio de alimentos que formulara la Comisión Reformadora del Código de Procedimientos Civiles. Esto se hace desde el punto de vista de las nuevas corrientes procesales, vinculando el análisis con los anteriores proyectos.

RECENCIONES

"LA PROTECCION INTERNACIONAL DE LAS DENOMINACIONES GEOGRAFICAS DE LOS PRODUCTOS". Carlos Fernández Novoa. Editorial Tecnos, Madrid, 1970, 228 páginas.

El doctor Carlos Fernández Novoa, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Santiago (España), y uno de los principales promotores del estudio de la Propiedad Industrial en nuestra lengua, nos brinda este muy interesante y precursor estudio.

La obra comprende prólogo, siete capítulos, índices de siglas y bibliográfico, y cuatro apéndices en donde se transcriben las principales disposiciones del Convenio de la Unión de París, el Arreglo de Madrid, el Arreglo de Lisboa y el tratado Franco-Alemán, sobre indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y otras denominaciones geográficas, es decir, los principales instrumentos jurídicos para la protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos.

Con la confesada finalidad de revelar la necesidad de "arbitrar medidas jurídicas que protejan adecuadamente en el plano internacional las denominaciones geográficas de los productos" (pág. 10), el profesor Fernández inicia su estudio comentando el importante rol que las mencionadas denominaciones tienen en el campo del comercio exterior. Analiza luego los diversos sistemas legales de protección, que bien pueden otorgar primacía a los intereses de los consumidores o a las empresas interesadas, y sus vinculaciones con el Derecho de la competencia desleal o con el régimen jurídico de los signos distintivos de las mercancías. Pasa posteriormente a referirse al discutido tema de las diferencias entre las indicaciones de procedencia y las denominaciones de origen en los sistemas alemán, francés y español.

En el capítulo II, al examinar los diferentes tipos de denominaciones geográficas, de acuerdo a su poder distintivo y a la exclusividad del derecho de sus titulares, trata de los términos deslocalizadores, de los cambios de significado y de la vulgarización de aquellas.

El autor realiza un examen certero de las decisiones de algunos tribunales europeos en recientes y afamados casos, tales como el de la "Cerveza Bávara", el del "Spanish Champagne" y el del "Sherry". Esta parte del estudio es muy valiosa, pues permite al lector apreciar la vigencia real de las normas jurídicas en diferentes países así como sus diferencias, y concluir desde la perspectiva más adecuada a sus intereses individuales o nacionales, sobre la necesidad de ratificar, modificar y/o crear nuevas normas en el campo internacional para la protección de las denominaciones geográficas.

La protección a las denominaciones geográficas a través de los artículos 9 y 10 del Convenio de la Unión de París de 1883, los intentos para su revisión en diversos encuentros internacionales y las modificaciones introducidas en Londres en 1934 y en Lisboa en 1958 es estudiada en el Capítulo IV. Pero son especialmente los Arreglos posteriores que intentan reforzar dicha protección, lo que es estudiado en detalle por el autor. Así, en el Capítulo V, se ocupa del Arreglo de Madrid de 1891 y sus modificaciones y adiciones posteriores; convenio que tiene por finalidad la represión de las falsas indicaciones de procedencia en las mercancías. Estudia las sanciones previstas en tal convenio, tales como el comiso, la prohibición de importación, etc. . . que deberán aplicarse al producto que lleve una falsa indicación o que pueda por diversos medios publicitarios inducir a error al público sobre el origen de los productos, así como también cuáles son las de-

nominationes (apelaciones) que por su carácter genérico quedan fuera de las disposiciones del Arreglo de Madrid.

El capítulo VI trata del Arreglo de Lisboa, que entró en vigor en 1966, y es el relativo a la protección de las denominaciones de origen y su registro internacional. El autor analiza en primer término los diferentes procedimientos, tales como el reconocimiento legislativo, o el judicial, o el de la inscripción administrativa, por medio de los cuales una denominación de origen llega a ser reconocida como tal en un país determinado. Posteriormente, se refiere al reconocimiento internacional de las mismas mediante su inscripción en el Registro de la Oficina de la Unión de París, y los derechos que de ésta emanan.

En el capítulo VII, por último, estudia en detalle el Tratado Franco-Alemania de 1960 para la protección de indicaciones de procedencia, denominaciones de origen y otras denominaciones geográficas, el mismo que ha servido de base a otros tratados bilaterales, así como también disposiciones del tratado Suizo-Alemania de 1967 sobre el mismo tema. Examina, para ilustrar su explicación, algunas recientes decisiones judiciales basadas en el tratado Franco-Alemania antes mencionado.

Es, en resumen, un libro que abre trocha en cuanto significa un estudio serio y precursor en nuestra lengua en el campo de la protección jurídica internacional de las denominaciones geográficas. Su lectura es amena y el tratamiento del tema adecuado. El autor revela amplios conocimientos y realiza frecuentes y precisas citas bibliográficas, sobre todo en alemán, que son prácticamente imposibles de hallar en nuestro medio. Este libro se convierte así, en un auxiliar indispensable para los estudiosos de la Propiedad Industrial.

Aunque el Perú y otros países miembros del Acuerdo de Cartagena no son miembros del Convenio de la Unión de París y de los Arreglos comentados, el proceso de integración que traerá como consecuencia un fuerte incremento en el comercio nos revelará la necesidad de protegernos de las falsas indicaciones de procedencia en las mercancías así como del explícito amparo que deberán tener nuestras denominaciones de origen. El libro que comentamos es, desde este punto de vista, un valioso avance sobre los problemas que habremos de encarar, y el Profesor Fernández Novoa ha cumplido a cabalidad con aquella finalidad que se había propuesto, esto es, revelar la necesidad de "arbitrar medidas jurídicas que protejan adecuadamente en el plano interna-

cional las denominaciones geográficas de los productos".

Baldo Kresalja Rossello

"DERECHO MINERO PERUANO". Jorge Basadre Ayulo. Imp. Villanueva, Lima, 1974. 186 páginas.

Sobre un tema de vital importancia en nuestra vida económica por su complejidad, significado, raíces históricas y proyecciones futuras, se encuentra en circulación la obra Derecho Minero Peruano, publicada por el Dr. Jorge Basadre Ayulo, quien con mérito indudable en forma seria, persigue, como el mismo autor lo determina, "divulgar ideas y aclarar conceptos" respecto a nuestra actual legislación minera.

El libro en cuestión es una obra minuciosa, lo que queda demostrado, sin lugar a dudas, por el hecho de que todo lo que en él se dice está ligado a la experiencia concreta del ejercicio diario de la profesión, acompañado, por cierto, de un conocimiento doctrinario vasto sobre la materia.

Para comprender el aporte del Dr. Jorge Basadre Ayulo a la concepción global de la legislación minera de nuestro país y para situar este libro dentro de la adecuada perspectiva técnica y didáctica, toda vez que se encuentra dirigido a todas aquellas personas interesadas o vinculadas directa o indirectamente a la actividad minera sin distinción alguna de su especialización, sean pues estudiantes, abogados, industriales, geólogos, etc., el autor analiza en forma exhaustiva desde sus orígenes la problemática jurídica que plantea el derecho minero en lo que se refiere a su propia existencia y a su profunda interrelación con las otras ramas del Derecho, sin dejar de lado, por cierto, el status jurídico a que se encuentran sujetos al suelo y subsuelo nacional, que pueden ser materia de alguna actividad minera respecto de quien posee la capacidad y obtiene los derechos pertinentes. Examina también las perspectivas de dichas actividades a través del tiempo y en sus distintas etapas cronológicas de producción, tales como el cateo, la prospección, la exploración, la explotación, el color general, el beneficio, la refinación y la posterior comercialización de los productos mineros, actividades todas que son estudiadas desde un punto de vista objetivo y teniendo en cuenta los diversos requisitos, derechos, obligaciones y consecuencias jurídicas que de ellas se desprenden.

Por otro lado, el autor no prescinde de enfocar temas de notable importancia que coadyuvan al proceso minero y que le son imprescindibles, tales como las sociedades legales y contractuales dedicadas al sector minero; la jurisdicción minera en razón de que el sujeto público acreedor de derechos mineros requiere en contraposición la existencia de órganos y normas que cautelen los derechos mineros adquiridos y los conflictos de intereses surgidos a fin de garantizar el desarrollo armónico y dinámico de la minería; la contratación minera, que por la naturaleza de su actividad exige pautas aplicables al régimen minero común, aplicándose en forma supletoria y especial el derecho común; la tributación minera, en la cual el autor expone las distintas normas que dentro de la ley se encuentran dirigidas a mantener una mayor actividad minera y el régimen impositivo

a que se encuentran afectas las personas naturales o jurídicas dedicadas a la minería y, en especial, al régimen aplicable al pequeño productor minero. También son objeto de estudio la comunidad minera y de compensación minera, tema que por la persistente importancia que tiene hoy en día es afrontado por el autor desde su punto de vista económico e institucional, con una absoluta independencia de criterio, sin encontrarse ligado de manera alguna a intereses de grupo.

En definitiva, el enfoque del autor, según se trasluce a lo largo de toda la obra, es objetivo y visiblemente apolítico y el esfuerzo que realiza en ligar en forma seria y coherente ambos aspectos es encomiable.

Avelino Aramburú Heudebert

CRONICA DEL CLAUSTRO

AÑO ACADEMICO DE 1974

Dirección de Programa

Hasta comienzos de mayo de 1974 ejerció el cargo de Director de Programa el Dr. Roberto Mac Lean Ugarteche, función para la cual fue elegido en julio de 1972. El Dr. Mac Lean renunció por motivos personales, desempeñando interinamente el cargo hasta la designación del nuevo Director, el Dr. Mario Pasco Cosmópolis. El 4 de julio de 1974, fue elegido Director de Programa el Dr. Carlos Rodríguez Pastor.

La Dirección de Programa estuvo integrada por el Director y por los profesores Mario Pasco, Enrique Normand, Lorenzo Zolezzi, Guillermo Figallo, Enrique Lastres, Oscar Alzamora y Miguel de Althaus, quien posteriormente fue reemplazado por el Dr. Alonso Polar. El tercio estudiantil estuvo integrado hasta el mes de agosto por los señores Pablo Ferrero, Raúl Vizcarra, Jorge Picasso y por la señora Pilar Koechlin. Posteriormente, fueron elegidos por un nuevo periodo los señores Juan G. Gastañeta, Eduardo Calmell del Solar, Gonzalo Montero y César Luna Victoria.

Desempeñó la Secretaría del Programa el Dr. Roger Rodríguez Iturri.

Departamento de Derecho

La Jefatura del Departamento de Derecho fue ejercida por el Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien fue elegido para el cargo por un periodo de tres años en junio de 1973. El Comité Asesor del Departamento está integrado por los profesores Fernando de Trazegnies, Mario Pasco y Fernando Vidal, así como por el Dr. Carlos Rodríguez Pastor, quien lo integra en su condición de Director del Programa.

Programa Ford

La Universidad celebró un nuevo convenio con la Fundación Ford, el mismo que tiene por objeto central desarrollar la investigación jurídica. Dentro del marco de este nuevo programa viajaron becados a la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin los ex alumnos Luis Chirinos y Alberto Bustamante. Con destino a la Universidad de Sussex, Inglaterra, viajó el profesor Marcial Rubio. Estos tres becarios deberán integrarse a la planta de profesores de la Universidad a su regreso.

Dentro de este mismo programa se extendieron invitaciones al profesor Stéfano Rodotá de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Roma y a la profesora Laura Nader de la Universidad de California en Berkeley, para que condujeran seminarios sobre temas vinculados a la investigación jurídica en Derecho Civil y en Antropología del Derecho, respectivamente. Ambos profesores visitantes permanecieron en Lima durante una semana. A los seminarios en cuestión asistieron profesores, ex alumnos y alumnos de nuestro Programa.

Igualmente, diversos especialistas peruanos dictaron charlas sobre sus respectivas experiencias en materia de investigación. Entre ellos figuraron los doctores Jorge Basadre, José León Barandiarán, Carlos Fernández Sessarego, Francisco Miró Quesada y Rafael Roncagliolo.

Congresos y Viajes.

El Dr. Jorge Avendaño V. viajó a la Escuela de Derecho de la Universidad de Wisconsin, donde permaneció en calidad de profesor visitante por un periodo de seis meses, conduciendo seminarios sobre temas de su especialidad y desarrollando una investigación sobre Propiedad.

Durante el mes de agosto, los doctores Jorge Avendaño V. y Javier de Belaunde viajaron, especialmente invitados, a Quito, Ecuador, para participar en un seminario sobre Reforma de la Enseñanza del Derecho organizado por la Universidad Católica de ese país.

El Dr. Roberto Mac Lean U. viajó a la Universidad de Leeds, Inglaterra, a donde fue invitado para dictar un curso de Derecho Latinoamericano. El Dr. Mac Lean permanecerá en Inglaterra un año.

El Dr. Fernando de Trazegnies viajó a Washington, invitado a participar en un seminario especialmente diseñado para discutir problemas vinculados a Bibliotecas de Escuelas de Derecho. Este seminario contó con los auspicios de la Asociación Internacional de Bibliotecas de Derecho. El Dr. José Hurtado Pozo viajó a Alemania, a participar en el Max-Planck Institut en un programa de investigación.

Cambio de local.

A consecuencia del sismo ocurrido el 3 de octubre de 1974, nuestra unidad académica se vio forzada a desocupar su antiguo local del Jr. Camaná, el cual se vio muy seriamente afectado. Después de un breve receso de actividades, el Programa reanudó sus funciones en la Ciudad Universitaria del Fundo Pando en aulas cedidas por otros Programas Académicos de la Universidad.

Actualmente se viene desarrollando el proyecto arquitectónico del nuevo edificio del Programa Académico de Derecho, el cual tendrá que afrontar serios problemas de financiamiento para su construcción. Entre tanto, se deberá seguir utilizando el escaso espacio disponible en los locales anteriormente aludidos.

Gobierno Universitario

El Dr. Fernando de Trazegnies integró el Consejo Ejecutivo de la Universidad en calidad de Director Universitario de Evaluación Pedagógica.

El Dr. Javier de Belaunde fue nombrado para integrar la Comisión de Reglamentos, la Comisión de Planeamiento y también la Comisión de Préstamos y Reclasificaciones, siendo luego sustituido en esta última por el Dr. Roger Rodríguez.

El Dr. Alfredo Ostojá continuó integrando la Comisión de Becas de Perfeccionamiento, Licencias y Bolsas de Viaje. Los Drs. Lorenzo Zolezzi y Guillermo Velaochaga integran el Jurado Electoral Central.

Consejo Editorial de la revista "Derecho".

El Consejo Editorial de la revista "Derecho", encargado de la preparación del No. 32 de la misma, estuvo integrado por los profesores Javier de Belaunde, Alfredo Ostojá y Marcial Rubio y por los alumnos Rosa María Santistevan, Edda Rivas y Juan Guillermo Lohmann. Estos últimos fueron seleccionados entre otros postulantes por ser aquellos de más alto rendimiento académico.

Nuevos Profesores.

Durante el año académico 1974 se incorporaron al claustro los profesores Luis Bedoya de Vivanco, Jack Bigio Chrem, Luis Castañeda, Manuel de la Puente, Mario Ferrari, Luis Hernández, Ricardo La Hoz, José León Barandiarán Hart, Arnaldo Meneses, Roger Rodríguez y José Santos Chichizola. Merece destacarse de manera especial la reincorporación a la docencia del Dr. Carlos Rodríguez Pastor, antiguo profesor de la Universidad y actualmente Director del Programa Académico de Derecho.

Alumnado

Durante 1974 se matricularon en el primer semestre 489 alumnos. Durante el segundo semestre, los matriculados fueron 486.

Egresados

En diciembre de 1974 egresaron 120 alumnos, divididos en dos secciones, de nuestro Programa, los que integran la promoción "Enrique Normand Sparks" y "Juan Armando Lengua Balbi". El número de egresados en diciembre de 1973 alcanzó tan sólo a 76 alumnos.

Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Se sigue realizando, dentro del programa previsto, el trabajo de investigación de los temas de Derecho Familiar, basado fundamentalmente en la recopilación de ejecutorias y su clasificación; y, en el caso específico de las de filiación ilegítima y alimientos, concordándolas.

También ha continuado prestando asesoramiento, dentro de los lineamientos que tiene fijados, a los ex alumnos que están preparando su tesis de Bachiller en Derecho sobre filiación ilegítima, separación de bienes y divorcio. En estos casos, se pone a disposición de aquellos el material obtenido en la investigación que se encuentra disponible en los ficheros y se les brinda orientación para la recopilación de ejecutorias.

El trabajo sobre sucesión hereditaria que realiza el Dr. José León Barandiarán, ya ha sido terminado en la fase relativa a reunir toda la jurisprudencia suprema publicada sobre el tema y ya se ha iniciado la etapa final del trabajo, que comprende la clasificación temática de las ejecutorias y el comentario crítico de su contenido.

La investigación sobre la Soberanía Marítima del Perú hasta las 200 millas, que realiza el Dr. Eduardo Ferrero, se encuentra avanzada y en breve término se entregará la primera parte de la misma.

Se ha comunicado al Instituto la próxima entrega del trabajo sobre el Estado de la Profesión Legal en Lima, conducido por el profesor Lorenzo Zolezzi ya listo para ser publicado en su primera parte.

El trabajo sobre Las Líneas de Tendencia en la Jurisprudencia Suprema sobre Habeas Corpus (complementario del ya publicado sobre El Habeas Corpus Interpretado), realizado por el Dr. Domingo García Belaunde, ya ha sido terminado y entregado al Instituto.

En el mes de setiembre, el Director del Instituto pidió licencia por el término de seis meses y el Consejo Ejecutivo de la Universidad acordó constituir un Comité Especial, integrado por el Director del Programa de Derecho, el Jefe del Departamento de Derecho y el Director Titular del Instituto para resolver los problemas que pudieran presentarse mientras dure la licencia referida. Asimismo, acordó encargar los asuntos administrativos del Instituto al señor Santiago Lavado Palacios P.

LOS AUTORES

José Luis Bustamante y Rivero, Doctor en Derecho, ex-Presidente de la República (1945-1948), ex-Presidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, estadista y jurista de reconocido prestigio, cuyos aportes al Derecho del Mar son de particular importancia. **Enrique García Sayán**, Doctor en Derecho, ex-Ministro de Relaciones Exteriores en el régimen del Dr. Bustamante y Rivero. Autor de la norma que fijó las 200 millas de mar territorial. **Raúl Ferrero Rebagliati**, Doctor en Derecho, Abogado, ex-Ministro de Estado, ex-Decano del Colegio de Abogados de Lima y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica. Profesor del Departamento de Derecho. Enseña Teoría del Estado. **Eduardo Ferrero Costa**, Abogado, profesor a medio tiempo de nuestro Departamento de Derecho. Tiene a su cargo los cursos de Derecho Internacional Público y Seminario de Derecho Internacional.

Mario Alzamora Valdez, Doctor en Derecho, Abogado, Profesor Emérito de nuestra Universidad. Profesor en nuestro Programa Académico de Derecho. En 1974 enseñó Derecho Procesal Civil (Teoría General del Proceso). **Manuel T. Álvarez Simonetti**, Abogado, egresado de nuestro Programa Académico en 1973. Se publica una síntesis de la tesis con que optó el grado de Bachiller en Derecho. **Jorge Avendaño Hubner**, Doctor en Medicina. Profesor de Medicina Legal en nuestro Programa Académico. **Javier de Belaúnde L. de R.**, Abogado, profesor a tiempo completo de nuestro Departamento de Derecho. Enseña Introducción al Derecho (para estudios Generales), Personas Jurídicas y Seminario sobre Empresas Públicas. **Jack Bigio Ch.**, Abogado, profesor en nuestro Programa Académico de Derecho Civil (Contratos). **José Alberto Bustamante Belaúnde**, Bachiller en Derecho, egresado de nuestro Programa Académico en 1973. Actualmente sigue estudios de postgrado en la Universidad de Wisconsin. **Domingo García Belaúnde**, Doctor en Derecho, Abogado, profesor a tiempo parcial en nuestro Departamento de Derecho. Enseña Derecho Constitucional Peruano y Derecho Constitucional Especial. **José Hurtado Pozo**, Doctor en Derecho, Abogado, profesor a medio tiempo de nuestro Departamento de Derecho, especialista en Derecho Penal. Actualmente realiza estudios e investigación en el Max-Planck-Institut en Alemania. **José León Barandiarán**, Doctor en Derecho, Abogado, distinguido jurista y maestro universitario, autor de varias obras sobre diversos temas de Derecho, principalmente Derecho Civil. **Humberto Medrano Cornejo**, Abogado, profesor de Derecho Tributario en nuestro Programa Académico. **Alfredo Ostoja L.A.**, Abogado, profesor a tiempo completo de nuestro Departamento de Derecho. Enseña Derecho de Transporte y Derecho Aeronáutico. **Luis H. Pásara**,

Abogado, profesor en nuestro Programa Académico de Introducción al Derecho, Comunidades Laborales, Historia del Derecho Peruano y Cooperativas Agrarias y Comunidades Campesinas. **Mario Pasco C.**, Abogado, profesor en nuestro Programa Académico de Derecho Laboral y de Seguridad Social. **Orlando de los Ríos de Romaña**, Abogado, egresado de nuestro Programa Académico en 1972. Publicamos un trabajo basado en la tesis con la cual optó el grado de Bachiller en Derecho. **Marcial Rubio Correa**, Abogado, profesor de Derecho Administrativo en nuestro Programa Académico. Actualmente sigue estudios de post-grado en la Universidad de Sussex, Inglaterra. **Fernando de Trazegnies G**, Abogado, profesor a medio tiempo en nuestro Departamento de Derecho. Enseña Filosofía del Derecho y Metodología de la Investigación Jurídica. **Fernando Vega Santa Gadea**, Abogado, Profesor de Derecho Penitenciario en nuestro Programa Académico. Fue Director de Establecimientos Penales entre 1967-1968. **Fernando Vidal Ramírez**, Abogado, profesor de nuestro Programa Académico. Enseña Derecho Civil. Es Presidente de la Bolsa de Valores de Lima. **Alberto Wray**, Abogado, profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica del Ecuador.

**Impreso en Editora ItalPerú S.A.
Av. La Marina 3274 - San Miguel**

El régimen laboral de los artistas, Mario Pasco Cosmópolis	229
Aplicación por la Corte Suprema de la República del Artículo 199 del Código Penal sobre violación de menores, Orlando de los Ríos de Romaña	240
Evolución de la participación patrimonial de las comunidades laborales, Marcial Rubio Correa	260
El Rol político del Abogado litigante, Fernando de Trazegnies Granda	272
Coordenadas para la formulación de una política penitenciaria peruana, Fernando Vega Santa Gadea	290
Derecho y Realidad: la enseñanza legal en la sociedad sub-desarrollada, Alberto Wray	301

NOTAS Y COMENTARIOS

Posibilidades de que una Asociación pueda estar integrada por otras asociaciones, **Jack Bigio**

Chrem	309
Irreivindicabilidad de los títulos negociados en Bolsa, Fernando Vidal Ramírez	313

INFORMES

Informes sobre el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial	
— Mario Alzamora Valdez	317
— Fernando de Trazegnies G.	320
El sistema jurídico y la protección de los Derechos Humanos. Informe final de la Misión a Chile de la Comisión Internacional de Juristas.	334

DOCUMENTO

Compra-venta de un esclavo.	356
-----------------------------	-----

* Jurisprudencia comentada 363 * Nuestras tesis 393 *
 Recensiones Bibliográficas 405 * Crónica del Claustro 408 *
 Los autores 417

DERECHO es una publicación anual del Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú — Apartado 1761, Lima.

No. 32 — Noviembre de 1974 * Consejo Editorial: **Javier de Belaunde, Alfredo Ostoja, Marcial Rubio, Juan Guillermo Lohmann, Edda Rivas, Rosa María Santistevan.**

