



DERECHO *puc*

SUMARIO

CÓMO ESTUDIAR DERECHO CONSTITUCIONAL. (UNA DÉCADA MÁS TARDE.)

Domingo García Belaunde

LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN ESPAÑA. REFLEXIONES EN TORNO AL ARTÍCULO 8 DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Francisco Fernández Segado

DERECHO DE PREFERENCIA DE LOS ACCIONISTAS

Manuel de la Puente y Lavalle

THE ORIGINS OF THE INSTITUTIONALIZED GUILTY PLEA IN THE UNITED STATES: SOME LESSONS FROM THE HISTORY

Mike McConville

LOS PROBLEMAS DE LAS LIMITACIONES DE RESPONSABILIDAD EN EL CAMPO DE LOS TRANSPORTES DE MERCANCÍAS

Victor Humberto Lazo L.

EL CONSEJO NACIONAL DE LA MAGISTRATURA

Lorenzo Zolezzi Ibárcena

LA NULIDAD DE COSA JUZGADA FRAUDULENTO Y LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Anibal Quiroga León

IMPUNIDAD DE PERSONAS CON PATRONES CULTURALES DISTINTOS

José Hurtado Pozo

EL *RIGHT OF PRIVACY* NORTEAMERICANO Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL PERÚ. ESTUDIO COMPARADO

Juan Morales Godo

DERECHO-PUC

Diseño de la edición: Antonio Luya Cierzo
Cuidado de la edición: Antonio Luya Cierzo
Diagramación: Gina León M.
Carátula: Andrea Zolezzi y Paola Miani

Copyright © 1996 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad
Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.
Lima 100 - Perú. Telfs. 462-2540, anexo 200, y 462-6390

El contenido de los artículos publicados en *DERECHO-PUC* es respon-
sabilidad exclusiva de sus autores

Las tarifas de suscripción pueden verse en la última página de la revista

Derechos reservados
ISSN: 0251-3412

DERECHO *PUC*

Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Número 49

Diciembre de 1995

CONSEJO EDITORIAL

Editor General

ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Asociado*

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, *Decano*

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Profesor Principal*

ENRIQUE LASTRES BERNINZON, *Profesor Principal*

BALDO KRESALJA ROSELLÓ, *Profesor Principal*

IVÁN MEINI MÉNDEZ, *Representante estudiantil*

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

AUTORIDADES

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, *Decano*
JAVIER NEVES MUJICA, *Jefe de Departamento*
ELVIRA MÉNDEZ CHANG, *Directora de Estudios*
CARLOTA CASALINO SEN, *Secretaria Académica*

CONSEJO DE FACULTAD

LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA, *Decano*
JORGE AVENDAÑO VALDEZ, *Profesor Principal*
RÓGER RODRÍGUEZ ITURRI, *Profesor Principal*
FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA, *Profesor Principal*
ARMANDO ZOLEZZI MÖLLER, *Profesor Principal*
CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS, *Profesor Asociado*
JAVIER NEVES MUJICA, *Profesor Asociado*
ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Asociado*
JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ-MORENO, *Profesor Auxiliar*
CARLOTA CASALINO SEN, *Secretaria Académica*

Tercio estudiantil

JOSÉ JUAN HARO SEIJAS
CRISTINA HUERTAS LIZARZABURU
IVÁN MEINI MÉNDEZ
CARLOS M. VILLALOBOS BLONDET

PERSONAL ADMINISTRATIVO

Asistentas

MARÍA YSIMURA GARRIDO, *Asistente Académica*
MARINA PACHECO PONCE, *Asistente Administrativa*

Secretarias

ANA MARÍA ASMAT DÍAZ, *Decanato*
MANUELA FERNÁNDEZ CASTILLO, *Dirección de Estudios*
MARÍA CELESTE VÁSQUEZ G., *Secretaría Académica*
GLORIA QUINCOT PAREJA, *Grados y Títulos*
FIORELLA ALVARADO PAGANINI, *Apoyo a Docentes*
LUZ MARÍA ROJAS LUCICH, *Mesa de Partes*
GRACIELA LOLI JARAMILLO, *Mesa de Partes*
PAULA CALDERÓN MALLMA, *Jefatura del Departamento*
GRACIELA NINANCURO HUAMÁN, *Mesa de Partes del Departamento*

Auxiliares

FILIBERTO TARAZONA FLORES, *Atención a Alumnos*
MAURO CALDERÓN GALINDO, *Despacho, Mantenimiento y Control*
AURELIANO CÓNDOR PALMA, *Despacho, Mantenimiento y Control*
ESTEBAN LAURA DELGADO, *Despacho, Mantenimiento y Control*
MIGUEL TUCNO CORPUS, *Despacho, Mantenimiento y Control*
JORGE CHÁVEZ RAMÍREZ, *Despacho, Mantenimiento y Control*
BERNARDO SIGÜENZA, *Departamento de Derecho*

PROFESORES

Profesores Honorarios

DANIEL O. BERNSTINE, *Universidad de Wisconsin*
CARLOS ROBERTO REINA, *Universidad de Honduras*

Profesores Eméritos

HÉCTOR CORNEJO CHÁVEZ
CARLOS RODRÍGUEZ PASTOR

Profesores Principales

JORGE AVENDAÑO VALDEZ
JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
JULIO CÉSAR BARRENECHEA CALDERÓN
ENRIQUE BERNALES BALLESTEROS
CARLOS BLANCAS BUSTAMANTE
MIGUEL DE ALTHAUS GUARDERAS
JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA
CÉSAR DELGADO BARRETO
FRANCISCO EGUIGUREN PRAELI
ENRIQUE ELÍAS LAROZA
CÉSAR FERNÁNDEZ ARCE
EDUARDO FERRERO COSTA

GUILLERMO FIGALLO ADRIANZÉN
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
BALDO KRESALJA ROSELLÓ
ENRIQUE LASTRES BERNINZON
HUMBERTO MEDRANO CORNEJO
JAVIER NEVES MUJICA
RENÉ ORTIZ CABALLERO
FELIPE OSTERLING PARODI
MARIO PASCO COSMÓPOLIS
JORGE RAMÍREZ DÍAZ
DELIA REVOREDO MARSANO
RÓGER RODRÍGUEZ ITURRI
MARCIAL RUBIO CORREA
FERNANDO DE TRAZEGNIÉS GRANDA
JORGE VEGA VELASCO
GUILLERMO VELA CHAGA MIRANDA
FAUSTO DAVID VIALE SALAZAR
LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA
ARMANDO ZOLEZZI MÖLLER

Profesores Asociados

BENJAMÍN JULIO AGUILAR LLANOS
WALTER JORGE ALBÁN PERALTA
JACK BATIEVSKY SPACK
CARLOS ENRIQUE BECERRA PALOMINO
JACK BIGIO CHREM
ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ
CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
VÍCTOR FERRO DELGADO
HUGO FORNO FLÓREZ
DIEGO GARCÍA SAYÁN LARRABURE
CÉSAR GUZMÁN-BARRÓN SOBREVILLA
LUIS HERNÁNDEZ BERENGUEL
CÉSAR LANDA ARROYO
CÉSAR LUNA-VICTORIA LEÓN
ROGELIO LLERENA QUEVEDO
ELVIRA MÉNDEZ CHANG
CARLOS MONTOYA ANGUERRY
VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA
ANÍBAL QUIROGA LEÓN
JULIO SALAS SÁNCHEZ
CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO
JOSÉ CARLOS UGAZ SÁNCHEZ-MORENO
CÉSAR MANUEL VALEGA GARCÍA

Profesores Auxiliares

SAMUEL ABAD YUPANQUI
CARMEN ARANA COURREJOLLES
FRANCISCO AVENDAÑO ARANA
RAÚL CANELO RABANAL
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
JORGE DANÓS ORDÓNEZ
MARIO GASTÓN FERNÁNDEZ CRUZ
MARIO FERRARI QUIÑE
PIERRE FOY VALENCIA
JUAN GARLAND COMBE
GORKI GONZALES MANTILLA
EDGARDO MERCADO NEUMANN
JUAN MONROY GÁLVEZ
JUAN MORALES GODO
FABIÁN NOVAK TALAVERA
CÉSAR OCHOA CÁRDICH
ARSENIO ORÉ GUARDIA
CÉSAR PÉREZ VÁSQUEZ
JORGE PRICE MASALÍAS
VÍCTOR RAÚL RAMÍREZ VÁSQUEZ
ANA TERESA REVILLA VERGARA
FRANCISCO JAVIER RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN
TOMÁS SOBREVILLA ENCISO
ALEJANDRO SOLÍS ESPINOZA
LIZARDO TABOADA CÓRDOVA
MIGUEL TORRES MÉNDEZ
ANA VELAZCO LOZADA
SUSANA ZUSMAN TINMAN

DERECHO

PUC

Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Número 49

Diciembre de 1995

Contenido

Presentación	1
Artículos	
Cómo estudiar Derecho constitucional. (Una década más tarde.) <i>Domingo García Belaunde</i>	5
La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978 <i>Francisco Fernández Segado</i>	23
Derecho de preferencia de los accionistas <i>Manuel de la Puente y Lavalle</i>	79
The Origins of the Institutionalized Guilty Plea in the United States: Some Lessons from the History <i>Mike McConville</i>	87
Los problemas de las limitaciones de responsabilidad en el campo de los transportes de mercancías <i>Víctor Humberto Lazo L.</i>	99
El Consejo Nacional de la Magistratura <i>Lorenzo Zolezzi Ibárcena</i>	123
La nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional <i>Antibal Quiroga León</i>	139
Impunidad de personas con patrones culturales distintos <i>José Hurtado Pozo</i>	157

El <i>right of privacy</i> norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado <i>Juan Morales Godo</i>	169
El despido en la reforma de la ley de Fomento del Empleo <i>Carlos Blancas Bustamante</i>	187
Legislación procesal familiar en el Perú <i>Nelson Reyes Ríos</i>	211
El convenio arbitral en la ley general de Arbitraje, ley 26572 <i>Fernando Cantuarias Salaverry</i>	237
Competencia notarial de los asuntos no contenciosos <i>Lourdes Flores Nano</i>	263
Para un dictamen consultivo de la CIJ sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa <i>Sandro Schipani</i>	271
El uso de títulos de deuda externa como medio de pago en la venta de empresas públicas <i>Jaime Zegarra Guevara</i>	291
Aspectos morales y jurídicos de la deuda externa <i>César Delgado Barreto</i>	305
¿Existen los derechos naturales? <i>Eduardo Hernando Nieto</i>	321
El Derecho como tema literario. Discurso de incorporación a la Academia Peruana de la Lengua <i>Fernando de Trazegnies Granda</i>	343
La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia <i>Mirva Aranda, Patricia Flórez, Carmen Gutiérrez, Vanessa Luyo y Flor de María Valdez</i>	367
Propietarios de su destino. Los derechos de propiedad en las comunidades campesinas de la Sierra <i>Enrique Delgado Flores</i>	393
<hr/> Crónica del Claustro	419

Plan de Estudios de la Facultad de Derecho	429
Abogados graduados con tesis y con mención de sobresaliente	461
Abogados graduados con expedientes y con mención de sobresaliente	465
Maestría en Derecho: graduados con mención de sobresaliente	469
De los autores	471

Presentación

En 1994 se celebró, con la solemnidad propia de la ocasión, el septuagésimo quinto aniversario de la creación de nuestra Facultad de Derecho. Pero dentro de tales fastos pasó casi desapercibido el cincuentenario de nuestra revista *DERECHO*, fundada en 1944 por Javier Kiefer-Marchand y Hugo Piaggio, a la sazón secretario académico, el primero, y profesor de Derecho penal, el segundo. Desde entonces, hasta la fecha, han sucedido muchas cosas en nuestra revista, de las que da nota puntual la acuciosa monografía de Jorge Antonio Ramos, *Índice de la revista Derecho (1944-1986)*, editada por nuestro Fondo Editorial en 1990.

Pero celebrar en forma nuestro cincuenta aniversario requería un análisis y estudio detenido de reformas, que tomaba más tiempo, sobre todo si se deseaba revisar toda una trayectoria editorial y ver cuáles alternativas existían para el relanzamiento de nuestra revista. Esto ha sido posible por feliz iniciativa de nuestro Decano, el doctor Lorenzo Zolezzi Ibárcena, quien conjuntamente con el doctor Domingo García Belaunde han diseñado esta nueva etapa. Así, fruto de ella es el presente número, a cargo de un Editor General y de un Consejo Editorial renovado, integrado por tres Profesores Principales y un representante estudiantil designado por el Consejo de Facultad, quienes han colaborado con toda dedicación y entusiasmo en esta tarea. Si dejamos de lado los contenidos, que en sustancia se mantienen, aun cuando con afinamiento y mejoras, las principales modificaciones las podríamos resumir de la siguiente manera:

a) Mantenimiento del nombre con el cual fue fundada, pero añadiéndole una referencia geográfica de ubicación: DERECHO-PUC, toda vez que en el mundo hispano-parlante las revistas que se llaman «Derecho» exceden el centenar, y esto nos ha causado muchos trastornos de orden bibliográfico y bibliotecológico.

b) Retorno al tamaño estándar que utilizan las principales revistas jurídicas del mundo.

c) Mejor presentación y calidad, y

d) Incidencia en nuestra propia vida académica, de la que tiene que ser fiel reflejo.

Fundada en 1944, la revista se mantuvo inalterada hasta 1966 (números 1 a 25). Un segundo momento atraviesa el período 1968-1974 (números 26 a 32), en el cual se cambió el formato y se empezó a utilizar el sistema de la doble columna en el texto. En 1978 se adopta un tamaño reducido (número 33), que es el que ha existido hasta ahora, y que llega al número 48, que corresponde a diciembre de 1994. Con este número —49— iniciamos esta cuarta etapa de nuestra revista, con una importante inflexión en la presentación y en los contenidos, y con la que esperamos continuar en la mejor tradición de nuestra Facultad.

Tenemos por delante un gran reto y una obligación que cumplir. Por un lado, los estudiantes de la Facultad han demostrado, hasta con tres versiones de distinta conformación subjetiva, pero muy similares entre sí en cuanto al resultado, que es posible la aventura editorial y de investigación en nuestra Facultad. Por otro, *DERECHO-PUC* es, por encima de todo, el órgano oficial de nuestra Facultad y el natural canal de desarrollo de las actividades de investigación de nuestros docentes, el pulso de nuestra propia introspección en el Derecho y la ventana hacia el mundo exterior, de lo que somos y hacemos en esta Escuela de Derecho.

Por eso nuestro interés de avanzar con un impulso diferente, acorde con los tiempos, para mantener la calidad de enseñanza legal, que siempre nos caracterizó.

DERECHO-PUC desea poner al alcance de sus profesores y de sus estudiantes artículos de envergadura y de actualidad, de docentes nacionales y extranjeros, eventualmente en el idioma original, en el caso de estos últimos. Así, en el presente caso no hemos dudado en publicar en inglés el trabajo del profesor **McConville**, de la Universidad de Warwick (en actual convenio con nuestra Facultad), acerca de la determinación de la responsabilidad en el razonamiento judicial anglosajón. O del profesor **Fernández Segado** —tan ligado a nuestra Facultad y al constitucionalismo peruano—, sobre el tratamiento y posición constitucional de las Fuerzas Armadas en la España de hoy. A ellos se une el aporte del profesor **Schipani**, de la Universidad Tor Vergata de Roma —antiguo conocido de nuestra casa de estudios—, sobre el tema de la deuda externa. A su lado, **Domingo García Belaunde** nos entrega, una vez más, su experiencia para el ingreso al estudio del Derecho constitucional. **César Delgado Barreto** nos introduce al razonamiento de los problemas mo-

rales de la deuda externa, y **Jaime Zegarra Guevara** en la temática del uso de títulos de la deuda externa en el actual proceso de privatización. Nuestro Decano escribe acerca del Consejo de la Magistratura; **Nelson Reyes Ríos**, sobre las bases de un Derecho procesal familiar; **Aníbal Quiroga León**, sobre la nulidad de cosa juzgada fraudulenta y la acción de amparo constitucional; **Lourdes Flores Nano**, respecto de la transferencia de competencia notarial para los temas no contenciosos de nuestra legislación procesal, y **Fernando Cantuarias Salaverry**, sobre el convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje. **Manuel de la Puente y Lavalle** reflexiona sobre el tema del derecho de preferencia de los accionistas; **Carlos Blancas Bustamante**, sobre el estatus del despido en la nueva legislación laboral, y **Eduardo Hernando Nieto**, sobre la existencia de los derechos naturales. **Víctor Humberto Lazo** nos muestra los problemas de las limitaciones de responsabilidad en el campo del transporte de mercancías; **Juan Morales Godo** efectúa un estudio comparado del *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en nuestro sistema jurídico; **José Hurtado Pozo** analiza los patrones culturales en el ámbito penal, y **Fernando de Trazegnies** nos ofrece una reflexión acerca del Derecho y la Literatura.

De modo excepcional, publicamos también dos interesantes trabajos de estudiantes ganadores de concursos de investigación sobre el Derecho y la realidad, convocados por PROSODE, extensión social de nuestra Facultad y con la que el Consejo Editorial se halla comprometido.

Finalmente regresamos a nuestra sección *Crónica del Claustro*, a fin de mostrar los aspectos más importantes de nuestra vida académica, incluyendo el texto del actual Plan de Estudios; nuestra plana de docentes Eméritos, Extraordinarios y Ordinarios, según su correspondiente categoría académica; nuestros graduados con honores en 1995, y la sección biográfica *De los autores*.

Nuestro agradecimiento final a todos quienes han hecho que *DERECHO-PUC* se mantenga en vigencia por más de cincuenta años, así como a quienes hoy hacen posible la edición de este número 49. Y nuestro ferviente deseo de que su lectura motive a nuestros profesores en la reflexión académica y en la investigación y sirva de orientación y apoyo a nuestros estudiantes.

Pando, diciembre de 1995

EL CONSEJO EDITORIAL

Cómo estudiar Derecho constitucional¹ (Una década más tarde)

Domingo GARCÍA BELAUNDE

I

El tema que se propone este artículo puede parecer ocioso. En efecto, a quien pregunte cómo se debe estudiar una rama jurídica determinada, podríamos contestarle, simplemente: estudiando y nada más. En este sentido, si queremos saber algo de contabilidad, lo más simple sería tomar un libro de introducción a la contabilidad y empezar a leerlo. Adicionalmente, trataríamos de seguir algún curso sobre el tema, conversar con entendidos y hacer alguna práctica profesional. Lo mismo podría aplicarse a otras ramas del saber, y salvando los casos de difícil intelección, que nunca faltan, en principio cualquier disciplina puede estudiarse más o menos fácilmente, aun cuando siempre sea necesario un mínimo de lecturas, de información y de trabajo sosegado.

Sin embargo, surge la pregunta de por qué es necesario decir esto sobre el Derecho constitucional. La respuesta es simple: porque en nuestro medio, y en general en vastos sectores de la América latina, el Derecho constitucional se da por sabido, generalmente por ósmosis o por ciencia infusa, lo que permite que cualquiera emita juicios u opiniones sobre la materia. Sucede así porque el Derecho constitucional parece a primera vista muy sencillo, ya que es lo que todos podemos apreciar (cuando no hay gobiernos de facto), pues sin cortapisas vemos cómo funcionan los poderes del Estado, la maquinaria judicial, el aparato le-

¹ El presente texto fue publicado originalmente en esta revista hace ya más de diez años (*Derecho* n.º 39, 1985), y desde entonces ha sido sucesivamente reimpresso, la última vez en forma de folleto (Ediciones Peruanas, Lima, 1994). A pedido de diversos colegas y amigos he optado por publicarlo nuevamente, debidamente revisado y corregido, dentro del marco de la fecha en el que fue preparado. Pero adicionalmente, y en vía de complemento, agrego un apéndice de similares dimensiones, titulado «Una década más tarde», que por sí solo se explica (D.G.B.).

gislativo, los partidos políticos, el Ministerio Público, etc.; se adquiere así la sensación de lo fácil. Ésta no sólo es una característica del hombre común y corriente, sino también del político, ya que la Constitución es, recordémoslo, un texto que regula jurídicamente fuerzas y relaciones políticas, que permite que el político se sienta autorizado, diremos mejor, «investido de autoridad», para hablar, si es posible *ex cathedra*, sobre problemas constitucionales. La curul parece otorgar una sabiduría que podríamos llamar «adhesiva»: sentarse en el escaño es adquirir conocimientos. Es cierto que existen excepciones, y nunca faltan parlamentarios que tratan de ir más allá y obtener un mejor conocimiento sobre el tema: pero no es lo más frecuente. Esta tarea por lo general es dejada a las asesorías del Parlamento y de sus comisiones, con el agravante de que si se carece de tales asesores el problema queda sin resolver. Tema aparte es la utilización política de la Constitución, es decir, su instrumentalización, de la que no tratamos ahora, pues nos alejaría de nuestro propósito.

Adicionalmente, el hombre de Derecho en general (jueces, abogados, notarios, estudiantes, etc.), incursiona con facilidad en el tema constitucional. Es interesante advertir que en nuestro medio –no tanto a nivel profesional, sino a nivel académico– existe un cierto respeto por las áreas. Así, si bien en principio cualquier abogado podría atender simultáneamente problemas de orden civil, mercantil o industrial, al momento de abordar tales temas en dimensiones mayores (políticas, académicas, etc.) tiene un cuidado especial, pues advierte que existen especialistas en diversas áreas cuyas opiniones es conveniente tener presente. Pero si ello no fuera posible, queda siempre el recurso de que el abogado acometa la tarea de estudiar él mismo el problema y buscar una solución a su inquietud. Pero, como repetimos, lo que se observa en las diversas ramas del Derecho no sucede en el Derecho constitucional, en donde no se toman estas precauciones, sino que de frente nos lanzamos a emitir opinión. Si de aquí pasamos al mundo periodístico, es decir, a los periodistas especializados en la crónica política o parlamentaria, la cosa se agrava, pues el desconocimiento es aún mayor.

II

Ahora bien, ¿a qué se debe este fenómeno? ¿Qué es lo que motiva, en la gran mayoría de los casos, al hombre de Derecho y al hombre común y corriente a hablar con desenfado sobre temas y problemas constitucionales, sin base ni fundamento alguno? Intentemos alguna explicación:

a) *Presencia de gobiernos de facto*. El gobierno más largo de nuestra historia –en sentido amplio– ha sido el gobierno militar (con sus dos fases incluidas) y que duró doce años (1968-1980). Adicionalmente, si hacemos un recorrido histórico de nuestras instituciones llegamos a la conclusión de que, salvo algunos contados períodos (sobre todo la llamada «República Aristocrática», que dura de 1895 a 1919), no hay tradición de estabilidad institucional. Sin entrar por ahora al detalle de si tales gobiernos fueron eficaces o no, lo cierto es que nuestra historia republicana representa formalmente una discontinuidad y un desconocimiento de la legalidad vigente. En consecuencia, si esta legalidad está representada en su ápice por la vigencia de la Constitución, ésta, desde un punto de vista histórico, no tiene mayor trascendencia. Y de aquí derivan varios hechos: desconocimiento de la realidad constitucional, actitud desvalorativa frente al texto constitucional, falta de hábitos y de manejo político-constitucionales, etc.

b) *Sistema educativo*. Entre los múltiples problemas que afronta la educación en el país, la insuficiencia del elemento humano y lo exiguo de los recursos materiales (aulas, gabinetes, libros de texto, etc.) son los más apremiantes.

Desde esta perspectiva, podemos decir que la mala educación y los textos deficientes del curso de Educación Cívica que se imparte en los colegios, contribuyen a que el alumnado no tenga ni siquiera una noción de cuál es la estructura jurídica del poder en el Perú. Caso patente de lo que se afirma son los manuales de Educación Cívica que para los dos últimos años escolares preparó, divulgó y promovió el destacado filósofo Augusto Salazar Bondy, que, no obstante su sobria presentación, eran sumamente deficientes en la exposición y comentarios (no sólo no trataban problemas jurídicos, sino que, cuando lo hacían, tomaban referencia de leyes en veces derogadas). Similar problema se advierte en la universidad, pues un curso sobre la Constitución debería enseñarse en todas las facultades, y no sólo en las de Derecho.

c) *Ausencia de libros especializados*. Durante épocas de crisis (pensamos sobre todo en el docenio militar) se dictaron severas restricciones en las cuotas de dólares para importaciones, y fueron reducidas tajantemente las partidas destinadas a libros. De esta suerte, la escasa cuota de los libreros fue destinada a libros de rápida venta, sobre todo *best sellers*. En materia constitucional no se pasó de uno que otro manual, de manera tal que cuando se convocó a la Asamblea Constituyente en 1977, los futuros miembros de dicha asamblea no pudieron encontrar nada en librerías. Esta misma limitación tuvieron durante años los alumnos de Derecho, y sólo a partir de 1980 se ha ido salvando paulatinamente este vacío, aun cuando no de la manera como sería de esperar (sobre todo

por el alto costo de los libros extranjeros). Por otra parte, en materia de doctrina general sólo existen dos libros nacionales: uno de Raúl Ferrero Rebagliati (1975) y otro de Darío Herrera Paulsen (1970), que, no obstante sus méritos, no han sido suficientes para cubrir esta carencia.

d) *Contorno de la crisis*. Aun cuando no vinculada estrechamente con la materia, es importante destacar el aspecto muy grave de la crisis por la que atraviesa el país, y de la que parece no nos libraremos en muchos años. Esto se refleja en una actitud realista en los estudiantes, quienes tratan de buscar asidero y apoyo en temas y cursos de orden «práctico», como pueden ser laboral, civil o tributario. Es decir, hay un primado de la práctica sobre la teoría; lo constitucional no reporta dividendos, y en épocas de crisis no hay tiempo para lujos («primum vivere, deinde philosophare»).

III

Las dificultades anteriores no son insalvables, pero son aspectos muy concretos y sirven para explicar muchas cosas. Indudablemente, en el futuro próximo tales limitaciones no van a desaparecer, por lo que bien podríamos estar haciendo una simple digresión sobre un consejo inútil. Pero ello no nos priva de pensar en su paulatina superación, exponiendo algunas cuantas ideas que nos han surgido del contacto con la experiencia universitaria, tanto nacional como extranjera.

Por de pronto señalaremos algo que es elemental, pero que no resulta serlo para nuestro medio: no hay que confundir la Constitución con el Derecho constitucional, como tampoco se pueden identificar el Derecho civil con el Código Civil. Esto, que es evidente, no siempre se respeta. Se lee la Constitución y se cree saber Derecho constitucional, lo cual es no sólo una idea errónea sino incluso dañina, pues de aquí brotan un sinnúmero de errores.

Hay que tener presente que el Derecho constitucional, como cualquier otra disciplina jurídica, tiene su propio origen y su trayectoria, y maneja diversos conceptos fundamentales o categorías que tienen un significado preciso, que no pueden ser modificados arbitrariamente. Así, por ejemplo, la interpelación que hace la Cámara a un ministro es un concepto que refleja una institución con matices muy concretos, que obedece a una historia y a una estructura muy definida. Podrá discutirse las formas de presentación, el tipo de preguntas en el hemicycle y otros detalles más, válidos sólo desde la perspectiva previa del concepto o categoría en cuestión. Igual podría decirse de la casación que realiza el Tribunal de Garantías Constitucionales en materia de hábeas corpus y

amparo... ¿Cómo puede entenderse sus alcances ignorando el origen francés de la casación y su posterior desarrollo europeo? Y los ejemplos podrían multiplicarse, lo que demuestra que el núcleo o cuerpo central de una Constitución (y del Derecho constitucional) hay que entenderlo desde estos esquemas o categorías. Sólo a partir de ellos es posible comprender el fenómeno constitucional y afrontar los delicados problemas de su interpretación y aplicación.

Ahora bien, el conocimiento de estos conceptos fundamentales se obtiene a través de una bibliografía que presente un panorama de la disciplina². En este sentido, lo más aconsejable es recurrir a un texto o manual introductorio, lo que no es fácil, no sólo porque existen gran cantidad de textos de iniciación, sino porque muchos de ellos son parcelarios o tendenciales, cuando no excesivamente localistas (como casi todos los franceses).

En lo personal, me permito recomendar dos manuales que considero excelentes: el de Paolo Biscaretti di Ruffia (*Derecho Constitucional*) y el de André Hauriou (*Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*). El de Biscaretti tiene la ventaja de ofrecer un gran panorama sobre la democracia constitucional europea, con algunas referencias a otros países, con gran manejo de fuentes y un cabal sentido de las instituciones. En cuanto al texto de Hauriou, es de gran valor, pues combina, en mi opinión equilibradamente, la problemática no sólo jurídica, sino también política, y tiene además un amplio tratamiento de los países en desarrollo. Si bien no existe manual perfecto y ambos son susceptibles de críticas, considero que aquel que lea cualquiera de ellos, de principio a fin y sin saltarse páginas, tendrá una excelente perspectiva y podrá hablar con propiedad de esta materia.

Naturalmente que estos manuales no son los únicos ni los mejores, pero los mencionamos porque cubren un panorama amplio, son extensos sin llegar a ser excesivos, son fáciles de encontrar en nuestro medio, y adicionalmente están bien redactados y presentados³.

² Indudablemente que el conocimiento del Derecho constitucional supone un previo contacto con el mundo del Derecho, y éste a su vez presupone un mínimo de cultura humanista (sobre todo, sociología, historia, política, filosofía), que lamentablemente en muchos centros de estudios no se desarrolla con amplitud en los primeros años de humanidades, e incluso en otros (caso de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos) ha desaparecido.

³ Teniendo el presente trabajo un fin fundamentalmente didáctico, nos hemos limitado a señalar obras escritas directamente en nuestro idioma, así como aquellas que se encuentran traducidas (con una sola excepción, que se justifica dentro del contexto). Aclaremos que por ventura el castellano es idioma privilegiado en materia jurídica, ya que para sólo remitirnos al área constitucional, tenemos traducido el 90% de la obra básica publicada en otros idiomas.

Muy difundido entre nosotros, y en general en el mundo hispanohablante, es el famoso manual de Duverger (*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*), que ha tenido innumerables ediciones tanto en francés como en castellano (en francés, diecisiete ediciones y en dos tomos; en castellano, un solo volumen y seis ediciones). Siendo excelente el manual de Duverger, no lo encontramos adecuado como texto de introducción, ya que es una aproximación politológica al fenómeno constitucional. Muy útil para los politólogos o científicos sociales, e incluso para el jurista que previamente ha hecho una introducción jurídica al tema, puede dar una falsa impresión al que recién se inicia.

Para aquel que desea buscar otros manuales, sea como introducción o como complemento, le señalamos algunos criterios que le pueden orientar en su elección. Ellos son:

- I) debe ser un solo volumen;
- II) debe tener una perspectiva jurídica, y no social o política (que en todo caso es un complemento, pero no un punto de partida);
- III) debe ser posterior a la segunda guerra mundial, y de preferencia con una antigüedad no mayor de quince años;
- IV) debe mostrar un panorama general, estudiando sobre todo los conceptos claves y los principales tipos de gobierno (URSS, Estados Unidos, Inglaterra, Francia, Suiza).

Si tenemos presente estos criterios, al lector le será fácil escoger un texto jurídico que le suministre los rudimentos necesarios para adentrarse en el mundo jurídico constitucional.

IV

El estudio de la Constitución no puede estar alejado del avatar político, ya que todo texto fundamental regula o pretende encauzar los fenómenos políticos, motivo por el cual debe acompañarse la perspectiva jurídica con el necesario complemento político.

Ahora bien, en materia política la variedad, los diversos puntos de vista, las líneas tendenciales, la ideologización del análisis, es aun mayor que en el Derecho, ya que en éste tenemos al menos la norma como elemento referencial. De ahí la dificultad y el riesgo de señalar una bibliografía mínima, que debe ser establecida con cautela. Teniendo presente estas limitaciones, nos permitimos señalar la siguiente bibliografía:

a) *Para una aproximación teórica.*— Eduardo Andrade Sánchez, *Introducción a la Ciencia Política*; Marcel Prélot, *La ciencia política*; Robert A. Dahl, *Análisis político moderno*, y W. Abendroth y K. Lenk, *Introducción a la ciencia política*.

b) *Para los problemas políticos cotidianos.*— Maurice Duverger, *Introducción a la política*, y T. Bottomore, *Sociología política*.

La lista anterior está relacionada con el aspecto general, que, como ineludible correlato, debe aparejar igual criterio para la realidad constitucional peruana. Es decir: es necesario que nuestro constitucionalismo lo confrontemos con nuestra historia política reciente, para lo cual pueden ser útiles Julio Cotler (*Clases, Estado y Nación en el Perú*) y Enrique Chirinos Soto (*Historia de la República*). Si bien ambos cubren un panorama muy amplio, debe tenerse presente que la realidad político-social que nos interesa es aquella que surge a partir de la caída de Leguía, es decir, en pleno inicio de la década del treinta.

Por último, un análisis del desarrollo histórico del sistema constitucional, enmarcado dentro de coordenadas políticas, sociales y económicas, puede verse en el libro de Maurice Duverger, *Las dos caras de Occidente*.

V

Volviendo al plano constitucional, y ya en la ruta de conocer nuestro constitucionalismo, debemos pensar en un buen texto legal y en un buen comentario.

Lo primero es tener un texto fidedigno de la Constitución Política del Perú. Ediciones hay muchas (sobre todo de carácter popular), pero no todas son acertadas ni cuidadas. Una edición útil es la preparada por el Ministerio de Justicia, que es la oficial. Entre las realizadas por los particulares, es altamente recomendable por su fidelidad, índice y documentos insertados, el *Índice analítico de la Constitución Política del Perú*, debido a Jorge Power Manchego-Muñoz.

En cuanto a los comentarios sobre la nueva Constitución, hay muchos y algunos de gran valía. Retengamos por nuestra parte tan sólo los de José Pareja Paz Soldán (*Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979*, edición de 1984, completamente revisada), y la conjunta, debida a Enrique Bernal y Marcial Rubio (*Constitución y sociedad política*). Si bien ambas obras presentan perspectivas y métodos distintos, ofrecen en conjunto un excelente panorama que enriquece la visión de nuestro constitucionalismo.

VI

Para quien, superando el nivel del texto o manual de iniciación, quiera tener una visión más profunda de los mismos problemas, nos permitimos recomendarle algunos de los siguientes libros: Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, dos tomos; Segundo V. Linares Quintana, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, tres tomos; Carlos S. Fayt, *Derecho Político*, dos tomos; Pablo Lucas Verdú, *Curso de Derecho Político*, cuatro tomos; César Enrique Romero, *Derecho Constitucional*, dos tomos; Mario Justo López, *Introducción a los estudios políticos*, dos tomos; Hermann Finer, *Teoría y práctica del gobierno moderno*, y Juan Ferrando Badía, *Estudios de Ciencia Política*.

Desde un punto de vista comparado: Manuel García Pelayo, *Derecho Constitucional Comparado*; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*, y Giuseppe de Vergottini, *Derecho Constitucional Comparado*. Un complemento político puede encontrarse en Juan Ferrando Badía (coordinador), *Regímenes políticos actuales*.

VII

Dejamos constancia que aquí estamos tocando únicamente los aspectos generales y no los temas específicos del Derecho constitucional, que exigen un tratamiento aparte. Temas concretos como el de los derechos humanos, regionalismo y centralismo, unicameralismo y bicameralismo, jurisdicción constitucional, entre otros, no son tocados aquí y tienen su propia bibliografía, aun cuando aparezcan en la exposición de todo manual o texto universitario.

Por otro lado, cuando del plano general pasamos a un nivel de sofisticación, el problema se complica, pues es preciso recurrir a monografías y libros especializados, generalmente de difícil acceso.

Destaquemos que, en ese estado superior de la investigación, cuando se abordan temas muy concretos en donde es necesario recurrir a la doctrina general y al Derecho comparado, es imprescindible consultar revistas y poder leer en otros idiomas. En materia constitucional son idiomas útiles el inglés, y sobre todo el francés y el italiano (a este último idioma se traducen gran cantidad de textos alemanes, que de otra suerte serían inasequibles).

VIII

Un paso posterior que debe realizar sólo aquel que desea dedicarse a la docencia o a la investigación seria y prolongada, es meditar y estudiar los grandes libros escritos en materia constitucional. Como se sabe, cada disciplina tiene sus clásicos, que, siendo en rigor viejos por lo que contienen, son nuevos por los problemas que suscitan y sobre todo por la forma como abordan los problemas. Nos enseñan además a trabajar con humildad, en forma seria y pausada, y generalmente nos dan información de primera mano que no se encuentra en otras partes, o que otros han repetido en forma incompleta o errónea. El Derecho constitucional tiene también sus clásicos y su lectura atenta y meditada es siempre fructífera, aun cuando a veces sea fatigoso hacerlo. Ellos son:

1) Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*. Publicada en 1900 y traducida casi de inmediato al castellano en España, ha tenido sucesivas reediciones en la Argentina, a cargo de la editorial Albatros. Puede decirse en rigor que el Derecho constitucional como disciplina autónoma —si se quiere, como ciencia— se configura recién con Jellinek. Antes había constitucionalismo y constitucionalistas (en la misma Alemania es ejemplar el caso de von Gerber), pero es Jellinek el que da el armazón teórico adecuado a la disciplina, sienta las bases de su estudio y presenta un vasto cuadro histórico-jurídico que, recogiendo todo lo válido del siglo XIX, lo proyecta sobre el nuevo siglo. A fe cumplida, Loewenstein ha dicho de esta obra que no ha tenido digna sucesora ni dentro ni fuera de Alemania. Un segundo tomo, dedicado a la «Teoría particular» del Estado, no llegó a ser publicado por su autor; sólo han quedado algunos fragmentos, valiosos, pero sin el nivel de la *opera magna*.

2) Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*. Publicada originalmente en Alemania en 1925, fue traducida por Luis Legaz Lacambra en 1933 en España, y desde entonces reeditada numerosas veces en México. A fin de divulgar esta obra, el mismo Kelsen escribió un resumen que, con el título de *Compendio...*, circuló ampliamente, precedido por un estudio preliminar de Luis Recaséns Siches. La obra significó, en su momento, si bien siguiendo la huella trazada por Jellinek, la primera exposición orgánica y de conjunto de la Teoría Pura, aun cuando aplicada al Estado. Años después, el autor hizo un balance y recuento de su pensamiento en su obra *Teoría General del Derecho y del Estado*, publicada en inglés en 1945 y traducida al poco tiempo por Eduardo García Máynez.

3) Harold J. Laski, *El Estado Moderno*. Publicada por vez primera en 1925 con el título *A grammar of politics*, es la obra más representativa de este autor, teórico del laborismo inglés, que ejerció una gran influencia en la década del treinta y que se considera un clásico en su género. El mismo Laski resumió su obra años más tarde en un opúsculo intitulado *Introducción a la política*.

4) León Duguit, *Traité de droit constitutionnel*. Obra maestra en cinco volúmenes, cuya última edición se hizo entre 1921 y 1925, sigue teniendo actualidad. De Duguit puede verse su *Manual de Derecho Constitucional*, que contiene sus aportaciones básicas, traducido y publicado en Madrid en 1921 y en 1926. Junto con Maurice Hauriou, son los más destacados representantes de la llamada Escuela Sociológica del Derecho Constitucional.

5) Maurice Hauriou, *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Padre de André Hauriou, autor del manual ya citado, es constitucionalista y administrativista de renombre, creador de la Teoría de la Institución, que fue luego ampliamente desarrollada por el gran jurista italiano Santi Romano. Su obra en castellano es una adaptación de dos trabajos suyos (de 1923 y 1925) de gran interés.

6) Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución*. Libro clásico publicado originalmente en 1928, fue traducido en 1934 por Francisco Ayala y reimpresso innumerables veces. Si bien Schmitt ha sido muy cuestionado por su posterior adhesión al nazismo, lo cierto es que estamos ante un autor muy riguroso y de gran originalidad en todos sus escritos. Al igual que Hermann Heller, ha estado vinculado con España, lee y habla el castellano, y su única hija casó con un jurista español, Alfonso Otero⁴.

7) Hermann Heller, *Teoría del Estado*. Publicado póstumamente en alemán en 1934, este autor murió en España huyendo de la persecución nazi. Aun cuando notable por la concisión con que trabaja los conceptos, es sólo una primera parte, muy teórica y elaborada, de un trabajo inconcluso. Representa la presencia del marxismo y del enfoque sociológico en el ámbito de la comprensión del Estado.

8) Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución*. Publicada originalmente en inglés en 1957, se tradujo al castellano poco tiempo después.

⁴ Cf. *Homenaje al profesor Alfonso Otero*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981 (incluye carta de adhesión de C. Schmitt, pp. 13-16).

Loewenstein, un emigrado alemán discípulo de Weber que acabó sus días en los Estados Unidos, representa la unión feliz de la tradición europea con el método sajón. De gran originalidad, ha creado conceptos y esquemas de vasto alcance explicativo. Aun cuando su lectura es algo densa, se ve recompensada por el interés que despiertan sus ideas generales.

9) Carl J. Friedrich, *Gobierno constitucional y democracia*. La primera edición de esta obra se hizo en los Estados Unidos y en 1937. La cuarta y última edición, totalmente revisada, es de 1968 (un solo volumen), de la que procede la última versión castellana en dos tomos. Su autor logra una visión armoniosa entre el Derecho constitucional y la política, que enriquece con datos históricos y filosóficos, amén de los correspondientes a otras ramas jurídicas. Es además publicista destacado en ciencia política y filosofía del Derecho.

IX

Y con esto pongo término a nuestro recorrido. No he querido —que quede claro— hacer observaciones, sugerencias o comentarios dogmáticos, sino simplemente volcar una experiencia de muchos años en el trato con la disciplina y con el modo de enseñarla. Presento además una guía de carácter abierto, que puede orientar al interesado en el torbellino de publicaciones existentes.

He pensado muchas veces que quizá lo que aquí he escrito era innecesario y seguramente era mejor no hacer nada y dejar las cosas como estaban. Pero como es mi deseo evitar que otros pierdan el tiempo en lecturas insustanciales como yo mismo lo hice en mis inicios, y como adicionalmente nadie en nuestro país —ni tampoco fuera de él— ha escrito lo que pretendo⁵, es que he decidido poner en circulación estas cuartillas.

Lima, enero de 1985.

⁵ Notable para su época es la obra de Adolfo G. Posada (*Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1894), que comprende textos constitucionales, comentarios y valiosas referencias bibliográficas. Sin embargo, el maestro español no roza los temas que son el objetivo de este artículo, sin contar por cierto su inactualidad, como consecuencia natural del paso de los años.

Apéndice: Una década más tarde

I

Hace más de diez años escribí y publiqué este ensayo sobre cómo estudiar Derecho constitucional. Fue hecho en parte para ordenarme yo mismo en algunas ideas, y para que sirviera de orientación a aquellos que pensaban introducirse en el Derecho constitucional. Fue pensado fundamentalmente para alumnos, pero también para egresados, profesionales e interesados en la problemática. Lo hice también preocupado por la forma como muchos, en forma bastante desembozada, hablaban sin la menor base sobre Derecho constitucional, pensando que con una simple lectura de la Constitución se tenía autoridad suficiente para hablar sobre estos temas. Recuerdo que en alguna oportunidad el egregio Carnelutti llamó la atención sobre el hecho de que si bien es cierto que el Derecho procesal civil se condensa en el respectivo Código Procesal, uno es diferente del otro. Tan sabio consejo lo seguían los civilistas, los procesalistas, los penalistas, mas no los que fungían de constitucionalistas. Esto por cierto tenía su explicación, pero ello no impedía dejar anotado el hecho y sobre todo los peligros que encerraba. Además no existía, por lo menos hasta donde alcanzaban mis informaciones, nada parecido que tuviese ese enfoque y sobre todo tales dimensiones. Mientras tanto, mi texto ha alcanzado ya sus años y ha tenido cierta difusión.

Pero lo importante para mí es que este breve artículo ha tenido más éxito del que esperaba. No sólo se ha reproducido abundantemente con el sistema de la fotocopidora, sino que ha tenido varias ediciones; una de ellas en forma de folleto impreso, auspiciada por jóvenes profesores sanmarquinos (Ediciones Jurídicas, Lima, 1994). Esto es lo que me ha llevado a leerlo nuevamente, diez años más tarde, y a escribir estas líneas a distancia.

II

La primera observación que cabe hacer, pasados estos diez años, es que la crisis por la que el país atravesaba, continúa. Es cierto que a partir de 1990 se ha hecho un esfuerzo serio para dominar la inflación y para combatir al terrorismo, nuestros dos grandes flagelos. En tal sentido, se ha vuelto a la estabilidad económica y al movimiento empresarial y financiero en forma ordenada. Igualmente, hay tranquilidad interna y se nota mayor orden y paz en las ciudades. Hoy en día la experiencia del

gobierno aprista (1985-1990) parece una pesadilla muy lejana, y existen buenas señales de que las cosas irán para mejor. Mas esto no es suficiente, pues sigue la recesión, la desocupación y los bajos ingresos. Pero al darse los pasos para superar la crisis, han renacido las esperanzas, lo que decididamente es positivo.

III

Un hecho saltante de los últimos años es, sin lugar a dudas, la caída del muro de Berlín en 1989, y finalmente el derrumbe de la URSS, en 1991. Nunca nadie pensó que esto sucedería y menos aún que fuese tan rápido. Ni siquiera los más agudos analistas del fenómeno ruso, dispersados entre los Estados Unidos y la Europa occidental, previeron el colapso soviético. Fue, si se quiere, un hecho inesperado. Nadie pensó que la *perestroika* iniciada por Gorbachov diese resultados, y que éstos fuesen tan rápidos y sobre todo tan fulminantes. Por cierto, queda todavía el experimento bastante curioso de la República Popular China, mezcla de liberalismo económico con dictadura comunista. Pero se trata de algo supérstite (como es el caso de Cuba), que ya no tiene ni futuro ni menos aún el valor paradigmático, casi modélico, que tuvo la URSS durante toda su historia.

Al caer la URSS han caído muchas cosas. En primer lugar, toda la propaganda empalagosa que tenía montada el aparato soviético en el exterior, destinada a captar adeptos y a estigmatizar a los adversarios. El comunismo, fiel heredero de Marx en este punto, se especializó en el arte de la propaganda (cuyo artista genial fue Goebbels), y en la técnica del ataque consistente no en pulverizar la tesis opuesta, sino en denostar al oponente. Los comunistas, tanto los de dentro como los de fuera, vivieron en y para el insulto. Con esto lograron chantajear a mucha gente de buena fe, en nombre de nobles ideales o de reivindicaciones justas. Para el intelectual honesto, fue además un serio problema que había que analizar, más aún cuando en el caso del Derecho constitucional era la URSS, como nadie lo ponía en cuestión, uno de los modelos constitucionales que había que tener en cuenta (si bien nada original, pues descendía de esquemas creados al compás de la Revolución francesa). Pero este modelo constitucional, estudiado por todos los comparatistas, no existe más. Por tanto, salvo razones históricas, no tiene sentido estudiarlo ni considerarlo en los análisis globales. Peor aún si se constata que el fenómeno comunista, en cuanto sistema político, ha tenido muy corta duración: en rigor desde 1918 (fecha de su primera Constitu-

ción), hasta su caída en 1991; es decir, setenta y tres años; inferior a las grandes dinastías despóticas de Oriente, e incluso de algunos imperios de la antigüedad. Por cierto, el discurrir apresurado de nuestro siglo ha contribuido a erosionarlo más rápido de lo que se pensó, y es probable que en otras épocas hubiera demorado más en desplomarse.

Tan pronto el sistema empezó a desmoronarse, incluyendo aquí a las llamadas democracias populares del Este, se sucedió una literatura de vértigo tratando de explicar lo ocurrido, y sobre todo, lo que quedaba de ello. En este momento recuerdo los ensayos de Ralf Dahrendorf (*Reflexiones sobre la revolución en Europa*), Maurice Duverger (*La tortuga liberal y la liebre europea*) y Giovanni Sartori (*La democracia después del comunismo*). Esto, conjuntamente con las predicciones triunfalistas de Fukuyama, ha llevado a diversas acciones que no se sabe si tendrán asidero en el futuro. Es evidente que del constitucionalismo soviético no quedará nada, pues el mismo Occidente que lo creó lo había dejado atrás hacía tiempo. Pero en lo concerniente a puntos muy concretos, como por ejemplo la importancia dada a los derechos económicos y sociales, la última palabra no está dada todavía. El comunismo, como aplicación práctica de una doctrina, el marxismo, ha demostrado su fracaso. Pero como expresión teórica, como descubridora de muchas verdades, como reflejo de muchas aspiraciones, su futuro es incierto. Aún más: los problemas que el marxismo dejó en herencia, no todos han sido resueltos, y no se sabe si lo serán por las democracias occidentales. En todo caso, un liberalismo nuevo y en cierto sentido distinto del clásico ha tomado asiento en todas nuestras latitudes, con fervor inusitado, sin saberse hasta ahora si dará sus frutos de la manera como se presenta (*lobbys*, alta tecnología, rol del Estado, comercio a escala mundial, etc.). Por tanto, si bien superado como modelo, algunas de sus verdades siguen sobre el tapete, y esto es lo que el pensamiento tendrá que ir matizando y filtrando en el futuro. Aquí nos limitamos, por falta de espacio y sobre todo por falta de perspectiva, a dejar apuntada esta inquietud.

IV

Aspecto importante en nuestra realidad, es la que ha surgido del golpe de Estado de 1992 y de la subsiguiente Constitución de 1993, actualmente vigente. Como sucedió en otras épocas, aun cuando con matices de diferencia, el presidente Fujimori dio un golpe de Estado tan sólo para afianzarse en el poder y ejercerlo sin trabas. La posterior Constitución sólo fue un justificativo de su accionar, y si bien tiene aspectos muy

puntuales montados especialmente para él (como, por ejemplo, el aumento de sus poderes y la reelección inmediata), la nueva Carta, gracias a la crítica e iniciativas de la oposición, recoge gran parte de los postulados de la de 1979, si bien con un espíritu distinto en lo económico, pero que puede servir como instrumento democrático de gobierno si es que se dan otras condiciones. Si bien es mala la práctica de cambiar de Constitución con tanta frecuencia, más aún cuando la de 1993 se parece tanto a la de 1979, no se sabe qué pasará con la nueva Constitución y cuál sea su destino. Unida en su nacimiento al designio de un hombre, es probable que siga su suerte, si bien esto sólo lo decidirá el futuro (para un análisis de los últimos años, cf. César Arias Quincot, *La modernización autoritaria*).

Pero lo anterior no ha afectado nuestra actividad constitucional. Por lo contrario, ha continuado con inusitado fervor la vida académica en todos sus aspectos (publicaciones, congresos, cátedras, etc.), a lo que se agrega la realización de cuatro congresos nacionales de Derecho constitucional, el primero en 1987 y el último en 1993, así como la reciente creación de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional, destinada a unir, a nivel nacional, a todos los cultores de nuestra disciplina, en especial a los que se dedican a la docencia universitaria en forma seria y continuada⁶.

En cuanto al panorama bibliográfico reciente, la mejor y más completa edición documental es, hasta ahora, la de Domingo García Belaunde y Francisco Fernández Segado, *La Constitución peruana de 1993*, Edic. Grijley, Lima, 1993, con textos y comentarios. Un gran panorama, con análisis puntuales, puede verse en el colectivo editado por la Comisión Andina de Juristas: *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lima, 1993. Existen, por cierto, cantidad de ensayos sobre temas específicos, que pueden ser de interés para el especialista.

Desde un punto de vista de análisis político global, encontramos sugestivo el libro de Pedro Planas, *La República Autocrática* (utilizando esta categoría política a partir de Leguía, demuestra cómo ha continuado rondando nuestro entorno institucional). Como panorama histórico, breve pero serio, está *La República* de Franklin Pease G.Y., publicado como tercer tomo de «*Perú, hombre e historia*», editado por EDUBANCO.

⁶ Problema interesante es la aparición (a partir de 1980) de nuevas hornadas de estudiosos, que han producido una muy seria y copiosa literatura especializada en temas constitucionales. A ella me refiero en forma genérica en mi ensayo sobre *El movimiento constitucional peruano*.

V

Desde el punto de vista de la doctrina general, ha continuado la producción bibliográfica en todos los campos (parte de ella traducida al castellano), más aún cuando ha habido cambios normativos de importancia. En América latina existen muchas novedades, en especial en países con una nueva Constitución, como es el caso del Brasil (1988), de Colombia (1991), del Paraguay (1992), así como algunas reformas importantes (en Chile, Bolivia y en México), donde la más sugestiva es la llevada a cabo en la Argentina en 1994. Todo esto ha sido acompañado por numerosas publicaciones en sus respectivos países.

En la bibliografía general, si bien hay muchas novedades (por ejemplo, los *Elementos de derecho constitucional* de Néstor P. Sagüés, y a nivel politológico el importante libro de Robert Dahl, *La democracia y sus críticos*), creo que los aspectos bibliográficos centrales mencionados en 1985 se mantienen. Habría que destacar únicamente que, aparte de las producciones monumentales de Linares Quintana y Bidart Campos en la Argentina, hay que tener presente las del profesor brasileño Pinto Ferreira, casi desconocida entre nosotros y sin traducir, pero de muy alto nivel (su última obra importante es *Comentários à Constituição brasileira*, 7 vols., 1989-1995).

VI

Como se recordará, mi ensayo de 1985 traía una lista de lo que consideraba eran las obras más importantes en materia constitucional en este siglo. Lista, por cierto, que podría discutirse, y a la que quizá podrían añadirse o quitarse algunos nombres. Pero esto relacionado con el siglo XX. Mas el constitucionalismo, en rigor, se inicia en el siglo XVIII, si bien es cierto que a fines de él. En sus inicios hubo gente de talento que volcó sus esfuerzos en la construcción del nuevo orden; no tanto en el nivel teórico sino en construcciones políticas y en la acción. Por eso es importante tener presente a quienes, en el siglo XIX, han escrito obras clásicas, pues son las que han puesto las bases de nuestra disciplina. Fue así que empecé a armar una lista de no más de diez obras importantes en el siglo pasado, pero de inmediato me tropecé con un dato incontestable: la presencia de muchos autores que estaban a caballo entre la política o la historia y el Derecho constitucional, como era el caso ejemplar de Tocqueville. A fin de tener una mejor perspectiva sobre esto, lo conversé con profesores extranjeros amigos míos, y tuve un fluido intercambio epistolar con Pablo Lucas Murillo de la Cueva, quien me hizo interesan-

tes atingencias sobre el particular. Pero, acicateado por la curiosidad, le pedí a Lucas Murillo que pidiese a su padre, Pablo Lucas Verdú, me hiciese llegar, en su momento, una lista no mayor de diez libros que él considerase importantes en el constitucionalismo del siglo XIX. Con la generosidad de maestro que lo caracteriza, Lucas Verdú me hizo llegar esa lista, que aquí reproduzco como complemento de la que yo realicé, y es la siguiente:

- 1) Antonio Alcalá Galiano
Veinte lecciones de Derecho Político Constitucional explicadas en el Ateneo de Madrid, Boix, Madrid, 1843 (hay reedición del CEC).
- 2) Juan Donoso Cortés
Lecciones de Derecho Político pronunciadas en el Ateneo de Madrid por J. D. C. (1836-1837), en *Obras Completas*, B.A.C., Madrid, 1946, tomo I (hay reedición del CEC).
- 3) J. C. Bluntschli
Derecho Público Universal, Góngora y Cía. Editora, Madrid, 1880, 4 tomos.
- 4) Albert Hänel
Deutsche Staatsrecht, Verlag von Duncker, Leipzig, 1892.
- 5) Paul Laband
Le droit public de l'Empire allemand, trad. francesa, V. Giard, Briere, Paris, 1900-1904, 4 vols. La primera edición en alemán es de 1876; la tercera, de 1895, es la que se tradujo al francés.
- 6) Attilio Brunialti
Il diritto costituzionale e la politica nelle istituzioni, UTET, Torino, 1896, 2 vols.
- 7) Vittorio Emanuele Orlando
Principii di Diritto Costituzionale, 3.ª ed., Firenze, 1913.
- 8) Pellegrino Rossi
Cours de Droit Constitutionnel, Paris, 1843.
- 9) James Bryce
La república norteamericana, La España Moderna, Madrid, 1902 c., 2 vols.

10) A. V. Dicey

Introduction to the law of the Constitution, London, 1908 (hay traducción francesa: París, 1902).

11) Walter Bagehot

The English Constitution (hay traducción francesa y castellana).

De esta lista, en mi personal opinión, reduciría los nombres españoles de dos a uno y quizá prescindiría de Bluntschli. Y lo que se advierte de antemano, y que es aplicable también a la lista que elaboré en relación con el siglo XX, es la ausencia de juristas norteamericanos, que los hay y muy buenos. En el siglo XIX creo que son importantes Joseph Story, *Commentaries on the Constitution of the United States* (1833), y Thomas Cooley, *A Treatise on the Constitutional limitations* (1868), que son dos clásicos. Del siglo XX habría que considerar a Edward S. Corwin, de quien tentativamente prefiero, más que sus libros, algunos de sus ensayos (por ejemplo, el dedicado al control constitucional, o sobre la *Higher Law...*). Hasta donde estoy informado, de esto no hay traducción al castellano, salvo de la abreviatura de Story, hecha por él mismo y traducida y publicada en Buenos Aires a fines del siglo pasado. Y, por cierto, de numerosos libros de Corwin. Quizá los autores norteamericanos mencionados sirvan más para sus esquemas que para los nuestros. Pero aún así hay que considerarlos, pues dentro de esas obras, a veces desiguales, encontramos aportaciones interesantes.

VII

Estas líneas, como queda dicho, son tan sólo comentarios de actualización en forma de notas sueltas y dentro de los límites que me impuse en mi texto primigenio. Pero, salvando los detalles que nunca faltan, creo que lo expresado en 1985 sobre lo que es el Derecho constitucional, cómo estudiarlo y cómo investigarlo, sigue en pie. Por cierto, hoy lo habría escrito y presentado de manera distinta, pero no hubiera cambiado lo que en sustancia señalé en aquella oportunidad.

Lima, noviembre de 1995.

La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España *Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978*

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO

«Artículo 8.— 1. Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional.

2. Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.»

1 El itinerario constituyente del precepto

El primer atisbo del artículo 8 en el *iter* constituyente lo encontramos en el artículo 11 de las actas de la ponencia constitucional¹, artículo relativo a las Fuerzas Armadas, respecto del cual, tras el correspondiente debate, se acordó posponer la discusión de esta materia, sin llegar a prejuzgar su colocación en el Título I o en el que correspondiera². Esta primera toma de contacto con el precepto acontecía en la sesión del 1.º de septiembre de 1977. Dos meses más tarde, en la sesión del 8 de noviembre, la ponencia aprobaba un texto referente a las Fuerzas Armadas que se adjuntaba como artículo 123, precediendo a un artículo relativo a las Fuerzas de Orden Público, dejando pendiente para segunda lectura su colocación³. Sin embargo, conviene subrayar que aun cuando la ubicación del precepto seguía estando pendiente de concretar, la alternativa que parecía prosperar en estos momentos del debate de la ponencia no

¹ Las actas de la ponencia constitucional pueden verse en la *Revista de las Cortes Generales*, n.º 2, segundo cuatrimestre 1984, pp. 251 y ss.

² *Ibidem*, p. 261.

³ *Ibidem*, p. 315.

era la de ubicar el precepto relativo a las Fuerzas Armadas en el título referente al Gobierno, sino situarlo como norma de apertura de un título específicamente dedicado a las «Fuerzas Armadas, de Orden Público y estados de excepción»⁴.

Ya en esos momentos la redacción del precepto equivalente al actual artículo 8 era prácticamente idéntica en su apartado primero a la que habría de ser definitiva (con la sola salvedad gramatical del inciso último en el que se hablaba de «proteger el ordenamiento constitucional»), aunque no así en el apartado segundo, al que se daba una redacción mucho más casuística que la que habría de tener en su última versión⁵.

No encontramos en las actas de la ponencia ni el momento en que se acuerda reubicar este artículo en el Título Preliminar, decisión que hay que presuponer vinculada con la de prescindir de un título dedicado a las Fuerzas Armadas y a las de Orden Público, así como a los estados de excepción, ni las razones a que ello responde. Con todo, se puede entresacar una conclusión de los datos que al efecto obran en las actas de la ponencia. Como bien dice LÓPEZ RAMÓN⁶, si bien se obtuvo en la ponencia un cierto acuerdo sobre el contenido del precepto constitucional, no estaba claro el lugar sistemático donde debía incluirse tal norma. Sin embargo, conviene precisar de inmediato algo que no advierte el citado autor: las dudas de la ponencia no oscilaron entre ubicar el artículo bien en el Título Preliminar, bien en el título relativo al Gobierno, sino que, por el contrario, giraron en torno a la opción entre situar la norma referente a las Fuerzas Armadas en el título que constitucionaliza los principios fundamentales de nuestro sistema jurídico-político, o reubicarla en un título «ad hoc» dedicado precisamente a las Fuerzas Armadas, las de Orden Público y los estados de excepción. Por tanto, en las incertidumbres mantenidas al efecto por la ponencia constitucional no parece encontrar cabida en ningún momento la normación de las Fuerzas Armadas en el título que contempla al Gobierno de la nación.

El anteproyecto de Constitución ubicaba finalmente dentro del entonces numerado como Título I («Principios generales»), un artículo

⁴ *Ibidem*, p. 317.

⁵ A tenor del apartado segundo del art. 123 del texto-borrador inicialmente redactado por la ponencia constitucional: «Una Ley Orgánica regulará los principios básicos de la Organización Militar dentro de los de la presente Constitución y la composición y funciones de una Junta Superior (de la Defensa), como órgano asesor del Gobierno en los asuntos relativos a la Defensa, así como de una Junta de Jefes de Estado Mayor, como órgano colegiado superior del mando militar de las Fuerzas Armadas.»

⁶ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 301.

10, con el que se cerraba el título, sustancialmente coincidente con el actual artículo 8 de la Constitución⁷.

Un total de siete enmiendas se presentaron al texto del artículo 10⁸. El punto más controvertido sería el de la composición de las Fuerzas Armadas, que se vería afectado, de una u otra forma, por seis de esas enmiendas. Las misiones de las Fuerzas Armadas serían objeto, directa o indirectamente, de cuatro de las enmiendas. Tres de ellas incidirían sobre el apartado segundo del precepto. Finalmente, sólo dos (las únicas de las que nos ocuparemos ahora): la enmienda n.º 64, del diputado Sr. Letamendía Belzunce, del Grupo Parlamentario Mixto, y la n.º 736, del Sr. Ortí Bordás, de Unión de Centro Democrático, postularían un cambio de ubicación del precepto. Ambas coincidían en propugnar que la normación constitucional de las Fuerzas Armadas debía quedar situada en el título relativo al Gobierno y a la Administración, justificando el Sr. Ortí Bordás tal mutación en la mayor lógica de que el precepto se ubicase en un artículo inmediatamente anterior al referente a las Fuerzas de Orden Público, y no en un título que versa sobre principios generales.

No vamos a entrar en un análisis exhaustivo de los debates constituyentes⁹, ni tan siquiera en este momento de los que tuvieron lugar en relación con la ubicación del precepto¹⁰. Nos limitaremos a recordar que, obviamente, las enmiendas fueron rechazadas en su totalidad por la ponencia¹¹.

El texto del artículo 8 (nuevo numeral del precepto que nos ocupa, que a la postre sería el definitivo) del informe de la ponencia sería debatido, no por cierto con mucha intensidad, en la sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del 16 de mayo de 1978¹². Circunscribiéndonos ahora al tema de la ubicación, diremos

⁷ La única diferencia entre el texto del art. 10 del anteproyecto y el del actual art. 8 de la Constitución se circunscribe a su apartado segundo. Mientras el texto vigente habla de que la ley orgánica regulará las bases de la organización militar «conforme a los principios de la presente Constitución», el art. 10 del anteproyecto se refería a «dentro de los principios de la presente Constitución», diferencia no sustantiva, circunscrita a la mera construcción gramatical.

⁸ Enmiendas números 2 (Sr. Carro Martínez, Alianza Popular), 35 (Sr. de la Fuente y de la Fuente, AP), 38 (Sr. Gómez de las Rocas, Grupo Parlamentario Mixto), 63 (Sr. Fernández de la Mora, AP), 64 (Sr. Letamendía Belzunce, Grupo Parlamentario Mixto), 463 (Sr. Morodo Leoncio, en nombre del Grupo P. Mixto) y 736 (Sr. Ortí Bordás, Unión de Centro Democrático).

⁹ Cfr. al efecto, Manuel DIEZ ALEGRÍA: «La defensa en el proceso constitucional», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 56 (curso 1978-79), pp. 159-182.

¹⁰ Cfr. al respecto Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, pp. 301-308.

¹¹ *Boletín Oficial de las Cortes* (en adelante BOC), n.º 82, 17 de abril de 1978, p. 1527.

¹² El debate puede verse en *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (en adelante DSCD), Comisión de Asuntos Constitucionales, n.º 67, 16 de mayo de 1978, pp. 2375-2380.

que el Sr. Letamendía, con cuya defensa de su enmienda se inició el debate, argumentaría que «el Ejército es un sector de la Administración, esto es, un agente del Estado, y, como tal, su misión es obedecerlo. Dedicar a la misión del Ejército un artículo del Título Preliminar, que contiene los principios generales de funcionamiento del Estado, equivale a situar al Ejército en un rango distinto, superior al de los demás sectores de la Administración, situación que me parece anormal». A partir de esta reflexión, el Sr. Letamendía entendía que «el encaje idóneo de la función del Ejército está [...] en el Título [...] que trata del Gobierno y de la Administración».

La enmienda —que sería rechazada por 32 votos en contra y ninguno a favor, con dos abstenciones¹³— suscitaría la réplica del diputado centrista Sr. Herrero de Miñón, quien tras considerar que en el Título Preliminar se comprenden las grandes claves de bóveda del edificio constitucional, entendería por lo mismo conveniente que en dicho título figurara una mención expresa de las Fuerzas Armadas. Y ello por dos razones: por una parte, porque si bien es cierto «que las Fuerzas Armadas son parte de la Administración del Estado y su disposición corresponde al Gobierno, encargado de la defensa y de la administración estatal», «también es claro que las Fuerzas Armadas en la España real de hoy y en el Estado de Derecho del Occidente constituyen una pieza clave para el mantenimiento de ese orden»; y por otra, porque aunque «toda la Administración del Estado de Derecho [...] tiene como última misión el mantenimiento de este ordenamiento constitucional», «a las Fuerzas Armadas se les atribuye la última garantía del ordenamiento jurídico constitucional del Estado. Ello las hace exorbitantes respecto del resto de la Administración Pública». Herrero de Miñón concluiría significando que «las Fuerzas Armadas son Administración Pública, pero son también algo más». Ello incluso explicaría, a juicio del diputado centrista, el por qué la jefatura suprema de esas Fuerzas Armadas se atribuye a «quien es cabeza del Estado y garante de su Constitución, esto es, al Rey».

El temor ante aquellas posibles interpretaciones que pudieran extraer de la ubicación del precepto dedicado a las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar, la errónea y, desde luego, nociva conclusión de una suerte de configuración constitucional de un poder militar dotado de cierta autonomía frente al poder civil, está posiblemente en la base no sólo de las enmiendas que propugnan un cambio de ubicación del precepto, sino también de la enmienda n.º 463, suscrita por el Sr. Morodo Leoncio en

¹³ La enmienda suscrita por el diputado centrista Sr. Ortí Bordás se entendería decaída al no estar presente en la Comisión, para su defensa, el referido parlamentario.

nombre del Grupo Parlamentario Mixto y defendida en la Comisión por el Sr. Gastón Sanz, quien propugnaría la adición al precepto de las palabras «como agentes del Estado», en coherencia con la determinación constitucional que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración militar y de la defensa del Estado¹⁴.

La cuestión de la que ahora nos venimos ocupando no sería replanteada en el debate ante el Pleno del Congreso¹⁵, que aprobaba el artículo 8 del texto del dictamen por una abrumadora mayoría de 312 votos a favor frente a dos en contra y dos abstenciones.

En el Senado se presentarían un total de diez enmiendas al texto del precepto que nos interesa. Cinco de ellas: las enmiendas números 172 (del Sr. Gamboa Sánchez-Barcaiztegui), 217 (del Sr. Matutes Juan), 226 (del Sr. Carazo Hernández), 382 (del Sr. Díez Alegría) y 588 (del Sr. de Azcárate Flórez), propugnarían diversas modificaciones respecto de las misiones asignadas a las Fuerzas Armadas, defendiendo a la par la enmienda n.º 172 una alteración de su composición. La enmienda n.º 135 (del Sr. Cela y Trulock) postularía unas puntuales modificaciones terminológicas, mientras que la n.º 322 (del Sr. Sánchez Agesta) se circunscribiría al texto del apartado segundo. Sólo dos enmiendas: las números 11 (del Sr. Satrústegui Fernández) y 292 (del Sr. Bandrés Molet) se inclinarían por un cambio de ubicación del precepto, que en un caso (enmienda n.º 11) se inclinaba a insertarlo en sus mismos términos tras el artículo que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración militar y la defensa del Estado, mientras que en el otro (enmienda n.º 292, del Sr. Bandrés), se ampliaba a una nueva redacción del precepto¹⁶. La última enmienda (enmienda n.º 448, del Sr. Xirinacs i Damians) parecía marginal con la cuestión que nos ocupa¹⁷; sin embargo, puesta

¹⁴ Esta enmienda n.º 463 sería rechazada por 33 votos en contra y uno a favor, con una abstención.

¹⁵ Puede verse en DSCD, n.º 104, 5 de julio de 1978, pp. 3880-3887.

¹⁶ El Sr. Bandrés proponía la supresión del art. 8 por razones de sistemática, modificación que había de ir acompañada de una nueva redacción del art. 97 (precepto que se ubicaba en el título referente al Gobierno y a la Administración), de conformidad con la cual: «Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden Público.»

¹⁷ En su enmienda, el Sr. Xirinacs propugnaba la siguiente redacción para el art. 8: «La Confederación Española renuncia a la guerra como instrumento de su política general y renuncia también a formar parte de cualquier bloque militar internacional.» El influjo que sobre esta enmienda ejercería el art. 6 de la Constitución de la segunda República está fuera de toda duda (a tenor de ese artículo: «España renuncia a la guerra como instrumento de política nacional»). En todo caso, la ausencia de un precepto de naturaleza análoga al del texto republicano puede entenderse suplida, en alguna medida, de un lado, por la proclamación de la voluntad de la nación española (acogida en el Preámbulo de nuestra Carta Magna) de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tie-

en conexión con otra del propio senador (la n.º 522), adquiriría plena vinculación con la misma, al propugnar en esta última, entre otras varias cuestiones, el reconocimiento de la misión correspondiente a las Fuerzas Armadas (garantizar la independencia de la Confederación) en un artículo del título relativo al Gobierno y a la Administración.

En la Comisión de Constitución del Senado¹⁸ se reprodujo el debate que ya tuviera lugar en el seno de la correspondiente comisión de la Cámara Baja. El Sr. Bandrés, en defensa de su enmienda n.º 292, esgrimiría dos argumentos sustanciales. En primer término, un argumento técnico: las Fuerzas Armadas, «institución que forma parte de la Administración», no han de ocupar en la Constitución un «status» privilegiado en el Título Preliminar, donde se consignan las grandes definiciones y los principios generales del ordenamiento jurídico. En segundo lugar, una razón de corte más político: la aparición de las Fuerzas Armadas en un título en el que no aparecen los poderes del Estado, puede suscitar dudas preocupantes acerca de quién toma la grave decisión de intervención de aquéllas al hallarse en peligro uno de los bienes a cuya salvaguarda se orienta la intervención de las Fuerzas Armadas.

El Sr. Satrústegui, en defensa de su enmienda n.º 11, de análoga finalidad a la del Sr. Bandrés, esgrimiría la ausencia de precedentes en el Derecho comparado y la lógica de la ubicación de este precepto inmediatamente después de la definición de las facultades del Gobierno, para terminar exponiendo su impresión de que «este artículo (el art. 8) se ha llevado al Título Preliminar creyendo que con esto se halaga a las Fuerzas Armadas». A su vez, el Sr. Villar Arregui, al expresar el apoyo de su Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes a la enmienda del senador Sr. Satrústegui, se interrogaba acerca del grado de parentesco jurídico de las Fuerzas Armadas con los sindicatos, las asociaciones de empresarios o los partidos políticos, poniendo de relieve que «el respeto a las instituciones no consiste en conferirles un trato aparentemente privilegiado», sino, bien al contrario, en otorgarles «un tratamiento adecuado a su verdadera naturaleza». Y mal servicio se haría a las Fuerzas

rra», y de otro, por la pertenencia de nuestro país a la Organización de las Naciones Unidas, con la subsiguiente vinculación a los principios de la carta de la ONU, por lo que puede sostenerse que España se encuentra internacionalmente obligada «a no usar las Fuerzas Armadas sino al servicio del interés común» y a observar el párrafo cuarto del art. 2 de la misma carta, que dispone que: «Los miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.»

¹⁸ *Diario de Sesiones del Senado* (en adelante DSS), Comisión de Constitución, n.º 41, 22 de agosto de 1978, pp. 1707-1717.

Armadas, a juicio del Sr. Villar Arregui, si se pudiera entender de ellas que son fuerzas sociales, porque, si así fuera, «habríamos llevado a las Fuerzas Armadas al nivel de las bandas armadas, que son las que tienen su origen en la sociedad». Y las Fuerzas Armadas, concluiría el citado senador, no tienen su origen en la sociedad, no se crean espontáneamente en virtud del impulso libre de quien las genera, sino que se inscriben en el área del Estado.

La réplica a las anteriores intervenciones correría a cuenta del senador centrista Sr. González Seara, quien, en lo sustancial, reiteraría los argumentos empleados en el Congreso por el Sr. Herrero de Miñón, subrayando especialmente que aunque las Fuerzas Armadas son parte de la Administración del Estado, «son algo más que mera Administración del Estado y buena y clara prueba de ello es que la Jefatura de las Fuerzas Armadas en la Constitución se le atribuye al Rey».

Las dos enmiendas comentadas serían rechazadas por una gran mayoría de senadores: por 24 votos en contra y una abstención (la del Sr. Bandrés) y por 21 votos contrarios, dos a favor y dos abstenciones (la del Sr. Satrústegui).

En el Pleno de la Alta Cámara¹⁹ se reproduciría el debate habido en la Comisión de Constitución. El senador Sr. Bandrés, en defensa del cambio de ubicación del precepto, llegaría a aducir que la introducción en el Título Preliminar de la regulación de las Fuerzas Armadas era tanto como «decir que los poderes del Estado son el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo, el Poder Judicial y el Poder de las Fuerzas Armadas, y creo que esto es intolerable en un Estado de Derecho». Junto a ello, el citado senador insistiría en que el precepto dejaba en el aire una grave duda acerca del órgano que había de decidir la intervención de las Fuerzas Armadas a fin de cumplir con alguna de las importantes misiones que la Constitución les atribuye. En análoga dirección, el Sr. Satrústegui argumentaría que si quien manda sobre las Fuerzas Armadas es el Gobierno, el artículo en cuestión «debe de ir en el Capítulo en que se definen cuáles son las facultades del Gobierno, entre las cuales está precisamente la de la defensa». En su contrarréplica, el Sr. González Seara señalaría que «con independencia del viejo planteamiento de Montesquieu (se refiere, como es patente, al principio de la división de poderes), existen unas realidades fundamentales dentro de esa ordenación del poder que entiendo es de buen sentido tratar de asumir en una Constitución».

¹⁹ Los debates pueden verse en DSS, n.º 59 (sesión plenaria n.º 33), 26 de septiembre de 1978, pp. 2941-2948.

El Pleno del Senado rechazaría por una amplísima mayoría (151 votos en contra, 3 a favor y 29 abstenciones en la enmienda del Sr. Bandrés, y 143 votos opuestos, 33 a favor y 8 abstenciones en el caso de la enmienda del Sr. Satrústegui) ambas enmiendas, aprobando, pues, el texto del artículo 8 en iguales términos que el Congreso, con la única salvedad (modificación introducida por la Comisión de Constitución y más tarde convalidada por la Comisión Mixta Congreso-Senado) de sustituir, en el apartado segundo, la expresión «dentro de los principios de la presente Constitución», por la de «conforme a los principios de la presente Constitución».

Culminaba de esta forma un itinerario marcado por el consenso alcanzado desde el mismo inicio del proceso por las dos grandes formaciones del arco parlamentario.

2 La singularidad del tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas. Sus posibles explicaciones

Las Constituciones europeas no suelen contener normas análogas a la del artículo 8. Bien es verdad que algunas puntuales excepciones encontramos frente a esta regla general.

La salvedad quizá más significativa es la de la Constitución Federal austriaca de 1920, cuyo artículo 79 (norma de apertura de una suerte de sección relativa al Ejército federal, que se ubica dentro del apartado dedicado a la Administración, que a su vez se sitúa en la parte tercera de la Constitución, referente al Poder Ejecutivo de la Federación) aborda la regulación de esta materia. Su apartado primero²⁰ atribuye al Ejército federal la defensa nacional del país, mientras que el apartado segundo enumera las tareas a las que se destinará el Ejército en la medida en que las autoridades civiles legalmente establecidas lo requieran para ello: protección de las instituciones constitucionales y de su capacidad de funcionamiento, así como de las libertades democráticas de la población; mantenimiento del orden y la seguridad interiores y prestación de ayuda en caso de sucesos y accidentes de magnitud extraordinaria.

Otra excepción la hallamos en el artículo 87 a/ de la Ley Fundamental de Bonn, que se ubica dentro del capítulo referido a la ejecución de las leyes federales y a la Administración federal. Su apartado primero habilita a la Federación para organizar las Fuerzas Armadas para la de-

²⁰ Seguimos el texto de Mariano DARANAS: *Las Constituciones europeas*, Editora Nacional, Madrid, 1979, tomo I.

fensa, mientras que el siguiente apartado dispone que: «Fuera de la finalidad de defensa, las Fuerzas Armadas sólo podrán ser utilizadas en la medida en que lo permita la presente Ley Fundamental.»

La Constitución de Portugal, en su inicial redacción de 1976, dedicaba (dentro de la parte relativa a la organización del poder político) un título a las Fuerzas Armadas. Su artículo 274 las consideraba una institución nacional, mientras que el artículo 273.1 enumeraba sus funciones: garantizar la independencia nacional, la unidad del Estado y la integridad del territorio, añadiendo a ellas en los siguientes apartados del mismo precepto: el aseguramiento de la prosecución de la Revolución de 25 de abril de 1974; la garantía del funcionamiento regular de las instituciones democráticas y del cumplimiento de la Constitución; la garantía de las condiciones que permitan la transición pacífica y pluralista de la sociedad portuguesa a la democracia y al socialismo, y la colaboración en tareas de reconstrucción nacional.

Un precepto de esta naturaleza sólo es explicable, como resulta evidente, en función de las muy peculiares circunstancias de la Revolución de 1974 y del decisivo papel jugado en ella por las Fuerzas Armadas. Sin embargo, la profunda reforma constitucional de 1982 ha conducido a que el título relativo a las Fuerzas Armadas sea sustituido por otro referente a la defensa nacional, en el que se ubica el artículo 275 que contempla a las Fuerzas Armadas, a las que incumbe la defensa militar de la República, que, lógicamente, ha de enmarcarse en la defensa nacional, cuyos objetivos son garantizar, dentro del respeto de las instituciones democráticas, la independencia nacional, la integridad del territorio y la libertad y seguridad de la población frente a cualquier agresión o amenaza externa.

Como puede apreciarse a la vista de lo expuesto, son escasas las normas constitucionales de los países de nuestro entorno que dedican una cierta atención a las Fuerzas Armadas, circunstancia, por cierto, que relativiza muy notablemente el argumento esgrimido por el Sr. Herrero de Miñón en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, en el sentido de buscar una de las apoyaturas del precepto en el Derecho comparado²¹.

²¹ Es cierto —diría el Sr. Herrero de Miñón— que toda la Administración del Estado de Derecho, todos los órganos del Estado tienen como última misión el mantenimiento de este ordenamiento constitucional. Pero no lo es menos cierto, y ello ha sido algo reconocido por otras Constituciones que en nada pudieron ser sospechosas de proclividad a criterios ajenos al puro Estado de Derecho —y me refiero a la Constitución austriaca, hoy vigente—, que en esas Constituciones a las Fuerzas Armadas se les atribuye esta última garantía del ordenamiento jurídico constitucional del Estado. Ello las hace exorbitantes respecto del resto de la Administración pública (DSCD, n.º 67, 16 de mayo de 1978, p. 2376).

Esa misma escasez de normas que en este ámbito material nos ofrece el Derecho comparado aún resalta más el indiscutible influjo que sobre el artículo 8 tuvo el artículo 37 de la ley orgánica del Estado de 1967, norma de apertura del Título VI de la misma, título dedicado de modo específico a las Fuerzas Armadas. A tenor del citado precepto: «Las Fuerzas Armadas de la Nación, constituidas por los Ejércitos de Tierra, Mar, Aire y las Fuerzas de Orden Público, garantizan la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional y la defensa del orden institucional.»

Basta con la lectura de este artículo para llegar a una primera conclusión: el artículo 37 de la citada ley orgánica del Estado no sólo es el precedente más directo del artículo 8 de nuestra Constitución, sino que puede considerarse incluso como la fuente inmediata de inspiración del constituyente en orden a la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas²².

Ahora bien, si original puede considerarse el tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas en el marco del constitucionalismo de nuestro entorno —no así en el de las Constituciones latinoamericanas²³—, esa singularidad se acentúa aún más, si cabe, si se advierte el lugar de ubicación del precepto: el Título Preliminar. Y es a la vista de todo ello por lo que puede hablarse de la originalidad del tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas en el Código político de 1978. ¿Cuáles son las posibles explicaciones que pueden encontrarse en orden a justificar o explicar esa singularidad?

No creemos que la peculiar ordenación constitucional de los Ejércitos responda a una única motivación. Más bien pensamos que son varias las circunstancias que pueden explicar este singular régimen jurídico-constitucional. A ellas vamos a intentar referirnos, como también vamos a aludir a alguna otra razón que quizá pudiera entresacarse del debate constituyente y que, a nuestro juicio, en modo alguno puede explicar aquella singularidad.

²² En análogo sentido se manifiesta Pablo CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho constitucional militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 26. Y no muy distante es la posición de BALLBÉ, para quien la intención del legislador constitucional en este extremo ha tenido como punto de referencia, no tanto las Constituciones comparadas, sino el conocimiento de nuestra historia y el articulado de una de las Leyes Fundamentales del régimen precedente del que se pretendía salir. Manuel BALLBÉ: *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 460.

²³ Cfr. al efecto, Antonio PORRAS NADALES: «Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 35 (nueva época), septiembre-octubre 1983, pp. 183 y ss.; en concreto, pp. 221-222 y 225.

2.1 Las peculiaridades de la transición política

Los singulares rasgos de la transición política española pueden suministrar un elemento de comprensión de la peculiar ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas.

La quiebra del ordenamiento jurídico-político del franquismo a través de la utilización de los cauces previstos por el mismo para su reforma, ilustra significativamente acerca de la originalidad de nuestro proceso de transición de un régimen autoritario a un sistema democrático. El proceso de asunción de un poder constituyente originario viene coartado, a juicio de PORRAS NADALES²⁴, por el hecho de que la iniciativa del proceso es tomada precisamente por los órganos constituidos del anterior ordenamiento.

En este complejo proceso de transición, el papel de las Fuerzas Armadas, bajo la dirección del rey, cuyo mando supremo ejercía, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 6 de la ley orgánica del Estado, sería realmente notable en orden a su feliz culminación.

Las peculiaridades del proceso explican la existencia en la Constitución de 1978 de lo que VERGOTTINI llamara²⁵ «elementi di conservazione del precedente ordinamento», y, entre ellos, «il mantenimento del ruolo di garanzia costituzionale delle Forze Armate»²⁶.

Y es que, desde luego, el artículo 8 no se sustrae a su antecedente más inmediato: el artículo 37 de la ley orgánica del Estado²⁷, del que, como antes dijimos, en buena medida (por supuesto, en mucha mayor medi-

Esta coincidencia con el constitucionalismo latinoamericano es un rasgo también destacado por Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR: «Defensa, interés nacional y seguridad colectiva» (Aclaraciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español), en el colectivo *Constitución y Derecho público* (Estudios en homenaje a Santiago Varela), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 249.

²⁴ Antonio PORRAS NADALES: «Ordenamiento de la defensa...», *op. cit.*, p. 229.

²⁵ Giuseppe DE VERGOTTINI, en el colectivo *La Costituzione Spagnola nel trentennale della Costituzione Italiana*, Arnaldo Forni Editore, Bologna, 1978, pp. 197 y ss.; en concreto, p. 199.

²⁶ Entre nosotros, Gabriel ELORRIAGA FERNÁNDEZ (en «El artículo 8 de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pp. 2545 y ss.; en concreto, p. 2549) ha recordado cómo el pleno consenso de los sectores políticos constituyentes en torno al art. 8 contrasta con el hecho de ser éste uno de los preceptos que, por su técnica revisionista, es más expresivo del carácter reformista de la transición, frente a otros que podríamos situar más cerca de un carácter rupturista.

²⁷ En igual sentido, Rafael PÉREZ ESCOLAR: *Constitución y Fuerzas Armadas*, Asociación Independiente, Madrid, 1981, p. 12. En análogos términos se manifestaría en la Comisión de Constitución del Senado el Sr. Sarrústegui Fernández (DSS, n.º 41, 22 de agosto de 1978, p. 1709).

da que respecto de cualquier otro precedente de Derecho comparado) trae su causa. Pero ello no ha de entenderse, como se sugirió en el debate constituyente, como un halago a las Fuerzas Armadas²⁸, ni mucho menos como una muestra de respeto hacia ese «mudo y ciego» que «golpea delante de él allí donde le ponen», como calificara DE VIGNY al Ejército²⁹, sino como el reconocimiento de una realidad fáctica. Al decir de SUÁREZ PERTIERRA³⁰, la interpretación del artículo 8 es preciso hacerla desde la aplicación de la idea de consenso, que aquí se alza en principio hermenéutico, además de material. La realidad fáctica española, los intereses en juego y las fuerzas en presencia obligaron a ello.

La misma idea está presente larvadamente en el debate constituyente. Y así, por poner dos ejemplos concretos, el Sr. Herrero de Miñón razonaba en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso que era claro que «las Fuerzas Armadas *en la España real de hoy* y en el Estado de Derecho del Occidente constituyen una pieza clave para el mantenimiento de ese orden» (del orden constitucional)³¹. Y el diputado socialista, Sr. Solana Madariaga (Luis), en el Pleno del Congreso, afirmaba: «La realidad es que estamos ante un hecho, y en los temas de guerra, *en los temas de la defensa, los hechos priman sobre cualquier otro planteamiento*»³².

En definitiva, parece relativamente claro que el tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas respondió en mayor o menor grado a la constatación de una realidad preexistente que el poder constituyente asume y, por lo mismo, procede a constitucionalizar, sin que ello llegue a suponer, a nuestro juicio y a diferencia de lo que algún otro sector de la doctrina ha apuntado³³, una verdadera limitación al poder constituyente impuesta por la situación establecida. Y es que, además, no creemos que ésta sea la única, ni tan siquiera la más trascendente, explicación que justifique la razón de ser del artículo 8.

²⁸ Intervención del senador Sr. Satrústegui Fernández (DSS, n.º 41, 22 de agosto de 1978, p. 1710).

²⁹ Alfredo DE VIGNY: *Servidumbre y grandeza militar*, Espasa-Calpe (Colección Austral), 3.ª ed., Madrid, 1962, p. 18.

³⁰ Gustavo SUÁREZ PERTIERRA: «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, *op. cit.*, pp. 2359 y ss.; en concreto, p. 2370.

³¹ DSCD, n.º 67, 16 de mayo de 1978, p. 2376.

³² DSCD, n.º 104, 5 de julio de 1978, p. 3883.

³³ Antonio PORRAS NADALES: «Ordenamiento de la defensa...», *op. cit.*, p. 224.

2.2 Las altas misiones de las Fuerzas Armadas

I. Otra de las posibles explicaciones del encaje del tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar es la relevancia de las misiones atribuidas a aquéllas. Como señalara GUAITA, la trascendencia de las misiones que se asignan a las Fuerzas Armadas justifica la inclusión del precepto que nos ocupa en el Título Preliminar de la Constitución³⁴. Pero es que, además, y ello es especialmente significativo, la enumeración de las misiones de las Fuerzas Armadas entraña la vinculación de éstas a aquéllas y, a la par, un límite insalvable frente al poder de dirección política de las Fuerzas Armadas que corresponde al Gobierno, que no puede recurrir a aquéllas más que para el cumplimiento de alguna de las misiones constitucionalmente contempladas y de acuerdo, en cada caso, con el procedimiento constitucional o legalmente establecido.

Las Fuerzas Armadas son el instrumento del poder soberano que integra en la defensa a todo el pueblo, puesto que la soberanía reside en él como totalidad. Como además constituyen una pieza clave para el mantenimiento del orden que para su pacífica convivencia se ha dado el pueblo soberano a través de sus legítimos representantes, parece perfectamente razonable su tratamiento constitucional en el título que expresa, como dice LUCAS VERDÚ, siguiendo de cerca a SCHMITT³⁵, el conjunto de decisiones políticas básicas que configuran la existencia política del pueblo español.

La defensa de la colectividad se convierte de esta forma en la idea que da su razón de ser a las Fuerzas Armadas, entendiendo aquélla –tal y como con excelente criterio dispone el artículo 2 de la ley orgánica 6/1980, de 1.º de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar– como la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin.

Bien es verdad que el progresivo fortalecimiento del Estado ha producido un desplazamiento de lo que en un principio pudieron ser intereses de la sociedad misma, hacia la esfera de lo estatal, de modo tal que

³⁴ Aurelio GUAITA: «Los derechos fundamentales de los militares», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar...*, *op. cit.*, pp. 2561 y ss.; en concreto, p. 2570.

³⁵ Pablo LUCAS VERDÚ: «Título Preliminar», en Óscar Alzaga Villaamil (dir.), *Comentarios a las leyes políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, tomo I, Madrid, 1983, pp. 19 y ss.; en concreto, p. 20.

aunque la idea de defensa esté fuertemente impresa en la colectividad social, en su articulación prima lo estatal. El Estado, afirma BARCELONA LLOP³⁶, para materializar esta idea de la defensa, crea, sostiene y desarrolla unas Fuerzas Armadas, pero ni ello obsta, en contra de lo que el propio autor sostiene, a la caracterización institucional de las mismas, ni es argumento decisivo que impida la configuración constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar.

Esta enumeración de las altas misiones que se atribuyen a las Fuerzas Armadas ha suscitado otra inquietud que, a nuestro modo de ver, carece de todo sustento. Ya el senador Sr. Bandrés se haría eco de la misma al razonar en la Comisión de Constitución de la Alta Cámara del siguiente modo: «Y yo pregunto, de la simple lectura de este artículo de la Constitución, ¿se deduce con claridad quién toma tan grave decisión? ¿Quién toma, en definitiva, la decisión de que las Fuerzas Armadas deben intervenir, porque está en peligro la soberanía o independencia, porque está en peligro la integridad territorial o el ordenamiento constitucional?»³⁷.

Desde luego, en modo alguno puede estarse de acuerdo con tesis como las de PÉREZ ESCOLAR³⁸, para quien, en cuanto las Fuerzas Armadas forman una pieza de la comunidad española, los problemas de la comunidad les son inherentes, por lo que no deben quedar relegadas a la categoría de instrumento que, en cualquier caso, actúe sin más al dictado del Gobierno, «porque de ser esto válido no se entiende suficientemente el contenido del artículo 8 de la Constitución en su relación sistemática con el artículo 2».

La Constitución debe ser interpretada sistemáticamente, y ello exige atender al artículo 97, que encomienda a un poder del Estado, emanado de la voluntad del pueblo español, el Poder Ejecutivo, ejercido por el Gobierno, la dirección no sólo de la Administración militar, sino también de la defensa, que, como antes decíamos, da su razón de ser a las Fuerzas Armadas. Es patente, pues, que nuestra «Lex superior» no crea un poder militar autónomo; tal tesis conculcaría frontal y radicalmente los postulados constitucionales. Por lo mismo, no atisbamos a ver la preocupación latente en algunos sectores doctrinales³⁹ acerca de la posibilidad de que el Ejército, al amparo del artículo 8, pueda interpretar en

³⁶ Javier BARCELONA LLOP: «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», en *Revista de Administración Pública*, n.º 110, mayo-agosto 1986, pp. 55 y ss.; en concreto, p. 61.

³⁷ DSS, n.º 41, 22 de agosto de 1978, p. 1708.

³⁸ Rafael PÉREZ ESCOLAR: *Constitución y Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, pp. 11-12.

³⁹ Valga para todos, JAVIER BARCELONA LLOP: «La organización militar...», *op. cit.*, p. 62.

un momento determinado el alcance y oportunidad de su misión, según los dictados de su propio entendimiento.

II. Una de las características del Estado liberal es la separación entre el poder civil y el poder militar, dando primacía al primero en cuanto poder político. En la teoría de la división de poderes de Montesquieu se puede ver el origen de la doctrina de la subordinación del poder militar al poder civil. Al exaltar la supremacía del Legislativo sobre el Ejecutivo y el Judicial, no siendo los Ejércitos más que un mero brazo del Ejecutivo, se llega a la conclusión de su subordinación al Poder Legislativo, considerado como eminentemente civil⁴⁰.

La separación del poder militar respecto del poder civil y la afirmación orgánica, en sede constitucional, de la superioridad política de este último, se consolidarán en el período de la Revolución francesa⁴¹.

Es perfectamente conocida la norma de la Constitución de 3 de septiembre de 1791 (art. 12 del Título IV) a cuyo tenor: «La force publique est essentiellement obéissante; nul corps armé ne peut délibérer.» El principio, como diría DUGUIT⁴², venía a significar que la fuerza armada debía de ser un instrumento pasivo en manos del Gobierno. Éste no puede cumplir su misión más que si dispone de tal fuerza; ahora bien, «disposer de la force armée, c'est pouvoir s'en servir comme d'une force matérielle inconsciente. Cela exclut la possibilité pour les commandants de la force armée de refuser, sous un prétexte quelconque, d'obtempérer aux ordres du gouvernement».

El referido precepto de la Carta de 1791 se reiterará de una u otra forma en los códigos constitucionales sucesivos. Y así, por recordar tan sólo algunos, el artículo 113 de la Constitución de 24 de junio de 1793 prescribía que: «La force publique employée contre les ennemis du dehors agit sous les ordres du Conseil exécutif», precepto al que seguiría otro del siguiente tenor: «Nul corps armé ne peut délibérer.» En la misma dirección, el artículo 275 de la Constitución de 22 de agosto de 1795 reiteraría el texto del artículo antes citado de la Constitución de 1791, mientras que el artículo 274 establecía: «La force armée est instituée pour défendre l'Etat contre les ennemis du dehors, et pour assurer au-dedans le maintien de l'ordre et l'exécution des lois.»

⁴⁰ Luis GARCÍA ARIAS: «Las Fuerzas Armadas en la ley orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 152, marzo-abril 1967, pp. 137 y ss.; en concreto, p. 137.

⁴¹ Giuseppe DE VERGOTTINI: *Derecho constitucional comparado*, Espasa-Calpe, Madrid, 1983, p. 294.

⁴² Léon DUGUIT: *Traité de Droit Constitutionnel*, tomo IV («L'Organisation politique de la France»), E. de Boccard, 2.ª ed., París, 1924, p. 597.

HAURIOU⁴³ se referiría por su parte a cómo la organización del ejército, separada de la del gobierno civil, en unión de la subordinación, de la puesta a disposición de la autoridad civil, de la autoridad militar y de la fuerza armada que manda, habían conseguido el prodigio de que el poder militar permaneciera subordinado al poder civil.

Ya en nuestro tiempo y entre nosotros, un ilustre militar, el general DÍEZ ALEGRÍA, pudo afirmar⁴⁴ que ha constituido siempre un axioma la subordinación del Ejército al poder civil. Para conseguirlo se ha propugnado también el apoliticismo de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Si retornamos al análisis de nuestro código constitucional y procedemos, como por otro lado es obligado, a una interpretación sistemática del ordenamiento, podemos advertir que el principio que se sitúa en la misma base del orden constitucional es el de la soberanía del pueblo español, que si bien se residencia en éste como un todo, se expresa a través del pluralismo político que canalizan los partidos, que de esta forma vienen a posibilitar la libre expresión de la voluntad popular. En el marco de la monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado (art. 1.3 CE), la formación política que cuente con la confianza del Congreso ha de asumir las responsabilidades de gobierno, y en cuanto las Fuerzas Armadas están sujetas al ordenamiento constitucional, cuya defensa política o material última les corresponde, es evidente que han de quedar subordinadas a ese poder civil que simboliza el Gobierno de la nación, en cuanto que éste precisamente encuentra su legitimidad en la voluntad mayoritaria, democráticamente expresada a través de los comicios, del pueblo español, verdadero poder soberano del que las Fuerzas Armadas son un instrumento para la materialización de la defensa nacional. Y ahí encuentra su pleno sentido el artículo 97 de nuestra norma suprema, al atribuir al Gobierno la dirección de la Administración militar y de la defensa del Estado.

En suma, como bien señala LÓPEZ GARRIDO⁴⁵, de una visión de conjunto de la Constitución, como exige toda interpretación jurídica, no cabe deducir una conclusión en el sentido de que los Ejércitos puedan situarse en una posición extravagante a la Constitución, o que pudiera legitimarse una intervención militar decidida autónomamente cuando

⁴³ Maurice HAURIOU: *Principios de Derecho público y constitucional*, traducción de Carlos Ruiz del Castillo, Instituto Editorial Reus, 2.ª ed., Madrid, 1929, pp. 172-176.

⁴⁴ Manuel DÍEZ ALEGRÍA: *Ejército y sociedad*, Alianza Editorial, 2.ª ed., Madrid, 1973, p. 50.

⁴⁵ Diego LÓPEZ GARRIDO: «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, vol. II, enero-diciembre 1983, pp. 949 y ss.; en concreto, pp. 951-952.

las propias Fuerzas Armadas consideren que se dan los supuestos del artículo 8. De esta forma, el citado precepto viene a suponer la inserción de las Fuerzas Armadas en el Estado constitucional de Derecho, no implicando en modo alguno una esfera de poder autónomo para aquéllas.

III. Las argumentaciones que preceden no pueden quedar en modo alguno desvirtuadas por la atribución al rey (art. 62, h/, de la Constitución) del mando supremo de las Fuerzas Armadas.

Una manifestación de la subordinación del Ejército al poder estatal, o lo que es igual, al legítimo poder civil del Estado, se encuentra, a juicio de la doctrina⁴⁶, en el hecho de poner a su cabeza al jefe del Estado, bien entendiéndolo como encarnación de la soberanía en las monarquías tradicionales, bien simplemente encomendando al presidente de la República el mando de las Fuerzas Armadas con una función de garantía constitucional y no meramente simbólica, cual acontece con la Constitución de los Estados Unidos (art. 2, sección segunda, epígrafe I), en donde el presidente, como advierte PRITCHETT⁴⁷, es la cabeza ceremonial, jurídica y administrativa de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, en las monarquías parlamentarias en que tal atribución se da⁴⁸, como sucede en la nuestra, el sentido de ese mando supremo de las Fuerzas Armadas no puede quedar desvinculado del rol constitucional del monarca.

Es cierto que puede detectarse un sector doctrinal que ha intentado contraponer al rey y al Gobierno, sobre la base de que el monarca se halla por encima de los intereses particulares que vendrían a representar los partidos y, por lo mismo, el Gobierno legítimo de la nación, que simbolizaría a una determinada mayoría. La trascendencia e intemporalidad de la defensa nacional, y también de las propias Fuerzas Armadas, que materializan la idea de defensa, exigiría que las mismas se vincularan no a un Gobierno representativo de una mayoría parlamentaria, y, precisamente por ello, temporal, sino al rey, símbolo de la unidad y permanencia de la nación, con cuyos ideales se identifican las Fuerzas Armadas, como dice el artículo 4 de la ley 85/1978, de 18 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁴⁶ Francisco JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 29.

⁴⁷ C. Herman PRITCHETT: *La Constitución americana*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1965, p. 467.

⁴⁸ Cfr. al efecto, José M.^o LAFUENTE BALLE: *El rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987, pp. 13-102.

Este razonamiento puede incluso encontrar un cierto sustento en el debate constituyente, a la vista especialmente de las intervenciones del diputado Sr. Herrero de Miñón, para quien⁴⁹ «las Fuerzas Armadas son Administración pública, pero son también algo más», circunstancia que explicaría «por qué la jefatura suprema de esas Fuerzas Armadas se atribuye a quien es cabeza del Estado y garante de su Constitución, esto es, al Rey». Es conocida la defensa llevada a cabo por el propio HERRERO DE MIÑÓN⁵⁰ del *principio monárquico*, en referencia a la figura del rey en las Leyes Fundamentales, principio que, entre otras consecuencias, suponía que al rey le había de corresponder *la realidad del mando militar*⁵¹, bien que, en ese momento, el ejercicio del principio monárquico era la vía que podía posibilitar el tránsito de un régimen autoritario a un sistema constitucional y democrático. Bien es cierto que el propio autor ha insistido en sus formulaciones con posterioridad, al sostener⁵² que el mando supremo de las Fuerzas Armadas, que constituye una dirección propiamente política de las mismas, corresponde al rey bajo el refrendo y responsabilidad del Gobierno, pudiendo reducirse tal atribución al mando meramente eminente o simbólico o ampliarse hasta la dirección efectiva de las fuerzas en combate. En todo caso, el mando supremo, como suprema dirección política, se habrá de ejercer mediante actos únicos, esto es, actos que constitucionalmente lo son del rey y cuya génesis supone la concurrencia de la voluntad regia y la voluntad ministerial, expresada en forma de refrendo.

La admisión de esta tesis supondría el reconocimiento de un verdadero poder regio de dirección de las Fuerzas Armadas, incompatible, como razonaremos después, con la naturaleza de la forma política de nuestro Estado. Y de igual forma ha de ser considerada inconciliable con nuestro sistema constitucional la contraposición a la que antes aludíamos entre el rey, en cuanto «elegido de toda la Nación» y el presidente del Gobierno como «tan sólo el jefe de una mayoría». Como bien dice LÓPEZ RAMÓN⁵³, con este tipo de expresiones parece querer promoverse una situación de paridad entre el principio monárquico y el principio democrático, en la ignorancia de que nuestro sistema constitucional tan sólo está fundado en el principio democrático, uno de cuyos contenidos

⁴⁹ DSCD, n.º 67, 16 de mayo de 1978, p. 2376.

⁵⁰ Miguel HERRERO: *El principio monárquico* (Un estudio sobre la soberanía en las Leyes Fundamentales), Edicusa, Madrid, 1972.

⁵¹ *Ibidem*, p. 118.

⁵² Miguel HERRERO DE MIÑÓN: «El rey y las Fuerzas Armadas», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 7, otoño 1980, pp. 39 y ss.; en concreto, p. 55.

⁵³ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización...*, *op. cit.*, 357-358.

es, justamente, el principio mayoritario, no constituyendo el principio monárquico una fuente de legitimación autónoma para el ejercicio del poder⁵⁴.

Un repaso de los pronunciamientos doctrinales en relación con el significado que ha de darse a la atribución constitucional al rey del mando supremo de las Fuerzas Armadas, nos muestra el carácter muy minoritario de quienes han entendido que esta atribución regia va más allá de lo meramente simbólico.

SÁNCHEZ AGESTA⁵⁵ ve un matiz sutil en la confrontación entre el precepto que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración militar y de la defensa del Estado, y aquel otro que encomienda al monarca el mando supremo de los Ejércitos. A su juicio, en aquellos actos que son propios de la competencia del Gobierno, el rey debe estar informado y puede animar o advertir. Por el contrario, en la competencia que se atribuye directamente al rey, aunque no puede ejercerse sin refrendo, parece que puede corresponder al monarca una cierta iniciativa⁵⁶. El Gobierno puede oponerse y ante la insistencia regia, si considera que no debe asumir la responsabilidad de un acto, puede dimitir, lo que es un freno sin duda a esa iniciativa regia moderada así por el refrendo. Esta interpretación ha sido rechazada con toda razón por ALZAGA⁵⁷, quien entiende que tal tesis, llevada hasta sus últimas consecuencias, implicaría el mando efectivo de las Fuerzas Armadas por el rey.

La mayor parte de la doctrina, con unos u otros matices, entiende que este mando supremo atribuido al rey tiene un carácter simbólico o formal. Se trata, dirá ENTRENA⁵⁸, de una función formal y honorífica. Estamos, cree DE ESTEBAN⁵⁹, ante una función simbólica, lo que no im-

⁵⁴ Análoga argumentación sostiene Juan Carlos DUQUE VILLANUEVA: «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., vol. IV, pp. 2529 y ss.; en concreto, pp. 2540-2542.

⁵⁵ Luis SÁNCHEZ AGESTA: «Significado y poderes de la Corona en el proyecto constitucional», en el colectivo *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 93 y ss.; en concreto, p. 110.

⁵⁶ Esta tesis sería reiterada, matizadamente, por el propio autor en *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 198-199. Aquí, SÁNCHEZ AGESTA entiende que puede corresponder al rey una cierta participación, correspondiente a la autoridad de un superior que implica «un mando».

⁵⁷ Óscar ALZAGA: *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, pp. 414-415.

⁵⁸ Ramón ENTRENA: «Comentario al artículo 62», en Fernando Garrido Falla (coord.), *Comentarios a la Constitución*, Editorial Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1985, pp. 985 y ss.; en concreto, p. 995.

⁵⁹ Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso de Derecho constitucional español*, III, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 361.

pide que, en situaciones de hecho especialmente graves, pueda jugar un papel decisivo el monarca en defensa de la Constitución. LÓPEZ GARRIDO⁶⁰ considera por su parte que el mando supremo de las Fuerzas Armadas está incluido en la serie de actos en los que el rey ejerce sólo una función arbitral o moderadora. En análoga dirección, MENÉNDEZ REXACH⁶¹ estima que el mando supremo atribuido al monarca sobre las Fuerzas Armadas no implica la dirección efectiva de las mismas, sino que tiene carácter simbólico, postura compartida por BLANCO VALDÉS⁶², quien habla del carácter simbólico y representativo de la participación del jefe del Estado tanto en la dirección de la política de defensa a través de su relación con la Junta de Defensa Nacional como de su atribución de mando supremo de los Ejércitos. Y LÓPEZ RAMÓN⁶³, finalmente, bien que sin ánimo exhaustivo, constata cómo la aplicación específica de la teoría general del refrendo a la atribución regia del mando supremo de las Fuerzas Armadas hace que la doctrina mayoritaria española considere que esa atribución es de carácter simbólico, representativo, honorífico, expresión de una autoridad moral.

Introduciendo un ligero matiz en la posición común precedentemente expuesta, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ⁶⁴ cree que la posición del rey en las Fuerzas Armadas le es asignada con el mismo carácter que las demás competencias constitucionales que le son reconocidas, a través de las cuales se trata de representar la unidad y permanencia del Estado, al tiempo que permiten el ejercicio por su parte de una discreta y operativa función de arbitraje y moderación del regular funcionamiento de las instituciones.

CASADO BURBANO, matizando de igual forma la tesis mayoritaria, entiende⁶⁵ que el significado de ese mando supremo de las Fuerzas Armadas tiene un aspecto representativo o simbólico del que deriva la preeminencia formal sobre toda jerarquía militar, pero tiene también un contenido sustantivo, difícil de plasmar en normas jurídicas concretas,

⁶⁰ Diego LÓPEZ GARRIDO: «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, p. 968.

⁶¹ Ángel MENÉNDEZ REXACH: *La Jefatura del Estado en el Derecho público español*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1979, p. 409.

⁶² Roberto L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 135.

⁶³ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, p. 360.

⁶⁴ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Fuerzas Armadas y Administración pública», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar...*, *op. cit.*, vol. IV, pp. 2699 y ss.; en concreto, p. 2705.

⁶⁵ Pablo CASADO BURBANO: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 36, julio-diciembre 1978, pp. 7 y ss.; en concreto, p. 32.

al que le va bien el calificativo de «suprapolítico» y que se traduce en esa posible actuación arbitral y moderadora, no sujeta a reglas previas, que utiliza como único medio la persuasión y que encuentra su más firme apoyo en la autoridad moral de la persona que la ejerce.

Por nuestra parte, hemos de señalar que la regla general respecto de esta atribución, como la mayoría de la doctrina ha significado, no puede ser diferente de las restantes funciones constitucionalmente atribuidas al rey. En consecuencia, el mando supremo de las Fuerzas Armadas presenta un carácter esencialmente simbólico. Ahora bien, en el ejercicio de esta atribución se acentúan quizá esos derechos regios a que se refería BAGEHOT en 1867 al hablar de la monarquía inglesa. «The sovereign –afirmaría Walter BAGEHOT⁶⁶– has, under a constitutional monarchy such as ours, three rights: the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn. And a king of great sense and sagacity would want no others.» Esto es, el rey tiene, respecto del Gobierno que ostenta la dirección efectiva de la Administración militar y de la defensa, correspondiendo, pues, al Ejecutivo la capacidad decisoria en cuanto atañe a una u otra función, el derecho a ser consultado sobre cuanto afecte a las Fuerzas Armadas, el derecho a animar al Ejecutivo en una dirección determinada y, finalmente, el derecho a prevenir sobre los peligros que, a juicio del monarca, pueda entrañar una determinada decisión gubernamental sobre los Ejércitos. Estos derechos, que no se traducen en una competencia determinada, son reconducibles al ámbito de la función arbitral y moderadora que reconoce al monarca el artículo 56 de la Constitución. Están, en suma, más en la línea del ejercicio de la *auctoritas* que de la *potestas*.

Al margen de esta línea interpretativa, FERNÁNDEZ-FONTECHA⁶⁷ ha entendido que el mando supremo, con toda su vaguedad e imprecisión, supone una potestad jurídicamente efectiva y no nominal, aunque ya desarrollada por normas legislativas de rango ordinario. Pero desarrollada en virtud de principios o criterios que no aclaran qué es el mando supremo. El artículo 5 de la ya citada ley orgánica 6/1980, de 1.º de julio, prescribe al efecto que: «Corresponden al Rey las funciones que, en materia de defensa nacional, le confieren la Constitución, las Reales Ordenanzas y las demás leyes y, en especial, el mando supremo de las Fuerzas Armadas.» Este artículo, nuevamente a juicio de FERNÁNDEZ-

⁶⁶ Walter BAGEHOT: *The English Constitution*, Oxford University Press (The World's Classics), Londres, 1974, p. 67.

⁶⁷ Manuel FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES y Alfredo PÉREZ DE ARMIÑÁN: *La monarquía y la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid, 1987, p. 363.

FONTECHA, nos remite a un problema que se puede plantear en cualquier instante: el problema de la emisión de órdenes regias, naturalmente sujetas al refrendo, con eficacia inmediata sobre la cadena de mando, y eficacia jurídica, no fáctica. El autor centra, pues, el contenido de esta atribución no en el mando político, que el artículo 97 de nuestra norma suprema atribuye inequívocamente al Gobierno, sino en el mando militar, sin precisar qué tipo de órdenes regias pueda dar el rey, con la sujeción al refrendo ministerial.

Ha sido DE OTTO quien ha profundizado en esta línea de investigación, partiendo de la tesis de que el mando supremo tiene algún contenido; en concreto, la potestad de dar órdenes propias de los superiores respecto de los inferiores en el seno de la organización militar⁶⁸. Se trataría de una potestad de dar órdenes al margen de la competencia de mando, que el artículo 12.1 de la ley orgánica 6/1980 atribuye a los jefes de Estado Mayor de los tres Ejércitos bajo la autoridad y directa dependencia del ministro de Defensa, quien a su vez ejerce, por delegación del presidente del Gobierno, la facultad de «ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas» (artículos 10 y 8.1 de la ley orgánica 6/1980). En tiempo de guerra cabe que el Gobierno nombre al jefe del Estado Mayor de la Defensa, general jefe del mando operativo de las Fuerzas Armadas, ejerciendo, bajo la autoridad del presidente del Gobierno, la conducción de las operaciones militares (art. 11 bis. 3 de la misma ley orgánica 6/1980). En consecuencia, ni en tiempo de paz ni de guerra corresponde al monarca la competencia de mando.

La potestad de dar órdenes, que derivaría del mando, teniéndose aun sin él, no puede ejercerse lícitamente más que de manera complementaria, en el espacio que dejen libres las relaciones de mando, pues es obvio que la superioridad jerárquica no puede utilizarse para invadir competencias ajenas, esto es, en contra del mando de quien lo tenga⁶⁹. De esta forma, el rey, que obviamente no es el jefe de la cadena de mando militar, tendría un supremo poder de dar órdenes que lo convierte en un oficial sin mando situado en la cúspide de la jerarquía militar⁷⁰. El resultado, según DE OTTO⁷¹, es que el monarca tiene la máxima autoridad militar, pero desprovista por completo de mando, o lo que es igual, tiene la potestad, pero carece de la competencia en que pueda ejercerla lícitamente, con lo que la conclusión final es que la potestad regia de dar

⁶⁸ Ignacio DE OTTO: «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23, mayo-agosto 1988, pp. 11 y ss.; en concreto, p. 37.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 39.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁷¹ *Ibidem*, p. 41.

órdenes difícilmente puede desplegarse más allá de un terreno puramente simbólico.

Si el rey no puede dar órdenes fuera de las competencias que le sean legalmente reconocidas, y el ordenamiento le aparta de la jefatura de la cadena de mando en cualquier circunstancia, el contenido de esta potestad de mando —que dimana de situarse el monarca en la cúspide jerárquica de una institución fuertemente jerarquizada— se manifiesta tan sólo en lo meramente simbólico, con lo cual la conclusión de DE OTTO no hace, desde nuestro punto de vista, sino corroborar la línea doctrinal mayoritaria a la que hemos venido haciendo referencia. Bien es verdad que en una situación tan extraordinaria como la del 23 de febrero de 1981, una tesis como la inmediatamente antes expuesta cobra una más plena traducción, por cuanto viene a habilitar la utilización por el monarca de esa potestad sin competencia que es la de impartir órdenes militares, cuyo ejercicio resulta ahora legitimado por una doble circunstancia: la imposibilidad física del normal funcionamiento de las instituciones y la existencia de un supuesto de hecho de indisciplina de un sector minoritario de las Fuerzas Armadas. Así las cosas, el rey hace uso de la previsión del inciso final del artículo 38 de las reales ordenanzas, que, taxativamente, prevé: «Ningún jefe tolerará ni disimulará la falta de subordinación.»⁷²

A modo de conclusión de todo lo expuesto, hemos de significar, en coherencia con lo anteriormente dicho, que, a nuestro modo de ver, la atribución al rey del mando supremo de las Fuerzas Armadas no desvirtúa en lo más mínimo la tesis precedentemente referida de la sujeción de las Fuerzas Armadas al legítimo poder civil del Estado.

2.3 La naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas

La última de las posibles explicaciones que justificarían la inserción en el Título Preliminar del precepto dedicado a las Fuerzas Armadas es la naturaleza institucional de las mismas. A juicio de TRILLO-FIGUEROA⁷³, las Fuerzas Armadas son algo más que un simple denominador común terminológico. Son una unidad institucional. Si esa realidad institucional ejerce materialmente la fuerza legítima o poder coactivo que va implícito en la noción de soberanía, velando por la propia existencia del Estado, no puede concebirse que la Constitución la olvide. Por ello, siempre

⁷² *Ibidem*, p. 43.

⁷³ Federico TRILLO-FIGUEROA M-CONDE: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española» (Esbozo de una construcción institucional), en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 12, noviembre-diciembre 1979, pp. 105 y ss.; en concreto, pp. 11 y 115.

a juicio del citado autor, la Constitución no sólo acierta al recoger a las Fuerzas Armadas, sino también –y ello es uno de sus mejores logros– al incorporarlas al Título Preliminar, pues éste ha pretendido integrar constitucionalmente las grandes realidades institucionales contemporáneas.

También para ELORRIAGA⁷⁴ resulta evidente que el espíritu constituyente corrobora la idea institucionalista de las Fuerzas Armadas, anteponiéndola a una cierta minusvaloración de la función militar. A su juicio, la voluntad constituyente es muy clara al respecto y legitima la institución nacional de las Fuerzas Armadas con un carácter propio e inconfundible entre las instituciones del Estado⁷⁵.

En dirección similar, bien que subrayando más los aspectos sociológicos, CASADO BURBANO⁷⁶ considera que en cuanto cuerpo social, las Fuerzas Armadas reúnen aquellas notas de objetividad, ordenamiento específico, organización, estabilidad y fin que, entre otras, caracterizan y configuran a toda institución. Son, pues, una institución del Estado que, en último término, persigue los mismos fines que éste. Por su parte, LÓPEZ GARRIDO⁷⁷, a partir del concepto operacional o descriptivo de lo que ha de entenderse por institución, ofrecido por GARCÍA PELAYO, caracteriza a las Fuerzas Armadas como un ámbito de la estructura estatal que tiende a conformarse como una institución. La Constitución ha asumido esta realidad al mencionarlas expresamente en el Título Preliminar, si bien, a juicio de este autor, ha asumido el aspecto jurídico de la institución, o sea, su sentido unitario en la estructura estatal. En consecuencia, las Fuerzas Armadas son, para LÓPEZ GARRIDO, una institución de relevancia constitucional.

No comparten las tesis precedentes un amplio sector de autores, como es el caso de GUAITA⁷⁸, para quien la inclusión de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar no implica que aquéllas queden desadministra-

⁷⁴ Gabriel ELORRIAGA FERNÁNDEZ: «El artículo 8 de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar...*, vol. IV, *op. cit.*, pp. 2545 y ss.; en concreto, p. 2549.

⁷⁵ José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (en «Fuerzas Armadas y Administración pública», *op. cit.*, pp. 2720-2721) sigue también este planteamiento, al señalar que las Fuerzas Armadas son una institución estatal, esto es, una organización institucional inserta en el Estado, dotada de perfiles organizativos y funcionales propios justificados en su específica misión constitucional.

⁷⁶ Pablo CASADO BURBANO: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», *op. cit.*, p. 9.

⁷⁷ Diego LÓPEZ GARRIDO: «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pp. 957-959.

⁷⁸ Aurelio GUAITA: «Los derechos fundamentales de los militares», *op. cit.*, p. 2570. Ya este autor (en su *Derecho administrativo especial*, Librería General, vol. I, Zaragoza, 1965, pp. 61 y ss.), treinta años atrás, defendía la tesis de la Administración militar.

tivizadas⁷⁹. En la misma dirección, BARCELONA LLOP⁸⁰, tras considerar que el artículo 8 implica el reconocimiento de la trascendencia de la misión estatal de las Fuerzas Armadas, pero en absoluto prejuzga su naturaleza para el Derecho, pues estamos más bien ante un precepto casi testimonial⁸¹, concluye rechazando la tesis institucional y optando por la de que las Fuerzas Armadas constituyen un sector de la Administración pública^{82y83}. Y LÓPEZ RAMÓN, tras rechazar la caracterización institucional de las Fuerzas Armadas⁸⁴, se ha inclinado decididamente en favor de la tesis administrativa⁸⁵. A su juicio, la única caracterización posible de las Fuerzas Armadas reside en afirmar su inserción en la Administración del Estado. La expresión «Administración militar» incluye a las Fuerzas Armadas, pues, siempre según LÓPEZ RAMÓN, no parece posible reducir el significado de la Administración militar a las estructuras ministeriales de la Administración del Estado, es decir, en la actualidad, al Ministerio de Defensa.

No han faltado algunas posiciones intermedias, como la de SUÁREZ PERTIERRA, para quien ninguna de las dos categorías de «institución» y «administración» son capaces de abarcar en su conjunto la naturaleza de las Fuerzas Armadas⁸⁶, si bien el citado autor alude con posterioridad a la progresiva administrativización de las Fuerzas Armadas, en lo que parece ser la tesis con la que en mayor grado se siente identificado. DE ESTEBAN, por su parte, considera que la inclusión de las Fuerzas Armadas dentro de la Administración militar no puede desconocer la significación institucional de que disfrutaban en nuestro régimen constitucional y la relativa autonomía estructural, funcional y normativa que les reconoce el artículo 8.1 de la Constitución^{87 y 88}.

⁷⁹ Esta tesis es compartida por José M.^º LAFUENTE BALLE: *El rey y las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, p. 344.

⁸⁰ Javier BARCELONA LLOP: «La organización militar...», *op. cit.*, pp. 58-72.

⁸¹ *Ibidem*, p. 77.

⁸² *Ibidem*, p. 71.

⁸³ Para Roberto GONZÁLEZ VALLEJO (en «La Defensa nacional, las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978», en el colectivo *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en España*, Tecnos-Universidad Hispanoamericana Santa M.^ª de la Rábida-Universidad de Sevilla, Madrid, 1992, pp. 123 y ss.; en concreto, p. 131), Administración militar y Fuerzas Armadas son simplemente la misma cosa.

⁸⁴ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, pp. 365-369.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 376-381.

⁸⁶ Gustavo SUÁREZ PERTIERRA: «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pp. 2375-2376.

⁸⁷ Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso de Derecho constitucional español*, *op. cit.*, III.

⁸⁸ Para José FERNÁNDEZ LERA (en «Constitución y Fuerzas Armadas: una mirada hacia el futuro», en el colectivo *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en Espa-*

Finalmente, otro sector de la doctrina⁸⁹ considera que la connotación institucionalista del artículo 8 de la Constitución puede ser obviada mediante la noción de poder público. Las Fuerzas Armadas, se sostiene, actúan como poder público. Son, pues, agentes del Estado y no una institución del mismo. Es decir, aunque se admite que el artículo 8 encierra una concepción institucional de los Ejércitos, ésta es rechazada desde otra perspectiva.

Desde nuestro punto de vista, no cabe la menor duda de que las Fuerzas Armadas tienen una naturaleza institucional y esta perspectiva fue tenida en cuenta, indiscutiblemente, por los constituyentes a la hora de su constitucionalización en el Título Preliminar. Es claro que las Fuerzas Armadas son Administración militar, pero son algo más, como se advirtiera en el debate constituyente, de tal forma que ese «algo más» bien puede referirse a esa naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas. No digo que ésta fuera la única explicación; es obvio, a estas alturas de mi exposición, que a esta razón se unieron otras, pero, desde luego, es un argumento más que sin duda contó en favor de la ubicación constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar. Varios argumentos pueden ser esgrimidos, a nuestro modo de ver, para sustentar la tesis insitucional. A ellos pasamos a referirnos.

a) Las Fuerzas Armadas reúnen los rasgos característicos de cualquier institución social. Son, en efecto, un conjunto social perfectamente delimitado frente al exterior, cuyos miembros participan de un sentimiento corporativo que se traduce en una peculiar conciencia de grupo. El que JANOWITZ denominara «military style of life» intensifica la cohesión del grupo y la lealtad personal, coadyuvando asimismo al mantenimiento del espíritu marcial⁹⁰. Y es que, a juicio del propio autor, la profesión militar es más que una ocupación: es un completo estilo de vida. En conexión con tal circunstancia, puede ser considerado como rasgo tradicional de los Ejércitos un cierto aislamiento respecto del resto de la sociedad, que se ha explicado por la propia peculiaridad del «military style of life». «If the military style of life strives to produce an internally cohesive

ña, *op. cit.*, pp. 99 y ss.; en concreto, p. 111), el reforzamiento de las Fuerzas Armadas como institución social no excluye su tratamiento como Administración, pero tampoco aquel tratamiento debe ser excluido.

⁸⁹ Miguel DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y otros: «El control jurídico constitucional de la transición militar» (Relevancia y conexiones constitucionales del art. 8.1 CE), en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, IV, *op. cit.*, pp. 2953 y ss.; en concreto, p. 2962.

⁹⁰ Morris JANOWITZ: *The Professional Soldier. A social and political portrait*, The Free Press Paperback, Macmillan, Londres, 4.ª impr., 1968, p. 175.

community –manifiesta JANOWITZ⁹¹–, at the same time, it thwarts social integration with civilian society.»

b) Las Fuerzas Armadas tienen un específico código de valores⁹². En los últimos doscientos años, afirma MARTÍN JIMÉNEZ⁹³, los Ejércitos han conservado en lo esencial los valores tradicionales que les animan. Este conjunto de valores conecta con un peculiar modo de sentir y pensar, esto es, con lo que ha sido denominado la mentalidad militar. Sería HUNTINGTON quien por vez primera acuñara la expresión «*the military mind*»⁹⁴. El Título II de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por la ley 85/1978, de 28 de diciembre, contiene los principios éticos que deben informar, en todo momento, la conducta del militar, sus virtudes fundamentales: la disciplina, el sentimiento del honor, la subordinación, la discreción, el espíritu de unidad... etc. El propio Tribunal Constitucional se ha referido a este peculiar código de valores⁹⁵ al razonar que los bienes jurídicos protegidos por los delitos contra el honor militar «guardan relación directa con la *peculiar naturaleza y singulares valores de la organización castrense*, dentro de la que destaca la condición o status de militar, como particular manera de ser y actuar en pro de altos fines, que comporta la sujeción a un sistema normativo en que se imponen de forma muy significativa determinados valores [...]».

c) Esta peculiaridad de los miembros de la institución castrense se orienta al logro de una idea objetiva, idea sobre la cual, como señalara HAURIOU⁹⁶, va a reposar la institución, convirtiéndose en la idea-fuerza que atrae a su alrededor simpatías, vocaciones y concursos. Esta idea es la defensa militar de España, razón de ser de los Ejércitos, como dice el artículo 3 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

d) La institución tiene una alta valoración de su propia misión, lo que ha conducido a la misma a una cierta autosuficiencia respecto a la sociedad exterior. Quizá sea significativo al respecto el dicho inglés: «There are three ways to get the things done: the right way, the wrong way and the military way.»

⁹¹ *Ibidem*, p. 204.

⁹² Cfr. al efecto, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 51, mayo-junio 1986, p. 79 y ss.; en especial, pp. 101-113.

⁹³ Hilario MARTÍN JIMÉNEZ: *Los valores morales de las Fuerzas Armadas en las reales ordenanzas de S.M.D. Juan Carlos I*, Imprenta Litomaype, La Laguna, 1980, p. 35.

⁹⁴ Samuel P. HUNTINGTON: *The Soldier and the State. The theory and politics of civil-military relations*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 5.ª impr., 1972, pp. 59 y ss.

⁹⁵ Auto del Tribunal Constitucional 446/1984, de 11 de julio, fund. jur. 6.

⁹⁶ Maurice HAURIOU: *Principios de Derecho público y constitucional*, op. cit., p. 85.

e) La institución tiene su propio ordenamiento jurídico, el Derecho militar, que contribuye a darle cohesión y eficacia. Dondequiera que han existido Fuerzas Armadas regulares y organizadas, afirma QUEROL Y DURÁN⁹⁷, han funcionado, más o menos embrionariamente, las leyes y justicia de carácter militar específico, porque siempre ha sido facultad y deber del mando mantener, en las huestes sobre las que se ejerce, la disciplina, a cuyo fin es indispensable el uso rápido y eficaz del poder punitivo⁹⁸. En análoga dirección, CASADO BURBANO⁹⁹ ha constatado que desde tiempos remotos puede apreciarse como un núcleo esencial de bienes y valores protegidos por normas penales que hacen relación directa a la eficacia de las Fuerzas Armadas en el combate.

f) La institución militar requiere, para el eficaz cumplimiento de sus altas misiones, de una específica forma de organización y de un régimen jurídico singular del personal integrado en la institución, como el propio Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de reconocer^{100 y 101}. Las Fuerzas Armadas se inspiran todavía en una concepción monolítica que prevé la concentración del poder decisorio en una estructura unitaria¹⁰². De esta forma, la jerarquía se convierte en el instrumento fundamental de la organización operativa, indispensable para conseguir la unidad de acción, de dirección y de mando. La jerarquía, ha dicho ROJAS CARO, es el hilo conductor de las Fuerzas Armadas como paradigmática estructura de autoridad que condiciona toda la vida del organismo y resplandece en el ámbito de las relaciones interindividuales de los mili-

⁹⁷ Fernando DE QUEROL Y DURÁN: *Principios de Derecho militar español*, Editorial Naval, tomo I, Madrid, 1948, p. 31.

⁹⁸ Bien es verdad que, como señala Vincenzo MANZINI (*Diritto Penale Militare*, 2.ª ed., Padova, 1932, p. 2, nota 2), todos los códigos militares traen principalmente su origen de las instituciones creadas por la Revolución francesa, a partir del «Code des délits et des peines pour les tropes de la République», de 11 de noviembre de 1796.

⁹⁹ Pablo CASADO BURBANO: «Visión histórica del Derecho penal militar español. Comentario al Capítulo I del Código Penal Militar», en Ramón Blecuá y José Luis Rodríguez-Villasante (dirs.), *Comentarios al Código Penal Militar*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 29 y ss.; en concreto, p. 29.

¹⁰⁰ STC 107/1986, de 24 de julio, fund. jur. 4.

¹⁰¹ No puede haber duda —ha admitido el Tribunal Constitucional, en su auto 375/1983, de 30 de julio, fund. jur. 2— que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 CE, representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines. A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización *un indispensable sistema jerárquico manifestado en una especial situación de sujeción* enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual.

¹⁰² Antonio INTELISANO, en la obra colectiva coordinada por Silvio Rondato, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, CEDAM, Padova, 1987, p. 15.

tares en el interior del sistema¹⁰³. Las mismas peculiaridades del Derecho penal y procesal militar resultan genéricamente de esta organización profundamente jerarquizada de las Fuerzas Armadas, como el propio juez de la Constitución ha admitido^{104 y 105}.

g) Finalmente, como acabamos de decir, la pertenencia a la institución comporta, en aras de la eficacia de la misma, un régimen jurídico singular, un «status» particular del personal integrado en aquélla. Como en otro lugar hemos señalado¹⁰⁶, la especialidad de este régimen tiene como última «ratio» el mantenimiento de los que pueden ser considerados como los tres principios nucleares de la organización castrense: la unidad, la jerarquía y la disciplina.

En suma, a la vista de las reflexiones precedentes, bien puede defenderse la naturaleza institucional de las Fuerzas Armadas, y, en coherencia con ello y con algunas de las tomas de posición en el debate constituyente, entender que esta naturaleza fue otra de las razones atendidas por los constituyentes a la hora de incluir el tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar.

2.4 Reflexión final

A la vista de lo expuesto inmediatamente antes, nuestra primera afirmación creemos queda en alguna medida corroborada. Varias circunstancias confluyeron para desencadenar el singular tratamiento constitucional de las Fuerzas Armadas. Es evidente que el peculiar proceso de la transición debió influir y ello da fuerza a la hipótesis de que muchos constituyentes, consciente o inconscientemente, optaron por incorporar a la norma suprema una realidad preexistente. Pero es seguro que también debieron ejercer un peso considerable en esta decisión perfectamente consensuada las altas misiones que la Constitución atribuye a las

¹⁰³ José ROJAS CARO: *Derecho disciplinario militar*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 42.

¹⁰⁴ STC 180/1985, de 19 de diciembre, fund. jur. 2.

¹⁰⁵ El valor primordial que la subordinación jerárquica y la disciplina tienen en la institución militar hacen, a juicio del Alto Tribunal (STC 44/1983, de 24 de mayo, fund. jur. 1), que en su ámbito el procedimiento disciplinario no pueda, por su propia naturaleza, quedar sometido a las garantías procesales generalmente reconocidas para los procesos judiciales, pues su razón de ser reside en la prontitud y rapidez de la reacción frente a las infracciones de la disciplina militar.

¹⁰⁶ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 64 (nueva época), abril-junio 1989, pp. 93 y ss.; en concreto, p. 97.

Fuerzas Armadas. Y desde luego, creemos que la naturaleza institucional de los Ejércitos estuvo presente en el sentir de muchos constituyentes al adoptar la decisión que comentamos.

Ahora bien, llegados aquí hemos de significar que no creemos que la constitucionalización de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar y la admisión de la interpretación de que ello responde, en buena medida, a su naturaleza institucional, debe desencadenar como consecuencia jurídica inmediata la protección constitucional de las Fuerzas Armadas a través de la técnica de la garantía institucional, como ha señalado LÓPEZ GARRIDO¹⁰⁷. Por el contrario, concordamos plenamente con LÓPEZ RAMÓN¹⁰⁸ cuando sostiene que las Fuerzas Armadas no disfrutaban de la garantía institucional, pues no creemos que exista un núcleo o reducto indisponible por el legislador, quien goza de libertad para configurarlas como estime oportuno, en el respeto lógicamente de los dictados constitucionales.

En definitiva, la constitucionalización de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar carece, como señala CASADO BURBANO¹⁰⁹, de especial significado jurídico, aunque, ciertamente, implique un «plus» respecto de otras instituciones del Estado, lo que se explica de modo muy particular tanto por las específicas singularidades de la institución como por las latas misiones que se le encomiendan.

3 La composición de las Fuerzas Armadas

El artículo 8, siguiendo el precedente del artículo 37 de la ley orgánica del Estado, precisa la composición de las Fuerzas Armadas, que quedan constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, separándose, sin embargo, de modo radical, del precepto que en este punto sirve de inspiración, por cuanto el citado artículo 37 integraba dentro de las Fuerzas Armadas a los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire y a las Fuerzas de Orden Público. Con la Constitución, las ahora llamadas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad quedan perfectamente deslindadas de las Fuerzas Armadas, al ser objeto del artículo 104 de la «Lex superior», ubicado en el Título IV, referente al Gobierno y a la Administración, que, además, con muy buen criterio, atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de

¹⁰⁷ Diego LÓPEZ GARRIDO: «La posición constitucional...», *op. cit.*, pp. 959-961.

¹⁰⁸ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, pp. 375-376.

¹⁰⁹ Pablo CASADO BURBANO: «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», *op. cit.*, p. 11.

Seguridad unas misiones bien dispares de las encomendadas a las Fuerzas Armadas: proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (art. 104.1 CE).

Esta cuestión se convertiría en una de las más controvertidas del artículo 8, especialmente en su debate en el Congreso de los Diputados. Como ya tuvimos oportunidad de reseñar, de las siete enmiendas presentadas, seis afectaban a la composición de las Fuerzas Armadas de una u otra forma. De esas seis enmiendas, tres de ellas (la n.º 2, del Sr. Carro Martínez; la n.º 35, del Sr. de la Fuente y de la Fuente, y la n.º 63, del Sr. Fernández de la Mora) postulaban la supresión de la referencia constitucional a la composición de las Fuerzas Armadas. Una cuarta (la enmienda n.º 64, del Sr. Letamendía, en el texto del art. 102, alternativo al art. 10 del anteproyecto, cuya supresión pedía) también propugnaba que se guardara silencio sobre la composición de las Fuerzas Armadas, si bien, implícitamente, parecían diferenciarse en ella con nitidez las Fuerzas Armadas de las de Orden Público. Las dos restantes enmiendas defendían que las Fuerzas Armadas abarcasen también, en un caso (enmienda n.º 38, del Sr. Gómez de las Rocas), a «los demás cuerpos o institutos que reciban consideración militar», y en el otro (enmienda n.º 463, del Grupo Parlamentario Mixto, suscrita por el Sr. Morodo), a «las Fuerzas de Orden Público». También el Grupo Parlamentario de Alianza Popular presentó un voto particular al anteproyecto de Constitución, por el que se pretendía la supresión del artículo 8 de la referencia a la composición de las Fuerzas Armadas.

En la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso, el Sr. Fraga defendería el voto particular de su grupo aduciendo que ni presentaba naturaleza constitucional la enumeración de los integrantes de las Fuerzas Armadas, ni la evolución técnica de los futuros Ejércitos hacía aconsejable esta enumeración¹¹⁰, argumentación a la que el propio diputado añadiría, ya en su intervención ante el Pleno de la Cámara Baja¹¹¹, la de que tal enumeración quizá no dejaba clara «la situación de unidades como la Guardia Civil, que forman parte claramente, por tradición y derecho, de las Fuerzas Armadas».

En el turno en contra, el Sr. Llorens Barges, diputado centrista, se mostraría partidario¹¹² de que fuese la legislación de desarrollo constitucional la que hiciese las matizaciones precisas respecto de la Guardia Civil, mientras que el diputado socialista Sr. Solana Madariaga (Luis)

¹¹⁰ DSCD, n.º 67, 16 de mayo de 1978, pp. 2376-2377.

¹¹¹ DSCD, n.º 104, 5 de julio de 1978, pp. 3880-3881.

¹¹² DSCD, n.º 104, 5 de julio de 1978, pp. 3881-3882.

manifestaba que aunque la Guardia Civil tenía que participar en la defensa, como todos los demás ciudadanos, sólo las Fuerzas Armadas integran al pueblo en la defensa y sólo ellas por lo tanto tienen que estar recogidas en la Constitución¹¹³.

En el Senado, el tema pasaría casi inadvertido. Sólo una enmienda (la n.º 172, del Sr. Gamboa Sánchez-Barcaiztegui) propugnaría que en las Fuerzas Armadas quedasen integrados los institutos y cuerpos armados sometidos a disciplina militar, posición que se justificaría en que tales cuerpos e institutos también participan de la misión general que el precepto encomienda a las Fuerzas Armadas¹¹⁴. La cuestión apenas sí suscitaba debate en la Cámara Alta.

Resulta una obviedad que la problemática de fondo latente en la composición de las Fuerzas Armadas era la del posible encaje en aquéllas de la Guardia Civil, cuerpo que tradicionalmente ha venido formando parte del Ejército de Tierra, como ya lo reconociera su ley constitutiva de 1878 y la ley adicional a la misma de 1889.

Ciertos sectores doctrinales han interpretado que la Constitución no se ha pronunciado sobre la cuestión de la pertenencia de la Guardia Civil a las Fuerzas Armadas, correspondiendo por tanto al legislador ordinario, en su caso, la decisión al respecto¹¹⁵, mientras que otros¹¹⁶ han avanzado que el espíritu del artículo 8.1 no tiene intencionalidad orgánica limitativa, en cuanto se puede afirmar que los redactores del artículo y las Cortes que lo aprobaron no consideraron tal problema, y su idea al enumerar los componentes de las Fuerzas Armadas fue diferenciarlas de las de Orden Público. No han faltado quienes han criticado la taxatividad de la enumeración¹¹⁷.

No nos sentimos identificados con las opiniones inmediatamente precedentes, sino que creemos, con BLANCO VALDÉS, que el principio establecido en la Constitución en materia de composición de las Fuerzas Armadas no es sino el de que aquéllas están constituidas exclusivamente por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire¹¹⁸. Y es como,

¹¹³ DSCD, n.º 104, 5 de julio de 1978, pp. 3883-3884.

¹¹⁴ DSS, n.º 41, 22 de agosto de 1978, pp. 1712-1713.

¹¹⁵ Pablo CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho constitucional militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, p. 27. Análoga es la posición de Óscar ALZAGA (en *Comentario sistemático...*, *op. cit.*, p. 129), para quien nuestras Constituyentes prefirieron dejar la cuestión de la condición de la Guardia Civil a su tratamiento en la legislación ordinaria.

¹¹⁶ Juan CANO HEVIA: «Fuerzas Armadas», en J. J. González Encinar (dir.), *Diccionario del sistema político español*, Akal Editor, Madrid, 1984, pp. 349 y ss.; en concreto, p. 357.

¹¹⁷ José M.ª LAFUENTE BALLE: *El rey y las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, p. 345.

¹¹⁸ Roberto BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, *op. cit.*, pp. 77-78.

como afirma TRILLO-FIGUEROA¹¹⁹, la Constitución, al acoger el término «Fuerzas Armadas», lo adaptó a los enunciados del Estado democrático, a cuyo efecto no incluye ya a las Fuerzas de Orden Público –ahora Fuerzas y Cuerpos de Seguridad–, integradas por la ley orgánica del Estado de 1967, como ya advertimos, dentro de las Fuerzas Armadas, cuerpos que, aun pudiendo estar sometidos a disciplina militar, no forman parte, sin embargo, de las Fuerzas Armadas.

Esta interpretación se sustenta no ya en la dicción literal del artículo 8.1, sino también en el propio itinerario del precepto, que nos revela de modo inequívoco no sólo el rechazo del constituyente a incorporar los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad a las Fuerzas Armadas, sino incluso su deseo patente de explicitar quiénes integran las Fuerzas Armadas, frente a los que postulaban la indefinición del constituyente en este punto. Más aún, una interpretación sistemática del artículo 8 y del artículo 104 corrobora esta tesis. El constituyente ha procedido a deslindar con bastante nitidez las funciones constitucionales de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Como advierte CANO HEVIA¹²⁰, la Constitución deja bien claro que no quiere que los Ejércitos asuman funciones características de las Fuerzas de Orden Público. Este deslinde funcional no queda desvirtuado por el hecho de que el artículo 2.2 de la ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil, prevea la colaboración de las Fuerzas Armadas en la protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen, previa solicitud a las autoridades competentes y en tiempo de paz. Y tampoco resulta desvirtuado por la circunstancia de que la Guardia Civil, en tiempo de paz asimismo, pueda ser encargada del cumplimiento de las misiones de carácter militar que por su naturaleza se le encomienden (art. 38 de la ley orgánica 6/1980)¹²¹. Y evidentemente, ese deslinde funcional ha de tener su correspondencia orgánica, desde el momento en que el artículo 8.1 enuncia quiénes integran las Fuerzas Armadas¹²².

Ciertamente, como el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve¹²³, no puede decirse que la Constitución establezca como dos bloques institucionales rígidos e incommunicables los incluidos en los artículos 8

¹¹⁹ Federico TRILLO-FIGUEROA M-CONDE: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *op. cit.*, p. 110.

¹²⁰ Juan CANO HEVIA: «Fuerzas Armadas», *op. cit.*, p. 349.

¹²¹ En análogo sentido, Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso...*, III, *op. cit.*, p. 358.

¹²² En igual sentido, Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, pp. 311-312.

¹²³ STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 3.

y 104, pues el propio texto constitucional prevé y permite (arts. 28.1 y 29.2) la existencia de institutos armados y de cuerpos sometidos a disciplina militar, pero, en todo caso, como el mismo Alto Tribunal precisa, distintos a las Fuerzas Armadas, con lo que nuestra norma suprema reconoce así un *tertium genus* o una figura intermedia entre las Fuerzas Armadas y los Cuerpos de Seguridad no sometidos a disciplina militar.

El proyecto de ley orgánica por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar¹²⁴, en su artículo 35.1 disponía que: «La Guardia Civil es un cuerpo militar que, como tal, forma parte del Ejército de Tierra, dependiendo en los aspectos militares del Ministerio de Defensa, y en cuanto a sus funciones de orden y seguridad pública, del Ministerio del Interior.» Ello entrañaba, a nuestro modo de ver, una conculcación del espíritu, y aún diríamos incluso que de la propia letra, de la Constitución, pues aunque ésta formalmente no era alterada, al enmarcarse orgánicamente la Guardia Civil en el Ejército de Tierra, se venía a quebrar el deslinde entre Fuerzas Armadas y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad llevado a cabo por el constituyente. Una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, en la que la Guardia Civil, pese a ser considerada como «cuerpo de estructura y organización militar», era desvinculada orgánicamente del Ejército de Tierra, quedando en dependencia alternativa del Ministerio de Defensa o del Ministerio del Interior, según los casos, está en la base misma del que habría de ser finalmente el artículo 38 de la ley orgánica 6/1980, que debe ser interpretado en conexión con el texto del artículo 9, b/ de la ley orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. De la interpretación conjunta de ambas previsiones pueden extraerse estas consecuencias:

1.^a) La Guardia Civil, orgánicamente, no forma parte del Ejército de Tierra, por lo que, a diferencia de tiempos pretéritos, no puede ser considerada incluida dentro de las Fuerzas Armadas.

2.^a) La Guardia Civil es un instituto armado de naturaleza militar, por lo que se sitúa como una suerte de figura intermedia entre el Cuerpo Nacional de Policía, que es un instituto armado de naturaleza civil, y las Fuerzas Armadas.

3.^a) En tiempo de paz, la dependencia funcional de la Guardia Civil es doble: del ministro de Defensa, en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que le encomienden el propio ministro o el Gobier-

¹²⁴ Puede verse en BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, n.º 72-I, 21 de septiembre de 1979.

no, y del ministro del Interior, en el desempeño de las funciones relativas al orden y a la seguridad pública que la ley orgánica 2/1986 le atribuye.

4.^a) En tiempo de guerra y durante el estado de sitio, la Guardia Civil dependerá exclusivamente del ministro de Defensa.

A la vista de esta ordenación normativa, la cuestión que mayores dudas y problemas plantea es la atribución a la Guardia Civil de «misiones de carácter militar». Ciertamente, el artículo 14.3 de la ley orgánica 2/1986 habilita al ministro de Defensa para que disponga lo concerniente al régimen de ascensos y situaciones del personal, circunstancia que, sin embargo, no implica una dependencia orgánica de la Guardia Civil respecto de ese ministerio. Es cierto asimismo que durante bastante tiempo la Guardia Civil se ha regido por la normativa disciplinaria aplicable a las Fuerzas Armadas (ley orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas). Sin embargo, el artículo 15.1 de la ley orgánica 2/1986 determina que «la Guardia Civil, por su condición de instituto armado de naturaleza militar, a efectos disciplinarios, se regirá por su normativa específica». Esta determinación condujo al Tribunal Constitucional a significar¹²⁵ que esta previsión legislativa «no puede quedar indefinidamente incumplida, dando pie para una aplicación transitoria, pero también indefinida, del régimen disciplinario militar». «El legislador –añadía el juez de la Constitución– debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas las indefiniciones legislativas sobre la especificidad a estos efectos de la Guardia Civil, y regulando la materia disciplinaria de dicho instituto armado de un modo directo y positivo y no, como hasta ahora, por medio de técnicas de exclusión y de remisión.» La recomendación del Alto Tribunal al legislador surtiría un pronto efecto, al ser aprobada poco después de un año la ley orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil¹²⁶.

Retornando a la problemática relativa a las «misiones de carácter militar», hay que señalar que ni la ley orgánica 6/1980, ni la también ley orgánica 2/1986 precisan el alcance de tales misiones, si bien hay que recordar que dichas misiones deberán ser acordes con la naturaleza de la Guardia Civil. El silencio del legislador se hace más significativo, si cabe,

¹²⁵ STC 194/1989, de 16 de noviembre, fund. jur. 4.

¹²⁶ Sobre ella, cfr. José Luis RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO (coord.), *Comentarios a la ley disciplinaria de la Guardia Civil*, Ministerio del Interior, Madrid, 1993. Asimismo, Antonio MILLÁN GARRIDO: *Régimen disciplinario de la Guardia Civil*, Editorial Trotta, Madrid, 1992.

si se advierte que los artículos 11 y 12 de la ley orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad enumeran con todo detalle las actuaciones relacionadas con el mantenimiento del orden y la seguridad pública, función en la que, como se afirma en el preámbulo de la ley (punto III, b/), deben concentrarse, en su mayor parte, las misiones y servicios asumibles por la Guardia Civil, que, como Cuerpo de Seguridad, centra su actuación en el ejercicio de funciones propiamente policiales.

La ley orgánica 2/1986 precisa (art. 7.3) que la Guardia Civil sólo tendrá la consideración de «fuerza armada» en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, debiendo complementarse esta determinación con la del artículo 10 de la ley orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar, de conformidad con el cual: «A los efectos de este Código se entenderá que constituyen fuerza armada los militares que, portando armas y vistiendo el uniforme, presten servicios legalmente encomendados a las Fuerzas Armadas, reglamentariamente ordenados, así como, en las mismas circunstancias, los miembros de la Guardia Civil, cuando prestando servicio propio de su instituto, así lo disponga la ley a la que se refiere el artículo 104.2 de la Constitución» (esto es, la ley orgánica 2/1986). Esto supone, por ejemplo, que la desobediencia de órdenes provenientes de una fuerza armada es tipificada específicamente como delito por el Código Penal Militar (art. 85), con lo que ello entraña de competencia de la jurisdicción castrense.

4 Las misiones de las Fuerzas Armadas

La defensa de la colectividad, como ya tuvimos oportunidad de significar, es la idea que da su razón de ser a las Fuerzas Armadas¹²⁷. «La razón de ser de los Ejércitos es la defensa militar de España», dice el artículo 3 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, acogiendo un concepto, el de defensa militar, no estrictamente coincidente con el de defensa nacional, quizá por la mayor amplitud de este último¹²⁸.

¹²⁷ A juicio de Federico TRILLO-FIGUEROA («Las Fuerzas Armadas en la Constitución española», *op. cit.*, p. 116), la defensa nacional es la idea directriz de la institución militar. Es el concepto expresivo de lo que HAURIUO llama «idea de la obra a realizar, que expresa a la vez el fin y los medios a emplear para alcanzarlo».

¹²⁸ El concepto de «defensa nacional» se nos ofrece como repleto de matices en los que la preservación de todos y cada uno de los elementos distintivos del Estado de Derecho que afirma la Constitución cobra entidad por sí mismo: no solamente el territorio (la soberanía política y militar sobre el mismo, la integridad territorial del art. 8.1 de la Constitución), sino también por lo tanto el ordenamiento constitucional y los valores adyacentes al concepto de interés nacional.

El concepto de «defensa nacional» sustituyó al más añejo concepto de «guerra», respondiendo quizá, como recuerda DÍEZ ALEGRÍA¹²⁹, a aquella expresión de CLAUSEWITZ de que la guerra se hace con toda la potencia de la nación¹³⁰. Con el devenir del tiempo, el concepto de guerra total, fruto de la tecnificación de los armamentos y, sobre todo, de la irrupción del arma nuclear, ha consolidado el concepto de «defensa nacional». Éste tendrá su recepción constitucional entre nosotros en la Constitución de 1931, cuyo artículo 14.7 consideraba de la exclusiva competencia del Estado español la legislación y ejecución directa en materia de Ejército, Marina de guerra y defensa nacional.

La defensa nacional, a tenor del inciso segundo del artículo 2 de la ley orgánica 6/1980, tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria. Este paralelismo entre el precepto a que acabamos de aludir y el artículo 8.1 de la Constitución es revelador de la asunción por la norma constitucional de los fines básicos de la defensa nacional.

El elemento central e insustituible de la defensa nacional lo forman las Fuerzas Armadas, lo que se explica, como razona FERNÁNDEZ ESPESO¹³¹, por varias razones: poseen la capacidad superior de acción por la fuerza, están en condiciones de utilizarla en la forma más adecuada, garantizan la continuidad sin interrupciones del esfuerzo defensivo y aseguran también una estructura básica a partir de la cual se puede ampliar o modificar el sistema de defensa para hacer frente a las necesidades propias de cada momento.

Sin embargo, el concepto de «defensa nacional» desborda la organización y acción de los Ejércitos. La definición que de la defensa nacional da el inciso primero del artículo 2 de la ley orgánica 6/1980 corrobora

Juan Fernando LÓPEZ AGUILAR: «Defensa, interés nacional y seguridad colectiva» (Acotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español), en el colectivo *Constitución y Derecho público* (Estudios en homenaje a Santiago Varela), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 241 y ss.; en concreto, p. 246.

¹²⁹ Manuel DÍEZ ALEGRÍA: «El cambio en el gobierno de la defensa nacional», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 52, 1975. Cit. por Luis SANCHEZ AGESTA: *El sistema político de la Constitución española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, pp. 249-250.

¹³⁰ Recordemos que para CLAUSEWITZ, la guerra no era sino la simple continuación de la política con otros medios. Carlos VON CLAUSEWITZ: *De la guerra*, Ediciones Ejército, 2.ª ed., Madrid, 1980, p. 43 (Capítulo 1 del Libro I, epígrafe XXIV).

¹³¹ Carlos FERNÁNDEZ ESPESO: «Defensa nacional y seguridad nacional», en el colectivo *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos, Madrid, 1985, pp. 797 y ss.; en concreto, p. 800.

esta apreciación, pues la defensa nacional, como ya vimos en un momento anterior, se concibe como «la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión». De todo ello, SÁNCHEZ AGESTA ha deducido¹³² que la función de defensa es un contenido central de la función de gobierno, y que corresponde al órgano de esta función, al Gobierno, dirigir la política de defensa y las Fuerzas Armadas¹³³.

El ejercicio efectivo de la defensa conduce en su modalidad extrema al empleo de la fuerza como último recurso con el que enfrentar una agresión. Es aquí donde entran en juego las Fuerzas Armadas¹³⁴, pero no conviene olvidar la función disuasoria que las mismas cumplen, y que de alguna manera supone otra modalidad de ejercicio de la fuerza. La disuasión entraña hacer ver al eventual agresor que no podrá conseguir sus objetivos al tener que hacer frente a un sistema de defensa que hará inútil la agresión o supondrá al agresor un coste demasiado elevado. De esta forma, bien puede decirse que las Fuerzas Armadas, elemento central de la defensa nacional, encuentran su razón de ser en la defensa militar, cuyas dos facetas complementarias son la acción, esto es, el empleo de la fuerza, y la disuasión.

A la vista de todo lo expuesto, parece claro que esta función de defensa que asumen las Fuerzas Armadas ha de ser entendida como defensa material, pues, al margen ya de su vertiente disuasoria, implica un llamamiento al empleo de la fuerza institucionalizada, sin que en modo alguno, como ya hemos dicho en varias ocasiones, pueda entenderse que ello supone la creación de un poder autónomo de defensa radicado en las propias Fuerzas Armadas.

Efectuadas las reflexiones que preceden, hemos de centrarnos ya en las misiones que el artículo 8.1 encomienda a nuestras Fuerzas Armadas. Son éstas: 1.ª) garantizar la soberanía e independencia de España; 2.ª) defender su integridad nacional, y 3.ª) defender el ordenamiento constitucional.

¹³² Luis SÁNCHEZ AGESTA: *El sistema político...*, *op. cit.*, p. 250.

¹³³ No es posible hoy, en el nivel de nuestro tiempo, concebir a la «defensa nacional» como una noción técnica, profesionalmente aislada, de una corporación o estamento militar, aunque éste esté preparado para encuadrar a la «nación en común». En tales términos se manifiesta Daniel VILLAGRA BLANCO: «Ley orgánica por la que se regulan las bases de la defensa nacional y la organización militar», en *Cuadernos de Documentación*, n.º 35, Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1980, p. 32.

¹³⁴ El primer deber del Ejército de hoy –dirá DÍEZ ALEGRIA (en *Ejército y sociedad*, *op. cit.*, p. 49)– es el de constituir el medio coactivo del Estado, la fuerza organizada a disposición de la comunidad.

4.1 La garantía de la soberanía e independencia de España

Estamos sin ningún género de dudas ante la misión más tradicional de las Fuerzas Armadas. Recordemos que ya el artículo 356 de la Constitución de Cádiz atribuía a la fuerza militar nacional permanente la defensa exterior del Estado (además de la conservación del orden en el interior).

A través de esta defensa exterior del Estado se pretende salvaguardar dos de los elementos configuradores del mismo: la población y la soberanía. La determinación constitucional del artículo 1.2, que convierte al pueblo en el origen de todo poder, puede reconducir el sentido de esta misión, que bien podría ser entendida que se orienta a salvaguardar la residencia de la soberanía en el pueblo español y la libre capacidad de autodeterminación del mismo en el orden internacional que aquélla entraña.

La doctrina¹³⁵ ha interpretado que el término «garantizar», que aquí se emplea, en contraste con el de «defender», que se utiliza en las dos restantes misiones, supone una actividad de preparación y vigilancia, que llevan primariamente a la idea de disuasión y sólo después a la de defensa, como reacción frente a una agresión. Ello sintoniza con algunas de las reflexiones que tuvimos oportunidad de hacer al hilo de la enmienda n.º 448, del senador Sr. Xirinacs¹³⁶. Nuestra pertenencia a la ONU obliga al Estado español a abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o independencia política de cualquier Estado, lo que entraña que el recurso a las Fuerzas Armadas a efectos del empleo material de la fuerza ha de entenderse como el último recurso con el que enfrentar una agresión exterior. Asimismo, ha de recordarse una vez más que la nación española, en el preámbulo de su Carta Magna, manifiesta solemnemente su voluntad de «colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas (y de eficaz cooperación) entre todos los pueblos de la Tierra». Y por si todo este instrumental de argumentos no fuera suficiente, podría recordarse que en el Estatuto del Consejo de Europa, hecho en Londres el 5 de mayo de 1949, al que España se adhirió el 22 de noviembre de 1977, los países signatarios del mismo manifiestan estar convencidos de que la consolidación de la paz, basada en la justicia y en la cooperación internacional, es de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización.

¹³⁵ Roberto GONZÁLEZ VALLEJO: «La defensa nacional, las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978», en el colectivo *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en España*, op. cit., pp. 123 y ss.; en concreto, p. 125.

¹³⁶ Véase nota n.º 17.

Todo ello nos lleva a entender que nuestra política de defensa no sólo ha de velar para que la defensa nacional, como establece el artículo 3 de la ley orgánica 6/1980, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional, sino que ha de estar asimismo orientada al mantenimiento de la paz y de la seguridad en el mundo.

Creemos finalmente innecesario insistir sobre la instrumentalidad de la institución castrense respecto del Estado en el ejercicio de estas misiones. El artículo 63.3 de la Constitución atribuye al rey, previa autorización de las Cortes Generales, declarar la guerra y hacer la paz, atribución que, en el marco de la monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado, no entraña capacidad decisoria regia alguna. En cualquier caso, la utilización de las Fuerzas Armadas para la defensa exterior del Estado no queda limitada al caso de la declaración formal de guerra¹³⁷.

4.2 La defensa de la integridad territorial

La integridad territorial presenta una doble proyección, como la casi totalidad de la doctrina admite: exterior e interior. Ya incluso en el debate constituyente el diputado socialista Sr. Múgica Herzog¹³⁸ puso de relieve que para su grupo la defensa de la integridad territorial «tiene una doble connotación: la que procede de que un poder extranjero no podrá agredirnos impunemente con el propósito de apropiarse de parte del territorio nacional, y la que se deriva de la firme voluntad de la gran mayoría de los ciudadanos que habitan las comunidades que integran España, de seguir siendo españoles con todas sus consecuencias».

La proyección externa, es evidente, pretende hacer frente a cualquier intento de agresión por parte de otro Estado con vistas a apropiarse de una parte de nuestro territorio. En cualquier caso, parece claro que la integridad territorial, desde esta perspectiva externa, está protegida por la primera de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas, pues cualquier ataque externo a nuestra integridad territorial deberá verse al unísono como un ataque a nuestra soberanía e independencia¹³⁹.

La proyección interna pretende impedir una secesión o fragmentación de nuestro territorio, en el bien entendido de que una agresión interna a

¹³⁷ En igual sentido, Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, p. 319.

¹³⁸ DSCD, n.º 67, 16 de mayo de 1978, p. 2379.

¹³⁹ En análogo sentido, Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso de Derecho constitucional*, III, *op. cit.*, p. 360.

la integridad territorial lo será, al unísono, al ordenamiento constitucional¹⁴⁰, pues, como prevé el artículo 2 de nuestra Magna Carta política, «la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española». Es precisamente por ello mismo por lo que se rechazaron tanto en el Congreso (enmienda n.º 35, del Sr. de la Fuente y de la Fuente), como en el Senado (enmiendas números 172, del Sr. Gamboa Sánchez-Barcaiztegui; 217, del Sr. Matutes Juan; 226, del Sr. Carazo Hernández, y 382, del Sr. Díez Alegría), diferentes enmiendas encaminadas todas ellas a incluir la garantía de la unidad entre las misiones encomendadas a las Fuerzas Armadas. Como señalara el senador centrista Sr. González Seara¹⁴¹, «cuando se dice que a las Fuerzas Armadas corresponde la defensa del ordenamiento constitucional, ahí está comprendida la defensa de la unidad de España que se mantiene en algunas enmiendas, porque el ordenamiento constitucional establece claramente, sin ninguna duda, la unidad indisoluble de la Nación española».

En esta misma dirección, y como ya hemos tenido oportunidad de reseñar con anterioridad, el inciso segundo del artículo 2 de la ley orgánica 6/1980, precisa como finalidad de la defensa nacional «garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional [...]»¹⁴².

4.3 La defensa del ordenamiento constitucional

La atribución a las Fuerzas Armadas de la misión de defensa del ordenamiento constitucional es habitual encontrarla, como significara OEHLING¹⁴³, en las Constituciones de aquellos países en cuya historia política ha sido frecuente la incursión del establecimiento armado, o en aquellos otros en que se manifiesta el ánimo temeroso de tal posibilidad.

El precedente más inmediato lo encontramos en el artículo 37 de la ley orgánica del Estado de 1967, que atribuía a las Fuerzas Armadas la defensa del orden institucional, aunque ya la ley Adicional a la Ley Cons-

¹⁴⁰ En igual sentido, Roberto BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁴¹ DSS, n.º 41, 22 de agosto de 1978, pp. 1714-1715.

¹⁴² A juicio, hartamente discutible ciertamente, de SUÁREZ PERTIERRA (en «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, p. 2387), la idea de unidad no debe sujetarse de una manera directa al criterio «integridad territorial», que en los supuestos constitucional y orgánico se utilizan.

¹⁴³ Hermann OEHLING: *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, p. 70.

titutiva del Ejército, de 19 de julio de 1889, atribuía al Ejército en su artículo 1 la finalidad, entre otras primordiales, de mantener el Imperio de la Constitución y las leyes. GARCÍA ARIAS¹⁴⁴ entendería la defensa del orden institucional como una función política suprema, que podríamos denominar disuasoria, de las Fuerzas Armadas, no sólo por ser éstas el último garante del orden institucional español, sino también su custodio. Y consideraría disuasoria esta función política eminente y excepcional de las Fuerzas Armadas porque el término viene a tener el mismo significado que ofrece la disuasión nuclear en el orden internacional.

Esta defensa del ordenamiento tiene una proyección inequívocamente interna, esto es, los potenciales agresores no provienen del exterior sino del interior, pues es obvio que un atentado externo contra nuestro ordenamiento constitucional sería reconducible a un ataque contra la soberanía, la independencia o, incluso, la integridad territorial¹⁴⁵.

La doctrina ha entendido que el ordenamiento constitucional no ha de limitarse sólo a la letra de la Constitución, sino que se extiende a los principios que la inspiran, institucionalizando así en los Ejércitos la función política de defensa en el orden interno¹⁴⁶.

Como ha señalado GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁴⁷, el ordenamiento funciona necesariamente como un sistema total, desde el momento en que su función es regular la totalidad del núcleo social del que surge. Del ordenamiento ha de predicarse, pues, un sentido de totalidad, acogido por lo demás por nuestra Constitución, entre otros, en los artículos 1.1 y 9.1. De ahí que concordemos con la apreciación de BALLBÉ¹⁴⁸, de que las Fuerzas Armadas pueden y deben intervenir en la defensa del ordenamiento constitucional, bajo las directrices del Gobierno, no cuando se ponga en peligro algún aspecto parcial o concreto del «orden» constitucional, sino cuando esté en peligro el «ordenamiento», es decir, el conjunto del sistema institucional y normativo. Ello, a su vez, supone la radical exclusión del recurso gubernamental a las Fuerzas Armadas cuando lo que esté en peligro sea el orden, la seguridad ciudadana, a diferencia de lo acontecido históricamente en nuestro país, y a diferencia también,

¹⁴⁴ Luis GARCÍA ARIAS: «Las Fuerzas Armadas en la ley orgánica del Estado», *op. cit.*, p. 148.

¹⁴⁵ En igual sentido Roberto L. BLANCO VALDÉS: *La ordenación constitucional de la defensa*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁴⁶ José Manuel SERRANO ALBERCA: «Comentario al artículo 8.1», en Fernando Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, 1985, pp. 116 y ss.; en concreto, p. 121.

¹⁴⁷ Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1986, pp. 62-63.

¹⁴⁸ Manuel BALLBÉ: *Orden público y militarismo...*, *op. cit.*, p. 463.

por ejemplo, de la previsión constitucional (art. 79) austriaca, que posibilita, como ya dijimos con anterioridad, que el Ejército federal, a instancia de la legítima autoridad civil, pueda ser llamado para mantener el orden y la seguridad en el interior.

Existe una generalizada opinión doctrinal¹⁴⁹ en el sentido de que la defensa del ordenamiento constitucional es una defensa de carácter material, cuya naturaleza es por ello mismo política, bien diferenciada de la defensa jurídica, que se encomienda al Tribunal Constitucional.

De igual forma, hay coincidencia¹⁵⁰ en la naturaleza excepcional y eminentemente disuasoria de esta misión que se encomienda a las Fuerzas Armadas. Y es una evidencia asimismo el carácter instrumental de las Fuerzas Armadas¹⁵¹. Como señala VERGOTTINI¹⁵², el principio de intervención de las Fuerzas Armadas exclusivamente previa petición del poder político, no es sino una especificación de la naturaleza meramente ejecutiva de los poderes propios de las autoridades castrenses, y se refiere no sólo a la intervención en las relaciones internacionales del Estado, sino, sobre todo, a las relaciones internas.

Ahora bien, llegados aquí surge un problema de interés: ¿dispone el Gobierno de la libre capacidad de disposición sobre las Fuerzas Armadas con vistas a su utilización para la defensa del orden constitucional?

LÓPEZ RAMÓN¹⁵³, en una postura más bien minoritaria, entiende con carácter general que además de en el estado de sitio, la posibilidad de que las Fuerzas Armadas intervengan para el cumplimiento de las misiones encomendadas por el artículo 8.1 (también, pues, para la defensa del ordenamiento constitucional) permanece abierta, en manos de la autoridad política a quien corresponda la disposición efectiva de los Ejércitos (el Gobierno, pues a él se atribuye el poder de disposición de las Fuerzas Armadas, ex art. 97 CE). Ésa es, a juicio del citado autor, la única solución coherente con el contenido del texto constitucional, que no encauza necesariamente por la vía del estado de sitio el uso de las Fuerzas Armadas. Enumera misiones de las Fuerzas Armadas, misiones que éstas

¹⁴⁹ Así, entre otros autores, Federico TRILLO-FIGUEROA: «Las Fuerzas Armadas en la Constitución...», *op. cit.*, p. 120; Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso...*, III, *op. cit.*, p. 361, y Gustavo SUÁREZ PERTIERRA: «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, p. 2387.

¹⁵⁰ Jorge DE ESTEBAN y Pedro J. GONZÁLEZ-TREVIJANO: *Curso...*, III, *op. cit.*, p. 360. José Manuel SERRANO ALBERCA: «Comentario al artículo 8.1 de la Constitución», *op. cit.*, p. 121.

¹⁵¹ La mera declaración que, en este sentido, hace el art. 8. CE, señala CASADO BURBANO («Las Fuerzas Armadas en la nueva...», *op. cit.*, p. 16), no tiene otro alcance ni otro significado que el exclusivamente instrumental y disuasorio.

¹⁵² Giuseppe DE VERGOTTINI: *Derecho constitucional comparado*, *op. cit.*, pp. 296-297.

¹⁵³ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, p. 324.

llevan a cabo en la forma decidida por el órgano político que puede disponer de ellas¹⁵⁴.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina no coincide con la opinión precedente. Y así, ALZAGA¹⁵⁵ cree que la defensa del orden constitucional que corresponde a las Fuerzas Armadas es a través de las funciones que, llegado el caso, deba asumir, declarado el estado de sitio. También CRUZ VILLALÓN¹⁵⁶ considera que la institución del estado de sitio es el instrumento a través del cual las Fuerzas Armadas pueden ser llamadas por el Congreso de los Diputados a colaborar, bajo las órdenes del Gobierno, en el rechazo de una agresión interna contra el ordenamiento constitucional de España. Para TRILLO-FIGUEROA¹⁵⁷, es a través del estado de sitio, con sometimiento al Gobierno, y en los términos que fije el Parlamento, como se instrumentaliza la función de defensa del ordenamiento constitucional por las Fuerzas Armadas. Y en idéntica dirección, BLANCO VALDÉS¹⁵⁸ cree que sólo declarado el estado de sitio es posible constitucionalmente la intervención interna de las Fuerzas Armadas¹⁵⁹.

Por nuestra parte, como ya tuvimos oportunidad de señalar tiempo atrás¹⁶⁰, el estado de sitio es el procedimiento necesario a cuyo través se canaliza la participación de las Fuerzas Armadas en la defensa del ordenamiento constitucional español. No otro significado ha de darse al artículo 32.1 de la ley orgánica 4/1981, de los estados de alarma, excepción y sitio, que, al contemplar los supuestos de hecho que habilitan para la declaración de este estado, reproduce miméticamente la previsión constitucional del artículo 8.1, lo que nos lleva a la conclusión de que el legislador, en sede orgánica, ha querido limitar el poder de dispo-

¹⁵⁴ Análoga es la posición de Luis SÁNCHEZ AGESTA (en «La Constitución y las Fuerzas Armadas», en *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*, CESEDEN, Madrid, 1982, pp. 147 y ss.; en concreto, p. 151), quien cree que el estado de sitio no agota enteramente la participación de las Fuerzas Armadas en la defensa del ordenamiento constitucional bajo la autoridad del Gobierno.

¹⁵⁵ Óscar ALZAGA: *Comentario sistemático...*, *op. cit.*, p. 130.

¹⁵⁶ Pedro CRUZ VILLALÓN: «El nuevo derecho de excepción» (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio), en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 2, mayo-agosto 1981, pp. 93 y ss.; en concreto, p. 101.

¹⁵⁷ Federico TRILLO-FIGUEROA: «Las Fuerzas Armadas...», *op. cit.*, p. 124.

¹⁵⁸ Roberto BLANCO VALDÉS: *La ordenación coconstitucional de la defensa*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁹ Manuel BALLBÉ (en *Orden público y militarismo...*, *op. cit.*, p. 463) cree que la intervención de las Fuerzas Armadas en defensa del ordenamiento constitucional sólo se puede dar en el supuesto de que previamente se haya declarado el estado de excepción o de sitio previstos en el art. 55 CE, opinión ciertamente hartamente discutible, por lo que al estado de excepción atañe.

¹⁶⁰ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO: «La participación militar en el estado de sitio y el modelo de régimen democrático», en *Revista de Derecho Público*, n.º 96-97, julio-diciembre 1984, pp. 479 y ss.; en concreto, pp. 518-520.

sición gubernamental sobre las Fuerzas Armadas en orden a la misión que a éstas corresponde cumplir, de defensa del ordenamiento constitucional, de modo tal que cuando el Gobierno entienda que se ha producido o existe la amenaza de que se produzca una insurrección o acto de fuerza contra el ordenamiento constitucional, que no pueda resolverse por otros medios, vendrá obligado a proponer al Congreso de los Diputados la declaración del estado de sitio. Sólo así, con el necesario control parlamentario, podrá recurrirse a las Fuerzas Armadas para la defensa del ordenamiento constitucional.

4.4 Otras misiones de las Fuerzas Armadas

Las Fuerzas Armadas pueden cumplir otras misiones diferentes de aquellas que la Constitución específicamente contempla en su artículo 8.1, pues este precepto, como bien advierte LÓPEZ RAMÓN¹⁶¹, no limita taxativamente el campo de actuación de las Fuerzas Armadas, bien que las misiones que en él se enumeran constituyan el ámbito competencial típico de los Ejércitos, es decir, las funciones que éstos realizan en cuanto tales, concretadas en intervenciones armadas.

I. El artículo 22.1 de la ley orgánica 6/1980 establece que: «Las Fuerzas Armadas, a requerimiento de la autoridad civil, podrán colaborar con ella en la forma que establezca la ley para casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad u otra necesidad pública de naturaleza análoga.» Y en esa misma dirección, el artículo 193 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas dispone que en caso de catástrofe o calamidad pública el militar, salvo que tenga orden superior en contra, debe prestar su ayuda, poniendo todo su empeño en atenuar los daños y socorrer a los afectados.

La ley 2/1985, de 21 de enero, sobre Protección Civil –tras disponer en su artículo 2.1 que «las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que las circunstancias lo hicieren necesario, participarán en la protección civil», esto es, en la protección física de las personas y de los bienes, en situación de grave riesgo colectivo, calamidad pública o catástrofe extraordinaria, en la que la seguridad y la vida de las personas pueden peligrar y sucumbir masivamente–, establece en su artículo 2.2 que, asimismo, en tiempo de paz, cuando la gravedad de la situación de emergencia lo exija, las Fuerzas Armadas, a solicitud de las autoridades competentes, co-

¹⁶¹ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización...*, *op. cit.*, p. 328.

laborarán en la protección civil, dando cumplimiento a las misiones que se les asignen. La colaboración de las Fuerzas Armadas, que actuarán en todo caso encuadradas y dirigidas por sus mandos naturales, deberá solicitarse de la autoridad militar que corresponda (art. 2.3).

II. El segundo tipo de misiones, a diferencia de las anteriores, de proyección interna, se proyecta a un ámbito externo. Se trata de las misiones de mantenimiento de la paz. A ellas ya se referiría el artículo 9 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que dispone que cuando unidades militares españolas actúen en misiones de colaboración para mantener la paz y seguridad internacionales, se sentirán nobles instrumentos de la patria al servicio de tan elevados fines.

Las operaciones de mantenimiento de la paz, en su sentido clásico, han sido definidas por Naciones Unidas como aquellas operaciones que involucran a personal militar, bien que sin poderes de utilización de la fuerza de las armas para establecer esa misma paz que se pretende alcanzar; estas operaciones son organizadas por las Naciones Unidas para ayudar a mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales en áreas de conflicto.

Las operaciones de mantenimiento de la paz no son acciones coercitivas que precisen una toma de decisión sobre la base del Capítulo VII de la carta de la ONU. No son operaciones de combate, pues tratan únicamente de controlar y garantizar el fin de las hostilidades y el restablecimiento de la paz. Las fuerzas de mantenimiento de la paz son órganos auxiliares de la Asamblea General de la ONU (art. 22 de la Carta) o del Consejo de Seguridad (art. 29). Gozan de un estatuto, privilegios e inmunidades, aunque los países participantes conservan la competencia disciplinaria y jurisdiccional penal exclusiva sobre el contingente de fuerzas que aportan a la operación.

Las fuerzas de mantenimiento de la paz no pueden tomar la iniciativa de utilizar la violencia, pero tienen el derecho a su propia defensa armada contra un ataque, comprendiendo las tentativas de desalojarles de las posiciones que ocupan por orden del mando.

5 La sujeción de la organización militar a los principios constitucionales

I. El párrafo segundo del artículo 8 determina que: «Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución.»

Conviene recordar que el precepto fue objeto específico de varias enmiendas a lo largo del *iter* constituyente, de las que conviene recordar la enmienda n.º 322, del senador Sr. Sánchez Agesta, quien postularía una nueva redacción del párrafo del siguiente tenor: «Las leyes regularán las bases de la organización militar y los derechos y deberes específicos de sus miembros dentro de los principios de la presente Constitución», texto que entendía necesario el citado senador en base a la consideración de que de no existir esta cláusula general las hipotéticas especialidades del estatuto jurídico singular de los miembros de las Fuerzas Armadas no previstas de modo específico por la Constitución podrían denunciarse como inconstitucionales. Aunque, a nuestro entender, hubiera sido positiva esta referencia al estatuto jurídico-constitucional de los militares, no creemos, sin embargo, que la omisión de tal referencia conduzca a las consecuencias apuntadas por el citado senador¹⁶².

Esta previsión constitucional carece de antecedentes en nuestro Derecho histórico, aunque no así en el Derecho comparado. En efecto, el último párrafo del artículo 52 de la Constitución italiana de 1947 puede considerarse un antecedente directo del mismo. A su tenor: «L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica.» Esta disposición, al delimitar la esfera de discrecionalidad tanto del poder legislativo como del ejecutivo, pero, en lo que ahora interesa, especialmente del primero, ofrece un argumento sólido en el que apoyar la existencia de una reserva de ley para disciplinar el ordenamiento militar en su conjunto, tal y como razona LABRIOLA¹⁶³, quien, a mayor abundamiento, considera que la exigencia constitucional de conformidad al espíritu democrático del ordenamiento de las Fuerzas Armadas no quedaría adecuadamente garantizada si no conllevase una reserva de ley en salvaguarda de la misma¹⁶⁴.

¹⁶² También el senador Sr. Gambo Sánchez-Barcaiztegui se referiría en el Pleno del Senado (DSS, n.º 59, 26 de septiembre de 1978, pp. 2943-2944) a una modificación al apartado segundo del art. 8 que, sin embargo, no aparece reflejada ni en su enmienda n.º 172, ni en su voto particular n.º 54 al dictamen de la Comisión de Constitución del Senado. En su intervención ante el Pleno, el Sr. Gamboa aduciría que antes de establecer las bases de la organización militar era preciso sentar las de la defensa nacional, por su mayor generalidad. Se trataba, en definitiva, de encajar la «organización militar» en su marco natural, la «defensa militar», y ésta, a su vez, en el concepto más amplio de la «defensa nacional», apreciaciones todas ellas harto atinadas, como el desarrollo legislativo ulterior vendría a corroborar.

¹⁶³ Silvano LABRIOLA: «Difesa nazionale e sicurezza dello Stato nel diritto pubblico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1979, n.º 4, pp. 904 y ss.; en concreto, pp. 920-921.

¹⁶⁴ LABRIOLA («Difesa nazionale...», *op. cit.*, pp. 921-922) aduce tres razones en defensa de su tesis proclive a la exigencia implícita en el último párrafo del art. 52 de un principio de reserva de ley: 1.ª) la naturaleza legislativa de la ordenación permite acudir a una forma esencial de

El párrafo segundo del artículo 8 viene a complementar al primero, por cuanto si éste, como ya señalamos, entre otras virtualidades, entraña la vinculación de las Fuerzas Armadas a unas específicas misiones enumeradas por el constituyente, y sólo a ellas, aquél completa la integración de las Fuerzas Armadas en la norma suprema al exigir que su organización se acomode a los principios constitucionales.

II. A modo de complemento del artículo 8.2 debe recordarse ahora, aunque sea de modo muy sucinto, que el artículo 149.1.4.^a atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la defensa y las Fuerzas Armadas, exclusividad que ha de ser entendida en su sentido más pleno, esto es, como competencia íntegra, que es aquella en la que se dispone de la totalidad de la materia por una única instancia, el Estado en este caso, al que se le atribuye el conjunto de todas las funciones públicas (ordenación y ejecución) sobre estas materias¹⁶⁵.

Como bien dice CASADO BURBANO¹⁶⁶, este monopolio estatal del máximo poder de coerción, representado por la posibilidad de disponer de las Fuerzas Armadas, tiene su fundamento en la propia concepción democrática de la soberanía nacional. Ciertamente, sólo se es soberano en la medida en que se es capaz de autodefenderse, y, por tanto, si en el pueblo reside esta soberanía, sólo a él corresponde, a través de la organización política que ha querido darse, el ejercicio libre de aquel máximo poder. Y esa organización política es la del Estado, con independencia ya del carácter complejo del mismo. De ahí que VERGOTTINI haya podido afirmar rotundamente que sólo el Estado puede ser titular del poder de organización militar, ostentando un verdadero monopolio¹⁶⁷.

Reflejo de este planteamiento puede ser la prohibición constitucional de organizaciones de carácter militar o paramilitar¹⁶⁸. Y así, el párra-

garantía: el control de constitucionalidad (*il controllo di legittimità*) ejercitado por la «Corte Costituzionale»; 2.º) la reserva de ley viene a suponer un equilibrio entre los poderes al permitir al Parlamento regular la materia de modo abstracto y general, mientras que la inexistencia de tal reserva corresponde a los presupuestos institucionales de la prerrogativa regia, especialmente en su fase evolutiva más madura, y 3.º) la reserva de ley implica la participación en el procedimiento legislativo de las fuerzas de la oposición parlamentaria, circunstancia que LABRIOLA, con toda razón, entiende esencial a la vista de los valores que el ordenamiento pretende tutelar a través de estos principios, que trascienden el ámbito del «indirizzo político» de la mayoría.

¹⁶⁵ En la misma dirección, Aurelio GUAITA (en «Los derechos fundamentales de los militares», *op. cit.*, p. 2570) cree que esta exclusividad ha de ser entendida en su acepción más rigurosa, exacta y amplia.

¹⁶⁶ Pablo CASADO BURBANO: *Iniciación al Derecho constitucional militar*, *op. cit.*, p. 51.

¹⁶⁷ Giuseppe DE VERGOTTINI: *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 131. Pablo CASADO BURBANO: *Iniciación*, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹⁶⁸ Pablo CASADO BURBANO: *Iniciación...*, *op. cit.*, pp. 51-52.

fo segundo del artículo 18 de la Constitución italiana prescribe: «Sono proibite le associazioni segrete e quelle che perseguono, anche indirettamente, scopi politici mediante organizzazioni di carattere militare.» Y el artículo 22.5 de nuestra «Lex superior» prevé: «Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.»

III. La reserva de ley orgánica, a juicio de SERRANO ALBERCA¹⁶⁹, ha de entenderse en el sentido de que las Fuerzas Armadas son consideradas como una de las instituciones básicas de la Constitución. Sin desechar esta interpretación, creemos que el constituyente, con tal reserva, buscó posibilitar el más amplio consenso parlamentario a la hora de aprobar la norma legal que aquí se contempla.

La primera cuestión interpretativa que suscita el artículo 8.2 es la de desbrozar lo que ha de entenderse por «bases» de la organización militar.

La ponencia constitucional, al rechazar la enmienda n.º 463, del Grupo Parlamentario Mixto¹⁷⁰, entendía que la ley debe garantizar la organización básica de las Fuerzas Armadas, cuyo desarrollo articulado debería atenerse al contenido de la ley de bases¹⁷¹. Es decir, con claridad meridiana, la ponencia se inclinaba por entender la noción de «bases» en el sentido de una ley de bases, esto es, una ley que acogiera un conjunto de principios abstractos que la legislación de desarrollo procedería a desarrollar. Sin embargo, como la doctrina puso de relieve¹⁷² y la realidad legislativa ha corroborado, no es ése el sentido que ha de darse al concepto de «bases». Es decir, esta referencia a las «bases» no tiene nada que ver con la delegación legislativa, ni puede identificarse con las leyes marco, sino que ha de entenderse como noción material y, en consecuencia, las bases de la organización militar son los criterios generales, fundamentales, por los que ha de regirse la organización castrense. Como es lógico, el mayor o menor grado de concreción de estos criterios básicos ha de depender de los distintos aspectos organizativos.

La ley orgánica exigida por el artículo 8.2 es la ley orgánica 6/1980, a la que ya nos hemos referido en reiteradas ocasiones. Por ella se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar. La

¹⁶⁹ José Manuel SERRANO ALBERCA: «Comentario al artículo 8.2», en Fernando Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, op. cit., pp. 123 y ss.; en concreto, p. 124.

¹⁷⁰ La enmienda, en relación al apartado segundo de este artículo, propugnaba la siguiente redacción: «Una ley regulará la organización militar con arreglo a los principios de la Constitución.»

¹⁷¹ BOC, n.º 82, 17 de abril de 1978, p. 1527.

¹⁷² En tal sentido, entre otros, José Manuel SERRANO ALBERCA: «Comentario al artículo 8.2», op. cit., p. 125. Asimismo, Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, op. cit., p. 347, nota 56.

norma en cuestión, de 1 de julio de 1980, sería modificada por la ley orgánica 1/1984, de 5 de enero. La ley desborda en su contenido el estrictamente circunscrito a la organización militar, para incluir un conjunto de previsiones referentes a la organización de la defensa nacional, lo que se explica por el hecho de que carecería de sentido dar rango orgánico a la organización castrense y excluir de tal rango la ordenación global de la defensa que, como dice el artículo 2 de la propia ley, afecta a todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación.

LÓPEZ RAMÓN¹⁷³, al hilo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la reserva de ley orgánica¹⁷⁴, ha considerado como «materias conexas» a la materia estrictamente reservada a ley orgánica los preceptos relativos a la organización general de la defensa nacional, no cabiendo, a su juicio, extender a la regulación de esas «materias conexas» la reserva de ley orgánica.

No compartimos la precedente interpretación. Es evidente, como ya advertimos con anterioridad, que el concepto de «defensa nacional» desborda la organización y acción de los Ejércitos, pero las Fuerzas Armadas son el elemento central de la defensa nacional, por lo que su organización, aunque en íntima vinculación con la defensa militar, no puede desvincularse del concepto más amplio, más global, de la defensa nacional. En suma, la organización castrense ha de encajarse en la defensa militar y ésta, a su vez, en la defensa nacional, reflexión que nos conduce a entender que la ordenación normativa de la organización militar presupone la regulación de la defensa nacional, conceptos que están tan imbricados entre sí que no pueden ser separados, razón por la cual no creemos que pueda hablarse de «materia conexa» al aludir a la defensa nacional, respecto de la específica reserva que el artículo 8.2 hace en relación a la organización militar.

IV. El artículo 8.2 exige la regulación de los criterios básicos de la organización militar de conformidad a «los principios de la presente Cons-

¹⁷³ *Ibidem*, p. 348.

¹⁷⁴ El Tribunal Constitucional, ya desde sus primeras sentencias, consideró que si es cierto que existen materias reservadas a leyes orgánicas (art. 8.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria (STC 5/1981, de 13 de febrero, fund. jur. 21, A/). Sin embargo, el Tribunal ha admitido que la ley orgánica puede contener preceptos no orgánicos relativos a materias conexas. Para ello es preciso, en primer término, que el núcleo de la ley afecte a materias reservadas a la ley orgánica, y, en segundo término, la ley orgánica sólo puede incluir preceptos que excedan del ámbito estricto de la reserva cuando su contenido desarrolle el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia (STC 76/1983, de 5 de agosto, fund. jur. 51, d/).

titución». Esta exigencia nos recuerda aquella otra, a la que ya aludimos, del artículo 52 de la Constitución italiana, que exige que el ordenamiento de las Fuerzas Armadas italianas se inspire «en el espíritu democrático de la República». Como bien señalara Vittorio BACHELET¹⁷⁵, informar el espíritu democrático de la República no significa trasplantar el espíritu democrático a las Fuerzas Armadas, sino afirmar la plena sujeción del ordenamiento castrense al ordenamiento estatal democrático y recordar que el ordenamiento militar debe fundarse sobre la dignidad de la persona humana y sobre el pleno respeto de los derechos garantizados por la Constitución.

Entre nosotros, las interpretaciones doctrinales que se han formulado de esta exigencia del artículo 8.2 han sido dispares. Y así, LUCAS VERDÚ¹⁷⁶ consideraría que los principios a que aludía el citado precepto eran no sólo la libertad, la igualdad, el respeto del pluralismo político y demás principios expresados en el Título I, sino también los principios explícitos e implícitos contenidos en todo el texto constitucional, como, por ejemplo, la dignidad de la persona humana y los derechos inviolables de la misma. LÓPEZ GARRIDO¹⁷⁷, siguiendo a VERGOTTINI, cree que el mandato del artículo 8.2 indica el propósito de garantizar una completa permeabilidad entre el ordenamiento del Estado y el ordenamiento militar, tradicionalmente separado, eliminando las reservas que pueda haber entre poder ejecutivo y vértice militar. SERRANO ALBERCA, por su parte, agrupa aquellos principios en tres grandes grupos¹⁷⁸: 1) los principios y valores aplicables con carácter general que estén reconocidos a lo largo de todo el texto constitucional, pero muy especialmente en el Título Preliminar y en el Título primero; 2) los principios propios de la Administración reconocidos en los artículos 103 a 106 de la Constitución, y 3) los principios especialmente aplicables a las Fuerzas Armadas, esto es, la subordinación y obediencia de las Fuerzas Armadas al Gobierno, el mando supremo de las mismas por el jefe del Estado, el apartidismo de las Fuerzas Armadas y la especialidad de la jurisdicción militar. BLANCO VALDÉS¹⁷⁹ considera que el principio fundamental, auténtica clave de

¹⁷⁵ Cit. por FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ: *Introducción al Derecho penal militar*, Civitas, Madrid, 1987, p. 29.

¹⁷⁶ Pablo LUCAS VERDÚ: «El Título I del anteproyecto constitucional» (La fórmula política de la Constitución), en el colectivo *Estudios sobre el proyecto de Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, pp. 9 y ss.; en concreto, p. 23.

¹⁷⁷ Diego LÓPEZ GARRIDO: «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, pp. 963-964.

¹⁷⁸ José Manuel SERRANO ALBERCA: «Comentario al artículo 8.2», *op. cit.*, pp. 125-129.

¹⁷⁹ Roberto BLANCO VALDÉS: *La ordenación...*, *op. cit.*, pp. 82-88.

arco de toda la labor de desarrollo legislativo, es el de subordinación de las Fuerzas Armadas a los órganos fundamentales del Estado. Finalmente, LÓPEZ RAMÓN¹⁸⁰ cree que el artículo 8.2 remite a una organización de las Fuerzas Armadas conforme a los principios administrativos.

A nuestro modo de ver, el encuadramiento de las bases de la organización militar y, en el sentido amplio con que entendemos ese concepto, de la defensa nacional, en el marco de los principios constitucionales tiene como primera exigencia el acomodo de la ordenación de la defensa nacional y de la organización militar a los específicos principios constitucionales que nuestra norma suprema contempla en relación a las Fuerzas Armadas:

– En primer término, la sujeción de las Fuerzas Armadas al poder civil, inequívocamente reflejada en el artículo 97 de la Constitución, cuando atribuye al Gobierno la dirección de la Administración militar y de la defensa del Estado.

– En segundo lugar, la atribución del mando supremo de las Fuerzas Armadas al rey, con el significado que a ello ha de darse en una monarquía parlamentaria, forma política de nuestro Estado.

– En tercer término, la delimitación del ámbito competencial de la jurisdicción militar al «ámbito estrictamente castrense» como regla general impuesta por el artículo 117.5 de la Constitución, al igual que la ordenación de su ejercicio de conformidad con los propios principios constitucionales.

– En cuarto lugar, la configuración de un estatuto jurídico peculiar para los miembros de las Fuerzas Armadas, del que constituyen manifestaciones puntuales las determinaciones de los artículos 28.1, 29.2 y 70.1, e/, de la Constitución. Este estatuto encuentra su última «ratio», como ya tuvimos oportunidad de señalar, en el mantenimiento de los que pueden ser considerados principios nucleares de la organización castrense: la unidad, la jerarquía y la disciplina.

– En quinto término, la configuración de la defensa de España como un derecho y deber de todos los españoles, que se ha de modular en los términos del artículo 30.2 de la norma suprema.

– Finalmente, la atribución al Estado de la competencia exclusiva en materia de defensa y Fuerzas Armadas, lo que significa, de un lado, que a las Cortes Generales les corresponde la potestad de ordenación de estos ámbitos materiales y al Gobierno la potestad de ejecución; y de otro,

¹⁸⁰ Fernando LÓPEZ RAMÓN: *La caracterización jurídica...*, *op. cit.*, pp. 332-352.

que el principio de descentralización no es de aplicación a estas materias.

Una segunda exigencia que dimanaría del artículo 8.2 sería lógicamente la del acomodo de la defensa nacional y de la organización castrense a los valores y principios constitucionales que nuestra norma suprema proclama a lo largo y ancho de su articulado, pero, muy específicamente, en los Títulos Preliminar y primero.

Finalmente, a los órganos de la Administración militar, en cuanto Administración pública que son, les son de aplicación los principios que enuncia el artículo 103.1 y 2 de la Constitución, con la ya referida salvedad del principio de descentralización. Y de la misma forma, el acceso a la profesión militar ha de estar regido por las previsiones del artículo 103.3, siendo asimismo de especial importancia que la enseñanza militar propicie una formación de los miembros de las Fuerzas Armadas acorde con los principios que la norma suprema establece.

En este último plano principal, hay que señalar que la ley orgánica 6/1980 determina que la organización de las Fuerzas Armadas se inspirará en criterios de coordinación y eficacia conjunta de los tres Ejércitos que las integran, a cuyo efecto se tenderá a unificar todos los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército para permitir el funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios. A su vez, los tres Ejércitos se han de estructurar orgánica y funcionalmente con vistas al cumplimiento conjunto de las misiones constitucionalmente encomendadas a las Fuerzas Armadas.

La enseñanza militar, que el artículo 27.1 de la citada ley considera parte fundamental de la preparación del militar en todos sus niveles, ha de tener como misión fundamental el dotar a las nuevas promociones de oficiales y suboficiales de la más alta preparación en orden al cumplimiento de los fines asignados por la Constitución a las Fuerzas Armadas.

Digamos por último que la citada ley (en su art. 26.1) remite a las Reales Ordenanzas, regla moral de la institución militar, la determinación de las obligaciones, normas de conducta, deberes y derechos específicos de las Fuerzas Armadas, así como del régimen de vida y disciplina de las unidades.

Bibliografía

BALLBÉ, Manuel

- 1983 *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Universidad, Madrid.

BARCELONA LLOP, Javier

- 1986 «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», en *Revista de Administración Pública*, n.º 110, mayo-agosto, pp. 55 y ss.

BLANCO VALDÉS, Roberto

- 1988 *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid.

CANO HEVIA, Juan

- 1984 «Fuerzas Armadas», en J. J. González Encinar (dir.), *Diccionario del sistema político español*, Akal Editor, Madrid, pp. 349 y ss.

CASADO BURBANO, Pablo

- 1986 *Iniciación al Derecho constitucional militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.
- 1978 «Las Fuerzas Armadas en la nueva Constitución española», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 36, julio-diciembre, pp. 7 y ss.

DE OTTO, Ignacio

- 1988 «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 23, mayo-agosto, pp. 11 y ss.

DÍEZ ALEGRÍA, Manuel

- 1979 «La defensa en el proceso constitucional», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 56 (curso 1978-1979), pp. 159 y ss.
- 1973 *Ejército y sociedad*, Alianza Editorial, 2.ª ed., Madrid.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel (y otros)

- 1988 *El control jurídico-constitucional de la transición militar (Relevancia y conexiones constitucionales del art. 8.1 CE)*, en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2953 y ss.

DUQUE VILLANUEVA, Juan Carlos

- 1988 «El mando supremo de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., vol. IV, pp. 2529 y ss.

ELORRIAGA FERNÁNDEZ, Gabriel

- 1988 «El artículo 8 de la Constitución y la institución nacional de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., vol. IV, pp. 2545 y ss.

FERNÁNDEZ ESPESO, Carlos

- 1985 «Defensa nacional y seguridad nacional», en el colectivo *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia e Instituto de Derechos Humanos, Madrid, pp. 797 y ss.

FERNÁNDEZ-FONTECHA TORRES, Manuel, y PÉREZ DE ARMIÑÁN, Alfredo

- 1987 *La monarquía y la Constitución*, Editorial Civitas, Madrid.

GARCÍA ARIAS, Luis

- 1967 «Las Fuerzas Armadas en la ley orgánica del Estado», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 152, marzo-abril, pp. 137 y ss.

GONZÁLEZ VALLEJO, Roberto

- 1992 «La Defensa nacional, las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978», en el colectivo *Posición constitucional de las Fuerzas Armadas en Iberoamérica y en España*, Tecnos-Universidad Hispanoamericana Santa María de la Rábida-Universidad de Sevilla, Madrid, pp. 123 y ss.

HERRERO DE MIÑÓN, Miguel

- 1980 «El rey y las Fuerzas Armadas», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, n.º 7, otoño, pp. 39 y ss.

LABRIOLA, SILVANO

- 1979 «Difesa nazionale e sicurezza dell Stato nel diritto pubblico italiano», en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n.º 4, pp. 904 y ss.

LAFUENTE BALLE, José M.^a

- 1987 *El rey y las Fuerzas Armadas en la Constitución*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

LÓPEZ AGUILAR, Juan Fernando

- 1995 «Defensa, interés nacional y seguridad colectiva» (Acotaciones conceptuales desde el ordenamiento constitucional español), en el colectivo *Constitución y Derecho público* (Estudios en homenaje a Santiago Varela), Tirat lo Blanch, Valencia, pp. 241 y ss.

LÓPEZ GARRIDO, Diego

- 1983 «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Revista de Administración Pública*, n.ºs 100-102, vol. II, enero-diciembre, pp. 949 y ss.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando

1987 *La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis

1988 «Fuerzas Armadas y Administración pública», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., vol. IV, pp. 2699 y ss.

OEHLING RUIZ, Hermann

1967 *La función política del Ejército*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael

1981 *Constitución y Fuerzas Armadas*, Asociación Independiente, Madrid.

PORRAS NADALES, Antonio

1983 «Ordenamiento de la defensa, poder militar y régimen constitucional en España», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 35 (nueva época), septiembre-octubre, pp. 183 y ss.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis

1982 «La Constitución y las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, pp. 147 y ss.

SERRANO ALBERCA, José Manuel

1985 «Comentario al artículo 8 de la Constitución», en Fernando Garrido Falla (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2.ª ed., Madrid, pp. 116 y ss.

SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo

1988 «Regulación jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas», en el colectivo *Jornadas de estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, op. cit., vol. IV, pp. 2359 y ss.

TRILLO FIGUEROA Y MARTÍNEZ-CONDE, Federico

1979 «Las Fuerzas Armadas en la Constitución española» (Esbozo de una construcción institucional), en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 12 (nueva época), noviembre-diciembre, pp. 105 y ss.

VERGOTTINI, Giuseppe de

1971 *Indirizzo Politico della difesa e sistema costituzionale*, Guiffirè, Milano.

VILLAGRA BLANCO, Daniel

1980 «Ley orgánica por la que se regulan las bases de la defensa nacional y la organización militar», en *Cuadernos de Documentación*, n.º 35, Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Madrid.

Derecho de preferencia de los accionistas

Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE

El artículo 115 de la ley general de Sociedades, llamada en adelante «la Ley», establece en su segundo párrafo que las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción son válidas para la sociedad cuando están expresamente impuestas por el estatuto y sólo en el caso de las acciones nominativas, agregando en el tercer párrafo que en ningún caso las limitaciones pueden significar la prohibición de transmitir las acciones.

Puede observarse que se requiere para la validez de las limitaciones frente a la sociedad que ellas estén expresamente impuestas por el estatuto, siendo redundante la referencia a que sólo afecten a las acciones nominativas, desde que las acciones al portador fueron suprimidas por el decreto supremo 287-68-HC.

Llama la atención que siendo la sociedad anónima una sociedad de capitales, en la cual no juega un rol significativo la calidad personal de los accionistas, y que estando representadas sus acciones por títulos valores cuya característica esencial es la circulación, se permita imponer limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones. Conviene conocer las razones que han llevado a gran parte de las legislaciones, como la nuestra, a aceptar estas limitaciones.

BROSETA¹, pese a reconocer que la transmisibilidad de las acciones es un principio esencial del derecho de sociedades anónimas, respondiendo la división del capital social en acciones a un doble motivo: recoger capital del ahorro privado y conceder el incentivo de la transmisibilidad de la cualidad de socios a los inversores –por lo cual se afirma que la transmisibilidad de la acción ha sido el mecanismo que ha permitido ocupar a la sociedad anónima un lugar preeminente en la economía

¹ BROSETA PONS, Manuel, *Restricciones estatutarias a la libre transmisibilidad de acciones*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1984, p. 26.

capitalista moderna—, admite que en la realidad no siempre la sociedad anónima responde a estos principios.

«Por el contrario —dice—, es muy frecuente, sobre todo en España, donde abundan las sociedades de pequeño y medio capital, y las sociedades familiares en forma de anónimas, que la consideración personal de los socios sea mayor de lo que corresponde a la estructura ideal de la sociedad anónima —destinada a regir la gran empresa capitalista— como colector de grandes masas de capitales, cualquiera que sea su procedencia. Por razones de muy diversa naturaleza y para obtener distintos fines, es muy frecuente que en el momento constitutivo se reúnan «determinadas» personas que quieren defender la integridad personal del grupo, basada en una comunidad de conocimientos técnicos; de creencias ideológicas; de intereses; en la pertenencia a una misma familia; en el interés de que un «grupo» no pierda la mayoría y el control sobre la sociedad, para lo cual es necesario impedir que las acciones neutrales sean adquiridas y acrezcan las del grupo minoritario rival; en el deseo de mantener el control sobre una sociedad filial; en mantener un equilibrio de fuerzas entre dos grupos de una misma sociedad, para impedir la entrada de competidores en calidad de accionistas que puedan perturbar la marcha de la sociedad; o para obstaculizar el ingreso de extranjeros en la sociedad que pongan en peligro los intereses nacionales en determinadas industrias. Y precisamente para defender estos intereses y conservar la integridad personal ante la entrada de accionistas extraños, o para mantener el equilibrio de fuerzas en el seno de la sociedad, se suelen utilizar diversos procedimientos, que establecen un control sobre las transmisiones de las acciones y, por tanto, sobre la sustitución de unos accionistas por otros.»

Puede observarse que las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones de las sociedades anónimas obedecen prácticamente en todos los casos a un propósito de desviar el rol para el cual fue ideada la sociedad anónima, hacia la satisfacción de intereses personales que no conciben con la esencia capitalista y abierta de estas sociedades. Es por ello que las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones de una sociedad anónima deben tratarse con carácter restrictivo, por constituir regímenes de excepción.

Existen tres clases de limitaciones a la libre disponibilidad de las acciones que no llegan a significar la prohibición de transmitir las mismas, que son: 1. las *legales*, cuando están contenidas en la ley; 2. las *convencio-*

nales, cuando son los propios accionistas quienes las convienen como un acto parasocial, y 3. las *estatutarias*, cuando son todos los accionistas quienes las acuerdan en el momento constitutivo, o todos o la mayoría de ellos, mediante acuerdo de junta general, previa reforma estatutaria.

Aparte de las limitaciones legales, que son obligatorias por mandato de una norma legal, el artículo 115 de la Ley sólo reconoce la validez, para la sociedad, de las limitaciones impuestas por el estatuto, que pueden ser de dos clases: 1. *las cláusulas de consentimiento*, que subordinan la validez de las transferencias a la previa aprobación de la sociedad, y 2. las llamadas *cláusulas de conocimiento, opción o tanteo*—que denominaremos, para evitar confusión con otras figuras similares, *cláusulas estatutarias de preferencia*—, según las cuales se confiere a la sociedad, o a otros titulares, el derecho de adquirir con preferencia, dentro de determinado plazo y por un precio fijado *a priori* o señalable en virtud de bases preestablecidas, las acciones que se pretende enajenar².

Con relación a estas últimas, surge la duda respecto a si la cláusula estatutaria sobre el derecho de adquirir las acciones con preferencia debe identificarse con el pacto de preferencia a que se refiere el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil, según el cual es nulo el pacto de preferencia en virtud del cual se impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor por el tanto que otro proponga, cuando pretenda enajenarlo.

Para disipar esta duda conviene referirse a la doctrina que comenta la antigua ley de Sociedades Anónimas española de 1951, cuyo artículo 46 ha sido el antecedente inmediato del artículo 115 de la ley general de Sociedades peruana.

Al respecto, URÍA³ y BERGAMO⁴ opinan que la cláusula estatutaria de preferencia, pese a denominársele también *tanteo*, si bien no puede identificarse con el derecho preferencial de tanteo que regulan las leyes civiles, guarda innegable parentesco con él. Señala BERGAMO, como diferencias entre ambas instituciones, que mientras en el tanteo común son los propios contratantes quienes fijan libremente el precio, en la cláusula estatutaria de preferencia el valor suele fijarse con arreglo a métodos más o menos objetivos o automáticos; y que así como el retracto supone una transferencia inicial válida, que va seguida de otra a favor del retrayente,

² GARRIGUES, Joaquín, y URÍA, Rodrigo, *Comentario a la ley de Sociedades Anónimas*, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976, tomo I, p. 528.

³ *Ibidem*, tomo I, p. 530.

⁴ BERGAMO, Alejandro, *Sociedades Anónimas (Las acciones)*, Prensa Castellana S.A., Madrid, 1970, tomo I, p. 644.

el acto dispositivo formalizado en contra de la cláusula de tanteo se reputa nulo frente a la sociedad, porque su ejercicio supone un contrato único, que considera no consumada la transmisión subrepticia.

RUBIO⁵, por su parte, considera que las cláusulas estatutarias de preferencia («preemption», en la terminología francesa) responden a un sistema complejo de tanteo y retracto, según el cual la sociedad señala un comprador de las acciones o se reserva la facultad de adquirirlas ella misma.

Para la debida comprensión de estas opiniones debe tenerse presente que en Derecho español el tanteo es «la facultad que por ley o costumbre jurídica tiene una persona para adquirir algo con preferencia a los compradores y por el mismo precio», mientras que el retracto —convencional o legal— es «el derecho que tiene el titular del mismo, de adquirir una cosa por igual precio, dejando sin efecto una transmisión anterior». En el tanteo, el que quiere enajenar una cosa no puede hacerlo sin ofrecerla previamente en iguales condiciones a quien tiene el derecho de tantear; y en el retracto el retractante se sustituye en el lugar del adquirente una vez que la operación con el tercero ha sido efectuada⁶. CASTÁN⁷ señala esta diferencia en el sentido de que el tanteo es «el derecho de preferencia que una persona tiene para la adquisición de una cosa, en el caso que el dueño quiera enajenarla», y el retracto es «el derecho de preferencia que uno tiene para la adquisición de una cosa cuando el dueño la ha enajenado, subrogándose en el lugar del comprador mediante abono al mismo del precio que entregó y gastos de contrato que se le pudieran ocasionar».

Resulta así que la cláusula estatutaria de preferencia es en Derecho español semejante al tanteo, el cual, a su vez, es un derecho de preferencia para adquirir, por el tanto, el bien que una persona desea enajenar. La distinción entre la cláusula estatutaria de preferencia y el derecho de tanteo radica en que aquélla concede un derecho convencional mientras que éste es de carácter legal.

Conviene aclarar que las cláusulas estatutarias de preferencia tienen siempre un origen convencional, pues dependen de la voluntad de los fundadores, si es que figuran en el acto fundacional, o de la voluntad de todos o la mayoría de los socios, si se introducen en una reforma estatutaria posterior.

⁵ RUBIO, Jesús, *Curso de Derecho de sociedades anónimas*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974, p. 149.

⁶ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1968, tomo XXV, p. 1032.

⁷ Cita de la cita.

La indicada distinción entre el derecho de carácter legal y el de carácter convencional determina, en cambio, una aproximación de la cláusula estatutaria de preferencia al pacto de preferencia de que trata el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil peruano, desde que éste, por ser precisamente un pacto, tiene también naturaleza convencional.

Sin embargo, esta aproximación, si bien muy grande, no llega a ser una identificación absoluta, por cuanto la cláusula estatutaria de preferencia establece una preferencia en favor de la sociedad o de otros titulares, mientras que el pacto de preferencia impone al comprador la obligación de ofrecer el bien al vendedor.

Cabe preguntarse si esta diferencia es determinante y, para ello, conviene conocer la razón por la cual el codificador peruano optó por declarar la nulidad del pacto de preferencia en favor del vendedor. De acuerdo con la Exposición de Motivos del contrato de compraventa⁸, el pacto de preferencia tiene inconvenientes menores que el pacto de mejor comprador, pues sólo puede imputársele que dificulta el tráfico patrimonial, dado que no puede aceptarse directamente una oferta de compra sino que es necesario mantenerla vigente e informar sobre su existencia al vendedor para que manifieste si hace uso o no de su derecho de preferencia. «Sin embargo –se agrega–, este menor inconveniente es todavía suficiente para hacer aconsejable que deje de regularse en el Código el pacto de preferencia. Aun limitado el ejercicio del derecho a un plazo corto, como es el de treinta días que señala el artículo 1435 del Código Civil de 1936, la fluidez de la contratación sufre con esta traba que desalienta a los posibles adquirentes del bien de formular ofertas que, en el fondo, están supeditadas a la voluntad del vendedor. Las codificaciones modernas han dejado de legislar sobre el pacto de preferencia, tal como puede observarse en los Códigos de Italia, de Corea, del Líbano, de Grecia, de Quebec (Canadá), de Portugal, de Bolivia, etc.»

Puede observarse que la razón determinante de la nulidad establecida por el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil es el desaliento de los posibles adquirentes del bien de formular ofertas que, en el fondo, están supeditadas a la voluntad del vendedor, lo que afecta la fluidez de la contratación. El mismo desaliento se produce cuando las ofertas de adquisición pueden quedar sin efecto por voluntad de la sociedad o de otros titulares.

⁸ *Código Civil. Exposición de Motivos y comentarios*, Delia REVOREDO DE DEBAKEY (compiladora), Okura Editores S.A., Lima, 1985, tomo VI, p. 203.

Por otro lado, el pacto de preferencia, a semejanza de la cláusula estatutaria de preferencia, obedece al propósito de evitar que los bienes materia de la compraventa pasen a manos de extraños al vendedor, o, al menos, de personas ingratas a éste.

Finalmente, comentando el artículo 1368 del Código Civil argentino, según el cual «pacto de preferencia» es la estipulación de poder el vendedor recuperar la cosa vendida, entregada al comprador, prefiriéndolo a cualquier otro por el tanto, en caso de querer el comprador venderla, afirma LÓPEZ DE ZAVALÍA⁹ que, si bien el citado artículo habla de una prelación en favor del vendedor, es evidente que puede constituirse una prelación (*ius protimiseos*) en favor de quien no sea el vendedor. Nada impediría, agrega, que se constituyera en favor de quien no tuviera otra relación con el obligado que la que emergiera del pacto de prelación.

Desaparece así toda diferencia entre la cláusula estatutaria de preferencia y el pacto de preferencia.

En estas condiciones, por aplicación del aforismo latino «Ubi eadem ratio, idem jus» («a igual razón, igual derecho»), debe considerarse que, tratándose de la compraventa de acciones, la cláusula estatutaria de preferencia, por constituir un pacto de preferencia, queda comprendida en la nulidad prevista por el inciso 2 del artículo 1582 del Código Civil.

Podría objetarse que se está aplicando a la cláusula estatutaria de preferencia, que opera únicamente en el campo del Derecho societario, una nulidad propia del contrato civil de compraventa, pero debe tenerse presente que de conformidad con el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, las disposiciones de este código se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza. Esta incompatibilidad no se produce en el presente caso, por cuanto no sólo según el artículo 2112 del mismo código los contratos de compraventa mercantil, como podría ser la compraventa de acciones con la finalidad de revenderlas, con ánimo de lucrar en la ganancia, se rigen por las disposiciones del Código Civil, sino también y muy especialmente porque las limitaciones a la libre transmisibilidad de las acciones de una sociedad anónima no responden a la naturaleza de esta sociedad.

Obsérvese que se limita la nulidad de la cláusula estatutaria de preferencia a la compraventa de acciones, por cuanto sólo es nulo el derecho de preferencia pactado en el contrato de compraventa. Esta nulidad no

⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J., *Teoría de los contratos*, Víctor P. de Zavallía Editor, Buenos Aires, 1976, Parte especial, tomo I, p. 239.

alcanza a las cláusulas de limitación de transmisibilidad de acciones por medio de contratos distintos a la compraventa.

Cabría pensar que tratándose del contrato de compraventa el pacto de preferencia se estipula dentro del marco del mismo contrato, mientras que en el caso de la cláusula estatutaria de preferencia ella se encuentra en el estatuto social, que es algo extraño al contrato de compraventa. Sin embargo, no debe olvidarse que la cláusula estatutaria de preferencia se aplica cuando el accionista se propone celebrar un contrato de compraventa de sus acciones, de tal manera que sólo se actualiza por razón de la proyectada celebración de este contrato. Si bien la cláusula estatutaria de preferencia no es un pacto del contrato de compraventa, se convierte en tal cuando llega la oportunidad de formularse la oferta del contrato de compraventa, desde que la oferta lleva necesariamente incorporada, como integrante de la misma, la cláusula estatutaria de preferencia.

Si bien es verdad que el artículo 115 de la Ley permite las cláusulas estatutarias de preferencia, no es menos cierto que el numeral 2 del artículo 1582 del Código Civil es una norma imperativa dictada con posterioridad a la ley general de Sociedades, desde que sanciona con nulidad el pacto de preferencia, por lo cual, en la medida que exista incompatibilidad entre la norma dispositiva contenida en el artículo 115 de la Ley y la norma imperativa contenida en el numeral 2 del artículo 1582 del Código Civil, prima la segunda.

No podría decirse que la Ley es una norma de carácter especial y que el Código Civil es una de carácter general, por lo cual no existe incompatibilidad, y que la norma antigua (la Ley) continúa rigiendo al lado de la norma nueva (el Código Civil)¹⁰, desde que el numeral 2 del artículo 1582 del Código Civil es una norma especial (el pacto de preferencia) contenida en una norma general (el Código Civil) que es incompatible con otra norma especial (validez de las limitaciones a la libre transmisibilidad de la acción) contenida en una norma general (la Ley). Existe, por lo tanto, incompatibilidad entre el numeral 2 del artículo 1582 del Código Civil y el artículo 115 de la Ley.

Recuérdese que, de conformidad con el artículo I del Título Preliminar del Código Civil, la derogación de una ley se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de ésta es íntegramente regulada por aquélla.

¹⁰ COVIELLO, Nicolás, *Doctrina general de Derecho civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938, p. 105.

Cabe, por lo tanto, llegar a la conclusión de que es nula la cláusula estatutaria de preferencia que figura en el estatuto de una sociedad anónima, en el caso de compraventa de las acciones de dicha sociedad.

No es el propósito del presente ensayo proscribir las cláusulas estatutarias de preferencia, cuya utilización es cada vez más frecuente en la práctica societaria, sino destacar el peligro constituido por la existencia de no despreciables razones que justificarían la invocación de su nulidad, por lo cual es conveniente dictar las normas legales pertinentes para conjurar este peligro.

The Origins of the Institutionalised Guilty Plea in the United States: Some Lessons from History

Mike McCONVILLE

1 Introduction

In this lecture, I want to talk about the origins of the modern system of criminal justice in the United States of America. In particular, I will talk about how it became transformed in the nineteenth century from one in which the routine method of case disposal was by means of a jury trial to one in which, by 1860, the guilty plea was dominate. One of the purposes of my talk is to explain how this fundamental transformation came about. This, however, is of lesser significance than a second objective: this is to show the importance of theory, of historical method and of the value of “law in context” as a method of analyzing law. It is appropriate that “law in context” should be given its proper recognition because it has been the foundation stone and lasting achievement of the School of Law at Warwick which pioneered this approach to legal studies some 25 years ago.

2 The Traditional Account

According to America legal historians such as Lawrence Friedman, John Langbien and Malcom Feeley, the American criminal justice system in the first half of the nineteenth century relied upon jury trials because the system as a whole was populated by amateur actors. In the absence of professional police, lawyers and judges, justice in criminal cases was heavily dependent upon luck and chance. In such a system, whilst no method of deciding upon outcome could produce reliable results, the jury was as good a method as any for reaching a verdict and, at least it had the merit of being “democratic”. As Lawrence Friedman and Robert Percival put it:

“In a system run by amateurs, or lawyers who spent little bits of their time and energy, with no technology of detection or proof, a trial was perhaps as good a way as any to strain the guilty from the innocent” (*The Roots of Justice*, 1981, p. 194).

The picture which emerges is of a system of justice which was unplanned, spontaneous and primitive. Any evidence had to be gathered together by the parties themselves. The private parties to the dispute collected together whatever witnesses they could and produced them for the first time on the day of the trial itself. Witnesses told their story to the jury without the assistance of lawyers and without the benefit of a framework of rules of procedure or evidence. The jury might listen to several cases one after the other before giving a series of verdicts without retiring to deliberate. In this setting, trials were very wasteful of public resources and often amounted to little more than “slow guilty pleas” in which the conviction of the unrepresented defendant was a foregone conclusion.

According to the traditional account, the method of resolving disputes changed with the growth of professionalism. The first important development was the emergence of police science. As police professionalism grew, the police were able to use more scientific method of detection with the result that evidence became more reliable. As police investigation improved and evidence became more reliable, so lawyers emerged. These lawyers, who understood legal and procedural issues, were able to assess the value of items of evidence. They could sort cases into, on the one hand, those which (because of reliable police or forensic evidence) were so compelling or persuasive that a conviction was inevitable and, on the other hand, those where the outcome was not at all clear because no persuasive scientific proof was available. For the former group of cases in which a conviction was inevitable and entirely appropriate, these lawyers developed a system of guilty pleas based upon the reduction of charges or of sentence. This new plea bargaining system, thus, enabled courtroom actors to adjust the sentence to suit the individual circumstances of the defendant and to reward those who were willing to avoid wasting court time and public money by giving them a reduced sentence. By contrast, in those cases where the outcome was not clear, this new band of professional lawyers used their adversarial or trial skills to fight cases on procedural, evidential or legal grounds.

3 The Attractions of the Traditional Account

On the face of it, this traditional account has a number of attractive features, which may be summarized as follows:

a) *First*, the transformation of the criminal justice system is explained as an entirely rational process.

b) *Second*, the change to the system is seen to be the product of a combination of science and professionalism, both of which appear as objective and beneficial.

c) *Third*, all the principal criminal justice actors and institutions emerge triumphant: the police as the creators of reliable evidence; lawyers as the group able to reliably sort the guilty from the potentially innocent; judges as guarantors of the overall fairness of the process including the sentencing system; and the guilty plea itself as entirely appropriate and benign.

d) *Fourth*, legal history becomes a story of progress in which everyone benefits.

4 The Problems with the Traditional Accounts

Despite its superficial attractiveness, the account of legal historians has a number of serious limitations which cast doubt upon its validity. There are concerns at both the empirical or factual level, and also at the conceptual or theoretical level:

a) At the *empirical* level, commentators such as Friedman, Feeley, Langbein, Alschuler and Mather produce little or no empirical support for their account of how the system changed. For example, no evidence is produced in support of the view that the rise of the guilty plea was linked to and dependent upon the discovery of improved and “scientific” techniques of evidence gathering. Instead, commentators simply assert that evidence became more reliable through the emergence of fingerprinting, ballistics, blood testing and the like.

Again, the use by these legal historians of the term “amateur” to describe courtroom actors, is not based upon any systematic analysis of the background, qualifications or skills of the actors in question. Instead, it is a characteristic which is ascribed to police, lawyers and judges on the basis of an assumption that they were not regularly present at trials and that they possessed no relevant investigative or legal skills.

b) At the *theoretical* level, the explanatory power of the theory advanced by commentators rests entirely on the assumption that social change is always a history of progress in which primitive and outdated institutions are replaced by advanced, modern and efficient forms. Since, however, this is simply asserted rather than demonstrated, the result is to blur the boundary between theory and ideology.

A second *theoretical* problem is that the traditional account detaches the criminal justice system from the wider society. Changes in the state or the political economy, even if they were to be acknowledged, are not seen as having any influence upon the legal system. In this account, science becomes the agent of change to which the criminal justice system, with its own internal coherence and logic, responds in ways which are claimed to be beneficial. The reason why this process operates in this way is not, however, explained.

5 Testing the Traditional Account: New York City

Together with my colleague Professor Chester Mirsky of New York University, I have been engaged for the last ten years in testing the traditional account. Our work has been based on the Court of General Sessions in New York City, one of the oldest and most prestigious legal institutions in the USA. Our study has been upon a systematic examination of original material going back to the start of the nineteenth century. The material we have examined includes files created by the District Attorney, which consist of the complaint, statement of witnesses, records of the examination of defendant, the indictment and real evidence in all cases prosecuted from 1804. In addition, we have analyzed Court Minute Books, which record the type and number of indicted cases disposed of on a daily basis, the number of defendants, lawyers and judges, the method of disposition, and outcome. We also had access to reports of court reporters, official statistics gathered from 1830 onwards, and contemporary reports of individuals and agencies.

With this material, we are able to provide a systematic analysis of the system of criminal justice from 1800 when cases were decided by jury trial to 1860 and beyond by which time the guilty plea had come to dominate court outcome. For the purpose of analysis, we have divided our account into two periods, that from 1800-1845 the era of the jury trial; and that from 1845 onwards as guilty plea rapidly grew to a position of dominance.

6 Individualism and the Mercantile Economy 1800-1845

6.1 Individual Justice

Over the first half of the nineteenth century, New York City was a busy sea port with a population which grew from some 60,000 in 1800 to over 300,000 by 1840. Whilst there were vast inequalities of wealth between merchants and landed gentry on the one hand, and a large labouring and propertyless artisan class on the other, the political economy rested upon a benevolent, paternalistic administration. The emphasis was upon consensus and the common good, with free market principles emphasizing the importance of the individual citizen. It was the individual citizen who was seen as the building block of society, with the state being seen as a potentially intrusive force.

Criminal justice entirely reflected this philosophy of individualism. The jury was seen as central to the administration of justice, not because it was as good as any other decision-making body in a primitive system, but because it was seen as the ultimate guarantee against unrestrained state interest. It was the protector of the individual; the lamp that showed that freedom lives; a little parliament that enabled people to govern themselves. And “govern” is what the jury could do in a real sense. Indeed, at least until 1830, the jury decided both *fact and law*.

Whilst jury verdicts might occasionally excite critical comment in the newspapers or among local politicians, there was no independent state interest in the outcome of court cases. No official statistics were collected either on criminality in the population or on the patterns of verdicts at courts. Justice was seen to an *individual* matter. The courts were provided as a service to the individuals who could use them, as private prosecutors, to obtain justice. And it was the job of those responsible for running the courts to ensure that this neutral venue was available to those who could not otherwise secure justice through settling the matter out of court or in some other way.

6.2 The Investigation of Crime

In the first half of the nineteenth century, responsibility for preventing and investigating crime lay with constables and watchmen organized on a highly local basis. In practical terms, prosecutions were heavily dependent upon the actions of private citizens laying a complaint, acting as witnesses or actually making an arrest. The official policing system

would respond to citizen's request and, very occasionally, engage in crime prevention by laying traps to catch suspected offenders.

6.3 Magistrates' Court

Trials were not, as commentators have alleged, spontaneous events which were thrown together on the day of trial. Once a suspected criminal was brought before the court, a magistrate, assisted by a clerk, would screen the case to ensure there was sufficient evidence or, if there was not, to dismiss the case.

Magistrates took statements of evidence from the complainant, from witnesses and from the person who was being accused. These statements were taken under oath and would be the basis for evidence at trial. Additionally, magistrates could issue warrants for constables to search premises for stolen goods and they might supervise such searches. The evidence gathered by the magistrate formed the basis of a file of evidence which was transmitted to the District Attorney who could then present the case to the Grand Jury when requesting an indictment or formal bill of charge. To ensure that a meaningful trial would take place, the magistrate could take security, in the form of money, from both witnesses and defendants to ensure that they turned up for trial. If a witness or defendant was without means, the magistrate could and did order their detention in prison until the trial.

6.4 Lawyers

Contrary to the view of commentators who see this period as an un lawyered era, trained lawyers existed as a routine feature of the administration of criminal justice. For the prosecution, the District Attorney was a prominent lawyer who was initially appointed by the Governor and later by the judges. The District Attorney assumed the role of Minister of Justice. It was his job to guide the case through to completion without striving for a particular result. Whilst the District Attorney took cases himself, he could also instruct private lawyers to act for the prosecution and, when he did so might prepare a brief for them as to what witnesses would say and how the case might be presented.

Certainly we know that from 1810 onwards, defence lawyers appeared in almost all trials. The New York State Constitution had as early as 1789 guaranteed each defendant the right to a lawyer, and the records show that defendants were given this entitlement. This was so whether

the defendant could pay or, as in most cases, was without means. These lawyers were not amateurs but trained in law and knowledgeable in law and procedure. Some wrote treatises on substantive and procedural law and they were commonly instructed to act on the part of the prosecution.

The assertions of legal historians about the state of legal representation are, therefore, contradicted by the plain facts.

6.5 The Trial Process

As I have mentioned, according to traditional accounts jury trials in the first half of the nineteenth century were spontaneous, short and chaotic events to get a decision on the facts. This is very far from the truth:

- Trials often involved detailed argument on law. Indeed, the purpose of a trial in some cases was to *stablish the law*, to resolve uncertainty and to provide clarity for the commercial world.

- Prospective jurors could be challenged, witnesses examined and cross examined.

- Motions to dismiss the charge, to discharge the defendant, to stay sentence or to set aside the verdict were reasoned and subject to detailed rules.

- Judges marshalled the evidence and often gave a view as to whether the prosecution case had been established or whether the defendant should be acquitted. The jury generally followed the judge's advice on issues of law and, commonly, on issues of fact. It is not remarkable, therefore, that in 80 per cent of cases between 1800-1830 that the jury was able to bring in a verdict without retiring to discuss the case.

This does not mean that jury trials were the site of great legal battles in which skilled and aggressive defence lawyers would attack witnesses or engage in adversarial wars. The style of cross-examination was respectful and less confrontational than today. Lawyers operated a code of ethics which might lead them to withdraw a defence or abandon altogether should prosecution evidence be clear and convincing. Rather, the basic principle of the trial and also the task of the lawyer was to ensure that verdicts were obtained only in conformity with the accepted rules of law, procedure and evidence.

7 Aggregate Justice: The Pre-Industrial Economy 1845-1865

From the 1840s, New York City was transformed in size and in population mix. By 1850, it had become the largest city in the western hemisphere with a population in excess of half million people. Massive waves of immigration from Ireland, Germany, England, France and elsewhere resulted in a city in which poverty was rampant, with people living in squalid tenement buildings. Alcoholism was a major social disease and crime rife.

Of most enduring significance was the institutions of criminal justice and crime itself were to become politicized. Judges now became elected instead of appointed. The District Attorney also became an elected official (in 1846) with clear links to party politics. Official statistics began to be collected (first published in 1840) which sought to measure the level of crime in society and the background and characteristics of those convicted of crime. Soon these statistics focused on race and crime quickly became politicized around the foreign-born. The new immigrant was seen to be criminal and dangerous, a threat to the existing social order.

As a statistical report to the Secretary of State (in 1856) put it:

“A large proportion of [immigrants] are shipped as criminals. Foreign monarchies and despotisms find it cheaper to pay the passage of criminals to this country, than to support and guard them at home, and so empty their jails and prisons... to swell the records of crime [in this country] and shock the public... with deeds of violence.”

The result was a transformation in the attitude towards justice. Justice was no longer an individual issue; rather, the concern was with overall or aggregate outcome. Whereas the focus had been on the individual case, now it was on the pattern of crime, the control of the dangerous classes and the efficiency of the system in convicting those arrested. And it was this shift political sentiment which underlay the transformation of criminal justice for all time, a transformation made possible by new institutional arrangements to which I now turn.

7.1 Police and Magistrates

Contrary to the views of commentators, over the second half of the nineteenth century, the nature of policing did not change with the advance of science. The science of detection was never more than of

marginal significance. Fingerprinting did not emerge until the 1860s, neither photographs nor the telegraph were regularly used, and ballistics and blood testing made no impact on detection. Whilst the administration of the police became more centralized, it had little effect upon law enforcement at this time.

What changed was that the police now became identified with the prosecution case. They quickly displaced the private prosecutor or complainant by assuming ownership of cases. Every case became assigned to a named officer or officers, and, unlike in the first half of the nineteenth century, any contribution the police made to the case was supported by a police witness statement. Though the substantive involvement of the police remained the same, the passing of ownership of cases to the police was the first clear that crime was now a public matter in which the state had a clear and deepening interest.

7.2 Judicial Control of the Jury

The second significant change was that judicial control of the jury began to wane as eligibility for jury service based on property qualifications was abolished. This enabled labourers to serve on juries and meant that the close ties between the judge and the merchant juror class of the early part of the century were now broken. As a result of this change in composition, juries retired more often to consider their verdicts, the acquittal rate increased and where convictions were achieved they tended increasingly to be in respect of reduced charges. For a state interested in law and order and the certainty of conviction, reliance upon this new jury was undesirable.

7.3 District Attorney

The most significant change, however, occurred within the office of the District Attorney. This became transformed from a minister of justice to an elected official whose interests were now openly aligned with those of the state. As the state began to focus upon the foreign-born and the “dangerous classes”, concerns over law and order became the responsibility of the District Attorney. The District Attorney became identified with the effectiveness of crime control, with the outcome of cases in court and thus with the conviction rate.

Responsibility for law and order, which was once dispersed, thus became focused on the office of the District Attorney. This had greater

significance because, whereas prosecutions had earlier been managed by private attorneys as well as the District Attorney's office prosecuted in all cases. The District Attorney was now solely responsible for the efficient and effective prosecution of cases in court.

To assist in fulfilling this role, the District Attorney developed a new philosophy towards criminal prosecutions. As state concern over crime increased and as judicial control of the jury weakened, a new mechanism was needed to consolidate or increase the conviction rate. This was achieved by a new "half-loaf" philosophy: the District Attorney increasingly gave up efforts to get a conviction of the full offence before a jury and, instead, offered defendants a plea to a lesser offence and thus a reduced sentence. In this way, the plea bargain was born. The result was that within a few years and by 1860, the guilty plea became the dominant method of case disposition. The "lesser plea" which was invented to satisfy the state's new-found need to get aggregate convictions was to be an enduring legacy which still dominates American criminal justice today.

7.4 Defence Lawyers

As the District Attorney's office became politicized, so private lawyers became confined to working for the defendant. Whilst they became increasingly identified with defendants, they did not fight cases more vigorously at trial and, instead, spent their efforts in counselling defendants to accept lesser plea offers and the reduced sentence that went with them. Over time they lost status and prestige as the criminal lawyer became associated with the people they represented. In the result, they never were able to be a counterweight to the new order laid down for the handling of criminal cases by the prosecutor.

8 Summary and Conclusion

As we have seen, from the start of the early nineteenth century criminal trials were rational legal events involving narrow questions of law and fact. They were not chaotic and spontaneous but planned and orderly. They were not run by amateurs but by trained personnel, magistrates, lawyers and judges. Respect was paid to precedent and records were maintained for the purposes of both trials and appeals.

The mistake made by commentators has been to view police and courtroom actors in static terms, isolated from the wider society and

responsive only to advances in science. Even if advances in science of a major character had occurred, it is not likely that we could understand criminal justice without looking at the wider context.

Instead, it is better to see the police and courtroom actors as interrelated entities whose purpose changed over time. Systematic reliance on the guilty plea and plea bargaining emerged as crime became politicized, the jury became less removed from the defendant population, and the District Attorney assumed responsibility for law and order generally and the efficient and effective handling of cases in court. The transformation that occurred in criminal justice was the result, therefore, of an emerging state interest with the ability to realize its own social and political agenda through new legal forms.

Bibliography

A. ALSCHULER

1979 "Plea bargaining and its history" 13 *Law & Society Review* 211

L. FRIEDMAN

1979 "Plea Bargaining in Historical Perspective" 13 *Law & Society Review* 246

L. FRIEDMAN and P. PERCIVAL

1981 *The Roots of Justice*

M. FEELEY

1982 "Plea Bargaining and the Structure of the Criminal Process" 7 *Justice System Journal* 338

J. LANGBEIN

1979 "Understanding the Short History of Plea Bargaining" 13 *Law & Society Review* 261

M. McCONVILLE and C. MIRSKY (forthcoming, 1995)

1995 "The Rise of Guilty Pleas": New York, 1800-1865 22 (45) *Journal of Law and Society* 443

Los problemas de las limitaciones de responsabilidad en el campo de los transportes de mercancías

Víctor Humberto LAZO L.

Modernamente, el transporte de las mercaderías por cualquiera de los medios usuales conocidos: transporte terrestre, marítimo o aéreo, o la utilización del moderno transporte multimodal o multipropósito, acarrea frecuentemente problemas para los usuarios, sean éstos embarcadores o consignatarios, que obligan a la presentación de reclamos extrajudiciales o demandas para obtener el resarcimiento del daño causado.

Usualmente se piensa que los directos usuarios de estas vías deben ser solamente los aseguradores; sin embargo, la necesidad de abrir nuevos mercados para los productos peruanos de exportación, así como la demora que a veces se presenta en la atención por el asegurador de los bienes transportados, obliga a que sean los directos afectados los que tengan que iniciar estas acciones.

La ocurrencia de alguna eventualidad, llámese la pérdida o desaparición de los bienes en su totalidad o la avería parcial de éstos, dará lugar a una reclamación por los daños causados en el bien mismo. Adicionalmente, se presentarán también los casos menos frecuentes de acciones derivadas por la demora en la realización del transporte o, lo que es igual, la entrega tardía o cumplimiento defectuoso de la obligación de transporte.

El principio por el cual un transportista está en el deber de responder por aquello que le ocurra a los bienes que recibe, deriva del hecho de que la obligación que éste debe cumplir, consistente en la recepción de una mercadería determinada y su posterior entrega en el lugar acordado, incluye una obligación básica que es la de custodia, convirtiéndose de esta manera el transportista en responsable de lo que le acontezca a esos bienes mientras éstos están en su poder.

Al respecto, comentando la definición de lo que es el contrato de transporte en sí, el juriconsulto Joaquín Garrigues señala que: «la nota característica del transporte consiste en que el porteador asume directa-

mente la custodia de la cosa, comprometiéndose a guardarla desde que la recibe del cargador hasta que la entrega al destinatario»¹.

Esta característica es aplicable tanto al caso de un contrato de transporte puro como a los especiales que están identificados con nomenclatura especial, como es el caso de los contratos de fletamento.

En cualquiera de estas situaciones, pues, se suceden las posibilidades de reclamos, y frente a esta eventualidad el reclamante tiene siempre la esperanza de que sus expectativas serán afrontadas por quien le causó el daño; es decir, de que recibirá un resarcimiento apropiado al daño causado.

Conforme veremos en los párrafos siguientes, esta esperanza en muy pocas oportunidades es amparada, y por el contrario, los transportistas, lamentablemente por la existencia de una legislación que siempre ha estado fuertemente teñida de una influencia decisiva de los organismos que representan a las empresas de transportes, se han visto beneficiados por situaciones excepcionales que no se condicen con la situación obligacional en que se halla el transportista.

En otras palabras, esto significa que, al tratarse de un deudor obligacional que requiere de una experiencia y ciencia especial para desarrollar la labor que se le encomienda, él está generando con su actividad una situación de riesgo excepcional, y que en otras latitudes del Derecho faltas similares son sancionadas con mayor rigor², mientras que por ser el transporte una actividad que despierta un cierto respeto por su antigüedad y la aleatoriedad del servicio prestado, el transportista es tratado por alguna legislación de una manera benevolente. Esta afirmación, de que la actividad del transportista genera una situación de riesgo por la cual debe responder, y que además sirve de fundamento para la determinación de la responsabilidad del porteador, se encuentra magníficamente fundamentada en la cita de Amadeo Soler Aleu, quien tratando el tema señala: «Cuando una empresa realiza y ejecuta, para obtener un beneficio económico, actos encaminados a un objeto cualquiera, asume profesionalmente los riesgos inherentes a esos actos.»³.

Conforme veremos en el examen que hemos de realizar, de la amplitud de la responsabilidad que estableció el legislador del Código de Comercio de 1902, tanto para el transporte terrestre como para el marítimo, se ha pasado gradualmente a una limitación económica de su res-

¹ GARRIGUES, Joaquín, *Curso de Derecho mercantil*, tomo IV, Edit. Temis, Bogotá, Colombia, 1987, p. 207.

² Véase al respecto el texto del art. 1970 del Código Civil.

³ SOLER ALEU, Amadeo, *Transporte terrestre*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 73.

ponsabilidad que perjudica gravemente al usuario o acreedor de la prestación, situación que se convierte en un elemento preocupante para nuestro país en particular, en el cual, para el comercio internacional fundamentalmente, los porteadores no se han desarrollado en la proporción esperada y seguimos siendo, quizá por mucho tiempo más, un país fundamentalmente de cargadores de materias primas o semielaboradas, y de recibidores de mercaderías terminadas diversas.

Todo esto, al final, se traduce económicamente en un mayor costo para el país, por cuanto la diferencia que existe entre lo que se puede recuperar de los transportistas y aquello que definitivamente se pierde por culpa de una legislación de este tipo, es trasladada a los usuarios finales o a los aseguradores de carga, quienes, en una política normal traslativa, incrementarán sus primas, incremento que se reflejará en el precio final de los productos que se colocan a disposición de todos nosotros.

1 Transporte terrestre

El primer tema que aborda el Código de Comercio de 1902 se refiere al ámbito de la responsabilidad del transportista terrestre. Al respecto debe manifestarse que la manera de tratar este tópico en el Código difiere substancialmente de aquella utilizada cuando se aborda el tema del transporte marítimo, y por cierto, también es muy distante de la que se establece para las otras formas de conducción que hemos señalado.

El principio rector del Código de Comercio, para este caso, es el de la responsabilidad del porteador, excepto en los supuestos de «daños y menoscabos que experimenten los géneros durante el transporte, por caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de las cosas»⁴, en cuyo caso quien soportará esas pérdidas será el cargador o el propietario de los bienes.

El principio de la exclusión debe ser acreditado por quien invoca la excepción, estableciéndose de esta manera una presunción *iuris tantum* según la cual, ante la ocurrencia de un evento dañoso, el porteador debe responder, y quien pretende exceptuarse debe demostrar a cabalidad que se ha producido la traslación del riesgo a los hombros del cargador.

Extremando, además, los principios para demostrar la responsabilidad que asume el porteador, el Código señala que, aun en esos casos de excepción en los cuales se le dispensa de la responsabilidad al porteador,

⁴ Véase al respecto el art. 356 del Código de Comercio.

dicha dispensa puede quedar sin efecto «si se probare en su contra que [el caso fortuito, fuerza mayor o naturaleza y vicio propio de la cosa] ocurrieron por su negligencia o por haber dejado de tomar las precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes»⁵.

Por ahora no entraremos en mayores comentarios sobre estas disposiciones y las glosas que hemos realizado, dejando para otra oportunidad su análisis, que presenta situaciones interesantes.

En los casos en que el porteador pierda los bienes transportados, desapareciendo físicamente éstos y no realizándose la entrega en destino, el Código dispone que aquél debe «pagar el valor que tuvieron los [bienes] no entregados, en el punto donde debieron serlo y en la época en que correspondía hacer su entrega»⁶.

De esta manera se establece el principio de la indemnización por el daño causado, señalándose que el monto retributivo del mismo se fija en función de la especie y no en vista de una cantidad determinada. Sin embargo, es menester precisar que para evitar las sorpresas indebidas el legislador ha determinado a través del artículo 367 del Código de Comercio que esos valores se determinarán con arreglo a lo que se declare en la carta de porte.

Por cierto, y como comentario al margen, resulta muy difícil conciliar el hecho de que el pago indemnizatorio por la pérdida de los bienes se fije en una parte de la ley en función de lo declarado en la carta de porte, que se hace en el puerto de embarque, mientras que de otro lado ese valor debe fijarse, según lo que la misma ley señala, por lo que dichos géneros valían en el puerto de destino y en la época en que correspondía hacer su entrega; es decir, incluyendo ciertos factores que no pueden considerarse objetivamente al inicio, como son: la escasez, las festividades (que incrementan valores), la estacionalidad, etc.

El mismo principio se aplica a los casos de disminuciones de valor por averías, casos en los cuales, según el artículo 359 del Código de Comercio, lo que debe pagar el porteador estará determinado por la diferencia que acrediten peritos entre el valor sano y aquel deteriorado parcialmente; por supuesto, siempre sobre la base de lo que se haya declarado en la carta de porte.

El Código no resuelve el problema frecuente de los casos en que aparecen en las cartas de porte las siglas «NVD» (*non value declared* o «sin valor declarado»), y si efectivamente se pierden o deterioran éstos, pues no existen términos de comparación que puedan ser utilizados. O los

⁵ Véase en este sentido el art. 357 del Código de Comercio.

⁶ Véase sobre este particular el art. 358 del Código de Comercio.

casos en los cuales por razones de flete o de aduanas se deja de consignar un valor determinado en el efecto porteado.

Es evidente que una cláusula como la indicada por el Código, muy usual en las convenciones internacionales que rigen este tipo de actividades, apareja más complicaciones que soluciones, por lo que debería tenderse a su desaparición, ya que, en todo caso, el valor de un bien o género podrá siempre establecerse en función de su factura de adquisición o mediante la determinación que hagan peritos en caso de imposibilidad de consecución de un documento de esta naturaleza.

No trataremos acá el problema de la responsabilidad por retraso en la entrega, o por mora, que previsoramente el legislador del Código de Comercio introduce en esta parte, y que inexplicablemente no la consideró para el caso de los otros tipos de transportes; pero solamente señalaremos que también se establecen reglas especiales indemnizatorias para esos casos.

El tema de la limitación cuantitativa de responsabilidad para el transportista terrestre aparentemente está dado con amplitud en las citas que hemos realizado, pero, como señala Garrigues, en el pasado todo transportista como depositario de los efectos era responsable de éstos con todo rigor, incluyéndose en este ámbito también los casos de fuerza mayor o caso fortuito; empero, esa rigidez era atenuada limitándose la extensión o *quantum* de esa responsabilidad.

Producto de la influencia del Derecho civil y de la aparición de las modernas doctrinas de responsabilidad por culpa, la legislación ha impuesto también este criterio para determinar el origen de la responsabilidad, pero equivocadamente ha mantenido la limitación impuesta, lo cual significa una posición de prerrogativa para el porteador, que no se condice con toda la tónica legislativa de nuestro país, e, incluso, del propio Código de Comercio, que no consagra ningún otro caso similar.

La limitación impuesta por la legislación mercantil está dada por el hecho de que solamente se considera, para los efectos indemnizatorios, el valor de la cosa, dejándose de indemnizar la pérdida que ocurra en concreto, la ganancia que se dejó de obtener, limitándose la indemnización al valor de la cosa como tal, señalándose solamente que se trata de un «valor mercantil» o, en otras palabras, según Garrigues, del «precio de venta, como límite normal de la ganancia prevista por el dueño de la mercancía»⁷.

Esta situación descrita es muy similar a la que ahora establece el artículo 1321 del Código Civil, donde se limita en el tercer párrafo el ámbi-

⁷ GARRIGUES, Joaquín. Véase *op. cit.*, tomo IV, p. 231.

to de la extensión de la responsabilidad de quien incumple obligaciones, diferenciándolo así de aquel del que las inejecuta con presencia de dolo o culpa inexcusable, en cuyo caso asume una mayor carga de responsabilidad.

2 Transporte marítimo

Al tratar este tema nos encontramos con una multiplicidad de alternativas o factores a los cuales podemos recurrir. En primer lugar tenemos el propio Código de Comercio, con su división dual de responsabilidad para el naviero y el capitán. Además tenemos las normas internacionales determinadas por las convenciones internacionales relativas a este tema, de 1924, 1968 y 1978. Por ello, veremos cada una de ellas por separado.

2.1 Código de Comercio

La responsabilidad que señala nuestro código para el caso del porteador marítimo, difiere en esencia, en su presentación, de aquellas que señaló originalmente para el transportista terrestre. En efecto, conforme hemos visto en el caso anterior, el Código establece la presunción inmediata de responsabilidad, salvo que se acredite la ocurrencia de alguno de los hechos típicos de exoneración admitidos por el Derecho de obligaciones. Para el caso de del transporte marítimo, también aparentemente por razones sentimentales, se recurre a una nueva fórmula, dividiendo la responsabilidad según se ataque al naviero o al capitán, o según proveniga de éstos.

En el caso del naviero, personaje que según el Código puede ser el representante del buque, o el gestor, se establece que éste es responsable, para con los terceros, de «todos los daños que sobrevinieran al [...] cargamento por impericia o descuido de su parte»⁸.

Esto significa que, para el legislador, en el caso del transportista marítimo no existe presunción de responsabilidad por la inejecución de obligaciones, un hecho que ahora está perfectamente determinado por la propia legislación civil para cualquier tipo de contrato⁹, sino que además el afectado deberá acreditar que aparte del daño sufrido éste se de-

⁸ Véase sobre este tema el art. 631, inciso 1, del Código de Comercio.

⁹ Véase al respecto el art. 1329 del Código Civil.

bió a un hecho culposo de parte del porteador, convirtiéndose éste, de esa manera, en un sujeto que, por la especialidad de la función que realiza, puede fácilmente quedar exento de responsabilidad ante el desconocimiento que tiene el cargador de las particularidades de su actividad.

Es más, puede llegarse al absurdo que se demuestre un daño, también que no existió fuerza mayor, caso fortuito o vicio propio de la cosa, y que, ante la imposibilidad de establecer la causa propia del daño, se libere de toda responsabilidad a quien tenía la custodia. Así, por ejemplo, el robo parcial de bienes con forzamiento de los sellos podría quedar exento de castigo en el transportista marítimo si no se acredita su impericia o descuido; en tanto que el depositario terrestre está sujeto a una responsabilidad más gravosa¹⁰, pese a que el usuario tiene, en el último caso, más posibilidades de acceso para efectuar las observaciones pertinentes, que en el primero, en donde se encuentra totalmente alejado y sin posibilidades de algún control inmediato.

La segunda responsabilidad que el Código señala es la del capitán, figura que aparece en nuestra legislación, como lo señala Garrigues, porque se hace una separación entre las obligaciones y responsabilidades propias del incumplimiento del contrato de fletamento (*ex-contractu*), y aquellas propias de la recepción y custodia de las mercaderías (*ex-recepto*). Todo esto porque el legislador estimó que «como es el capitán quien recibe la carga, quien expide el conocimiento y quien se compromete a restituirla, es él a quien se impone una rigurosa responsabilidad como depositario, con independencia del contrato de fletamento, aun cuando el capitán no actúe en su nombre, sino en el del naviero que pactó el fletamento»¹¹.

Cuando se refiere al capitán, el Código señala sin dudas que la responsabilidad emergente de los actos de éste, que indudablemente se trasladan al naviero por su condición de empleador o real obligado, se basa en el principio de la «falta» o culpa, exonerándolo únicamente de los casos de fuerza mayor¹². En un caso de falta de técnica legislativa inexplicable, el legislador, para el caso del capitán, sólo incluye el caso de la fuerza mayor como factor excluyente de responsabilidad, mientras que cuando se refiere al porteador terrestre claramente hace los distinguos de fuerza mayor y caso fortuito, olvidando, además, también el caso del vicio propio de la cosa como causa de exoneración.

¹⁰ Véase sobre este particular el art. 1825 del Código Civil.

¹¹ GARRIGUES, Joaquín, véase *op. cit.*, tomo V, p. 321.

¹² Véase sobre este tema el art. 633 del Código de Comercio.

En cuanto se refiere a la extensión que tiene esa responsabilidad, el Código de Comercio repite insistentemente que en ambos casos, una vez acreditada la culpa, deberán responder por «todos los daños»¹³, sin determinar qué se entiende por tales: si aquellos que se podían prever al tiempo de constituir la obligación —como lo señalaba el Código Civil de 1936 y lo repite ahora el artículo 1321 del Código Civil de 1984, pero limitándolo a los daños emergentes—, o se entiende por «todos los daños» tanto el daño emergente como el lucro cesante, entendiéndose como éstos únicamente aquellos que sean consecuencia directa e inmediata de la obligación, como lo precisa el nuevo Código Civil de 1984.

Esta diferenciación es importantísima, por cuanto cuantitativamente resultaría que para el transportista marítimo se establecería una situación diferenciada con respecto a la de cualquier otro deudor obligacional, sea bajo el Código de Comercio, sea bajo el Código Civil.

Esta exigencia de hacer responsable al porteador marítimo de «todos los daños», no se encuentra solamente en el caso de desaparición o avería parcial de los efectos, sino también en el caso de incumplimiento obligacional en el origen, y así el artículo 627 del Código de Comercio responsabiliza de igual manera al capitán por la inejecución de un viaje sin que medie «accidente fortuito o caso de fuerza mayor que se lo impida»¹⁴, lo cual apunta indudablemente a considerar que el principio de extensión lata fue el que estuvo presente en el legislador de 1902 con respecto al acarreo marítimo.

Otro tema que surge como consecuencia de esta imprecisión legislativa es el hecho de que al sancionar de manera vaga con «todas las consecuencias» no se está diferenciando los casos de incumplimiento derivado del dolo o culpa inexcusable, de aquellos procedentes de la culpa simple. Éste es un hecho claro que, definitivamente, no puede atribuirse a desconocimiento del legislador sobre las diferencias existentes entre los casos ya anotados, pues el Código Civil de 1852 sí las consideraba, y además, doctrinariamente no se trata de una concepción reciente, sino que data desde el Derecho romano y de los post-glosadores.

Tratando de explicar esta incongruencia, lo único que podría pensarse es que el legislador estimó que en el tipo de obligaciones a cargo del transportista, que involucra la recepción, cuidado, conservación y reentrega de los bienes, la violación de cualquiera de estos deberes esenciales no podía ser considerada como procedente de la culpa leve, sino

¹³ Véase al respecto el artículo 631, inciso 1, del Código de Comercio.

¹⁴ Se incluyen también como excepciones los casos estipulados en el inc. 2 del art. 702 y los casos del art. 703 del Código de Comercio, aun cuando no se mencionen por concordancia.

que en todo caso debía ser tipificada siempre como culpa grave debido a la imposibilidad de parte del usuario de intervenir o cautelar adecuadamente sus intereses. En todo caso, este tema queda solamente para la reflexión tanto jurídica como jurisprudencial, pues no existen datos o caminos que despejen esta interrogante.

Un punto que no debe ser olvidado, y que mueve también a reflexión, es la carencia de incidencia, en la responsabilidad del porteador marítimo, de la mora en el cumplimiento de la prestación ofrecida, aspecto que sí ha estado presente en el caso del transportista terrestre y que con frecuencia aparece en las relaciones de este tipo, pero que el Código inexplicablemente silenció.

2.2 Convención internacional de 1924

Toda esta situación cambia radicalmente cuando se aprueba en Bruselas, Bélgica, la Convención internacional para unificación de ciertos términos relativos a conocimientos de embarques, aprobada el 25 de agosto de 1924, instrumento multinacional que fue aprobado por el Perú mediante la resolución suprema n.º 687 del 16 de octubre de 1964, quien extendió el instrumento de adhesión respectivo el 17 de octubre del mismo año y lo depositó ante el gobierno de Bélgica el 29 de octubre de 1964, entrando en vigencia en el Perú desde el 29 de abril de 1965¹⁵.

Esta convención, que es popularmente conocida como las «Reglas de La Haya», establece nuevamente el principio de la culpa como base para la responsabilidad del transportista en los casos en que se utilizan conocimientos de embarque, así como una lista de exoneraciones favorables al transportista, sin siquiera considerar en muchas de ellas la posibilidad de concurrencia de la misma culpa.

Sin entrar a analizar estos temas, que bien pudieran ser objeto de un próximo trabajo, nos limitaremos a señalar las bases de limitación que se incluyen en esta convención, la cual se basa exclusivamente en el aspecto valorativo de la cosa dañada o desaparecida, omitiendo también expresamente toda referencia al tema de la demora en la entrega y al de los daños que pudieran ocurrir.

¹⁵ La incorporación legislativa que se ha hecho de esta convención internacional ha sido seriamente objetada en un trabajo del Dr. Alfredo Ostojá L. A., en el cual se demuestra que se afectaron principios constitucionales de la Constitución de 1933 y que por ende ese documento es objetable. No obstante este hecho, trataremos el tema sin tener en cuenta esta objeción y considerando que es una norma válida, particularmente por incorporarse muchas veces de otra manera en los contratos que se celebran, al ser una convención ampliamente difundida.

La Convención señala en su inciso 5 del artículo 4, que «ni el transportador, ni la nave, en caso de pérdida o daño causado a las mercaderías o en lo concerniente a ellas, serán responsables por suma que exceda de 100 libras esterlinas, por bulto o unidad [...], salvo que la naturaleza y el valor de dichas mercaderías hubiesen sido declaradas por el cargador antes del embarque [...]».

El primer tema que llama a reflexión, en orden inverso, es que la Convención nuevamente señala, aunque esta vez de una manera más técnica que nuestro vetusto Código de Comercio, la posibilidad de incrementar la responsabilidad. Lamentablemente no se previó en la norma qué pasaba en los casos en que el porteador no facilitara el cumplimiento de este sistema, situación que ocurre en la práctica, pues ningún conocimiento de embarque tiene un espacio para la declaración del valor de la carga.

Ahora bien, en cuanto al tema de las 100 libras esterlinas, siempre ha sido de criterio generalizado que la unidad monetaria a que se refiere esa convención era la de las libras esterlinas de uso actual y conocido, es decir, la moneda de vigencia en el Reino Unido. Sin embargo, lo que la Convención señaló fue una situación muy diferente. Efectivamente, el artículo 9 de la citada convención estableció que «las unidades monetarias de que se trata en la presente Convención se entienden de un valor en oro», y, por ende, debe determinarse de qué valores de equivalencia se está tratando.

La Convención fue aprobada en 1924 y en esa época la moneda de uso corriente en el Reino Unido estaba referida al patrón oro, existiendo por tanto la libra de oro inglesa de igual manera como había existido en el Perú, después de la guerra del Pacífico, la libra peruana de oro, que todavía es utilizada por algunas damas como apéndice decorativo de esclavas y collares. Recién después del famoso «crac» de la bolsa de Wall Street, de 1929, que afectó a toda la economía mundial, es apreciada la necesidad de proteger las reservas de oro de los países; e Inglaterra, en setiembre de 1931, declaró la inconvertibilidad de la libra esterlina de oro y el uso legal y forzoso de la libra de papel, como se conoce hasta nuestros días¹⁶.

Una libra de oro inglesa era una moneda con un contenido determinado de oro de 916 2/3 milésimas de oro. La ley *Coinnage Act* de 1971, emitida en Inglaterra, claramente señala que el contenido oro de 100

¹⁶ Sobre este tema puede verse el libro de Domingo LÓPEZ SAAVEDRA, *Responsabilidad del transportista por agua*, La Ley, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, 1971, p. 73 y ss.

libras esterlinas o soberano es de 798,805 gramos, de una pureza de 916,66 milésimas, que por no ser íntegramente de oro, como ya hemos señalado, sólo alcanzaba a 916 milésimas, resultando por conversión una moneda con solamente 732,238 gramos de oro puro.

La onza troy que se utiliza como medida para valorizar el oro de pureza equivale a 31,103 480 74 gramos, y su valor es fácilmente determinable día a día por ser un metal de cotización mundial. De acuerdo a las publicaciones que aparecen diariamente en diferentes diarios de la capital, sabemos que el valor de la onza troy ha alcanzado durante el pasado mes de mayo de 1994 el valor de US\$ 385 en los mercados internacionales de Londres, New York y Zurich (en el mercado nacional bordea los US\$ 350), lo cual significa que para determinar el monto máximo de la responsabilidad que está señalando la Convención sólo será necesario realizar una simple operación de regla de tres expresada de la siguiente manera:

$$\begin{array}{r} 31,103 \text{ —————} \text{ US\$ } 385 \\ 732,238 \text{ —————} \quad \quad \text{X} \end{array}$$

O, lo que es lo mismo:

$$\frac{732,238 \times 385}{31,103} = \text{US\$ } 9\,063,80$$

Esto nos lleva a establecer, sin ninguna duda, que el valor equivalente de cada bulto o unidad de medida, para los efectos de la Convención, alcanza a US\$ 9 063,80 aproximadamente, lo cual está muy lejos de las 100 libras esterlinas en valor papel, que muchas veces se pagan, así como de las equivalencias que lamentablemente se han hecho inmutables en otras legislaciones y que se han fijado en cumplimiento del derecho que señala la propia Convención: en EE.UU., \$ 500; en España, 5 000 ptas; en Alemania DM 1 250; en Holanda 1 250 fls., por citar solamente algunos casos¹⁷.

En el Perú, el único caso reportado en el cual se trató el tema de esta limitación de manera puntual es el que se decidió en la Corte Suprema

¹⁷ La aplicación de estos principios no es solamente doctrinaria o teórica, pues similar forma de pensar se ha alcanzado en las cortes de Inglaterra, Italia, Francia, Canadá, India, Singapur y Argentina, en las que se ha fijado una cuantificación más elevada para la equivalencia de esa cifra señalada por la Convención.

de la República el 17 de julio de 1992, en la causa 2133-88 seguida por Heinrich Schdmit contra Empresa Naviera Santa S.A., sobre pago de dólares¹⁸. En este caso, la Corte Suprema, tratando el tema de la limitación de la responsabilidad, precisó: «que, sin embargo, el artículo noveno dispone que las unidades monetarias de que trata dicha Convención se entienden en valor oro, y en aquellos Estados contratantes en los que la libra esterlina no sea empleada como unidad monetaria, se reservan el derecho de convertir en cifras redondas, según su sistema monetario, las sumas indicadas en libras esterlinas en la mencionada Convención; que, en este sentido, la demandada que ha invocado el límite de responsabilidad en su favor no ha probado cuál es el valor en oro de las cien libras esterlinas a que se refiere la Convención, ya que la Resolución Suprema antes acotada, que aprueba las Reglas de la Haya, no establece su equivalencia en moneda nacional ni los mecanismos para fijarla [...]».

Es interesante anotar solamente, como comentario al margen, que pese a que la Corte Suprema determinó que no era la libra papel sino la conversión oro la que debía utilizarse, y aun cuando reconoció que era una norma de obligatorio cumplimiento, no hizo las indagaciones respectivas que hubiesen sido deseables para de una vez fijar un patrón que debiera seguirse en el futuro. Existen otras consideraciones o conclusiones que pueden derivarse de esta ejecutoria pero que por ahora no abordamos por no pertenecer al tema que estamos tratando.

2.3 Convención de 1968

La Convención internacional de 1924 fue objeto de revisiones posteriores, hasta que finalmente se arribó al protocolo modificatorio suscrito en Bruselas el 23 de febrero de 1968, conocido mundialmente como las Reglas de La Haya-Visby, en el cual a través de catorce artículos se varían substancialmente aspectos cuestionables de la anterior legislación, y en particular el tema referido a la extensión cuantitativa de la responsabilidad.

Mediante el artículo 2, inciso a, precisó una nueva forma de delimitar el máximo indemnizatorio, y fijó que ni el transportador ni el buque serán responsables en ningún caso por pérdidas o daños causados a las mercaderías, por una suma superior al equivalente de 10 000 francos por bulto o unidad.

¹⁸ Reportada en *Jurisprudencia Civil*, de Normas Legales S.A., 1993, pp. 62 y 63.

Este franco al que se refería la Convención¹⁹ se encuentra definido en el inciso f del mismo artículo como una unidad consistente en «65,5 miligramos de oro del título de 900 milésimos de fino». Esto significaba que los 10 000 francos equivalían a 655 gramos de oro que no alcanzaban la pureza absoluta, pues, conforme hemos citado, la propia Convención establece que faltaba 1/10 para alcanzar esa calidad; de allí que si queremos tener un oro puro debemos restar esa diferencia, lo cual nos arroja una equivalencia de solamente 589,5 gramos de oro puro, que es notablemente inferior a los 732,238 gramos que contenía un soberano de oro equivalente a 100 libras de oro.

Considerando los mismos valores ya conocidos del caso anterior, esta moneda que establece la Convención significaría, a los mismos valores de onza troy ya identificados, lo siguiente:

$$\frac{589,5 \times 380}{31,103} = 7\,202,19$$

En otras palabras, el hecho de haber transcurrido cuarenta y cuatro años de la convención original llevó a los nuevos redactores a disminuir su valor en vez de considerar que por efecto natural del incremento inflacionario los costos habían subido, y así en ese lapso se perdió un 19,5% de equivalencia, en favor de los transportistas, mientras que la economía mundial en ese mismo lapso había sufrido notables cambios, desapareciendo el patrón oro del ámbito económico de todos los países del orbe, producto de la crisis monetaria americana.

2.4 Convención de 1978

El último cambio con relación a la extensión de la responsabilidad del transportador marítimo ocurrió con la recientemente vigente Convención de Hamburgo, suscrita el 31 de marzo de 1978 en la ciudad alemana del mismo nombre. La dación de esta convención fue producto de un intento de UNCTAD y UNCITRAL, ambos, organismos de las Naciones Unidas, por mejorar la situación de los países en desarrollo «a

¹⁹ El franco de la Convención es también conocido como «franco Poincaré» y es una moneda ideal que por primera vez aparece en el texto de la Convención de Varsovia de 1929, que rige el transporte aéreo internacional, y su valor equivalente en oro es exactamente el mismo que el fijado por esta convención.

través de un incremento de la responsabilidad del transportador dentro de una adecuada distribución de riesgos, sin que ello significara un aumento de los costos de los fletes».²⁰

El resultado no fue todo lo optimista que se pudiera pensar, pues, conforme podremos apreciar del mismo documento, lo que se obtuvo fue un aparente avance, incluyéndose la responsabilidad por demora, hasta ese momento inexistente, pero con un notable retroceso en cuanto se refiere a la limitación de la responsabilidad.

El Convenio en su artículo 6, primer párrafo, a, limita la responsabilidad del transportador a una suma equivalente a 835 unidades de cuenta por bulto o unidad de carga transportada. El artículo 26 precisa que esa unidad de cuenta no es otra que el derecho especial de giro definido por el Fondo Monetario Internacional. La mecánica de la conversión que usamos nos lleva a la inevitable conclusión de que la limitación que ya conocíamos de la Convención de Bruselas de 1924 queda reducida a su mínima expresión, y que, en resumidas cuentas, un porteador, cincuenta y cuatro años después, en vez de pagar un monto mayor por el daño que puede haber causado por la ejecución defectuosa del contrato de transporte, solamente responderá por aproximadamente la novena parte de ese valor originalmente estipulado²¹.

La cuantificación de lo anteriormente señalado se representa de la siguiente manera:

$$835 \text{ unidades} \times \text{US\$ } 1,2 = \text{US\$ } 1\ 002$$

La limitación de responsabilidad aceptada en 1924 alcanzaba, como ya hemos señalado, US\$ 9 063,80 aproximadamente, lo cual significa que ahora por el mismo bulto, setenta años después, un transportista pagará por su desaparición o por averías un máximo de nueve veces menos, y eso, sin considerar que los dólares de 1924 permitían adquirir más bienes que esa misma cifra trasladada a la época actual, todo producto del efecto inflacionario y económico mundial.

²⁰ LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., citado por BASALDÚA ROMERO, Luis, en *Responsabilidad del transportador de mercaderías por agua*, Editora Córdoba, Argentina, 1985 p. 200.

²¹ La unidad monetaria denominada «DEG» o «derecho especial de giro», resulta de promediar las seis monedas que registren un menor índice de fluctuación y pertenezcan a los países de mayor grado de desarrollo. En la actualidad el valor de cada DEG alcanza aproximadamente a un equivalente de US \$1,2, que es similar al que tenía en el momento de su creación. La paridad DEG oro existió en un primer momento, pero fue posteriormente eliminada por una enmienda del FMI.

3 Transporte aéreo

El siguiente tema que requiere ser analizado desde el punto de la extensión de la responsabilidad del porteador, es el relativo al transporte aéreo.

En el caso de nuestro país, recientemente nos hemos incorporado debidamente a la legislación internacional al haber ratificado todo el grupo de normas que rigen internacionalmente el transporte aéreo, y en particular el Convenio de Varsovia de 1929, que rige de manera preferente las relaciones entre todos los países usuarios del transporte de este tipo.

En efecto, mediante la resolución legislativa n.º 24819 del 26 de mayo de 1988, el Perú accedió a todos los tratados internacionales que integran el régimen de Varsovia, adoptándose, por ende, por el Perú el Convenio de Varsovia del 12 de octubre de 1929, el Protocolo modificadorio de La Haya del 28 de setiembre de 1955, las modificaciones I y II de Montreal, o Acuerdos de Montreal, y el Protocolo de Guatemala del 8 de marzo de 1971.

Los efectos de esta legislación internacional, parte de cuyas normas no están aún en vigencia a nivel mundial por faltar todavía el número requerido de países signatarios, han hecho cambiar dramáticamente el campo de la responsabilidad aeronáutica en el Perú en cuanto se refiere al transporte internacional, que es el que hemos estado tratando hasta ahora.

Hasta antes de esta integración del Perú al ámbito legislativo universal, lo cual ha ocurrido con cincuenta y nueve años de retraso, el Perú estaba regido por la ley de Aeronáutica Civil n.º 15720 del 11 de noviembre de 1965 y su reglamento, el decreto supremo n.º 16 del 28 de diciembre de 1965. Estas disposiciones establecieron de manera inmutable una limitación de ascendente a un máximo de S/. 200,00 (doscientos soles antiguos) por cada kilogramo, y de S/. 5 000,00 (cinco mil soles antiguos) por cada unidad de equipaje.

Considerando los efectos inflacionarios que sufrió el país, se podrá apreciar que estas cifras eran poco menos que ridículas. Basta señalar que a los dos años de su dación se produjo una devaluación traumática del dólar, que pasó de S/. 27,00 a S/. 43,38, es decir, casi el doble, con sus consiguientes efectos multiplicadores en la economía y devastadores en lo que recibirían los afectados por los actos de los transportistas. Es historia conocida después, lo ocurrido durante la década 1980-1990 con el aniquilamiento de la moneda nacional, su cambio por otras unidades monetarias y naturalmente la manera como esto afectó los derechos de aquellos usuarios del transporte aéreo que se vieron afectados por pérdidas o daños en sus efectos.

El cambio por el sistema de Varsovia significó evidentemente un alivio y un progreso en la limitación de responsabilidad impuesta en favor del porteador aeronáutico. Esta norma –nos referimos al Tratado internacional para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, suscrito en Varsovia el 12 de octubre de 1929, a través de su artículo 22, que ha sufrido diversas enmiendas y modificaciones– fijó que la limitación de responsabilidad, en los casos de transporte de mercaderías, quedaba circunscrita a «[...] la cantidad de 250 francos por kilogramo». Los francos a los que se refería la Convención –y ahora ley nacional por ser un protocolo vigente a nivel internacional–, era, según el inciso 4 del mismo artículo, un «[...] franco francés constituido por 65,5 miligramos de oro con ley de 900 milésimos de fino [...]».

Esto significaba que por cada kilogramo de cargo el porteador sólo estaba obligado a pagar un total de 16,25 gramos de oro de 900 milésimos de fino, por lo que, convertido a oro puro de 1 000 milésimos, el total arroja 14,62 gramos²².

Si tenemos en cuenta que la onza troy, como ya hemos indicado, contiene 31,103 gramos, resulta que esta limitación por cada kilogramo representa el 47% del valor asignado a la onza troy. Como sabemos, este metal tenía para el mes de mayo de 1994 en los mercados de Londres, New York y Zurich, donde normalmente se transa, un precio de US\$ 385,00, lo cual implica que la limitación del porteador aéreo, según esta norma, estaba en US\$ 180,95 por kilo. Una cantidad bastante lejana de los usuales US\$ 20,00 por kilogramo que las empresas aéreas acostumbra a pagar como máximo de limitación de responsabilidad, monto que como veremos más adelante, nace de sus presiones, necesidades y de un nuevo protocolo aún no vigente, que inexplicablemente el Perú también suscribió.

Producto de la situación económica caótica de Estados Unidos de América en la década de 1960, que lo obligó a abandonar el patrón oro, del alto incremento de los intereses en su mercado interno y el «boom» petrolero de 1973, el precio del oro alcanzó valores inimaginables, llegando en las bolsas internacionales a cotizarse hasta en cerca de US\$ 900,00 la onza troy, es decir, casi dos veces y medio su actual valor. Los transportistas internacionales iniciaron una fuerte presión internacional para variar este patrón de responsabilidad, argumentando que afectaba sus seguros, los costos y que era necesario para la estabilidad mundial el buscar una solución segura, integral y uniforme.

²² Todas las operaciones que se han realizado son aproximadas y redondeando las cifras para mayor facilidad e ilustración. El oro de 1 000 milésimos puro absoluto no existe, y normalmente se trabajó a un máximo de 916,66 milésimos.

El producto de esta presión fue el recurrir a los famosos Derechos Especiales de Giro (DEG) del Fondo Monetario Internacional, ya explicados, y consiguieron estos transportistas aéreos, a través de sus gobiernos, que se suscribiese el Protocolo de Montreal I del 25 de setiembre de 1975 y el anexo del Protocolo II, que ahora el Perú también ha aprobado y ratificado, por el cual se variaron los límites de responsabilidad señalados en el artículo 22 de la Convención de Varsovia del 12 de octubre de 1929.

El nuevo límite escogido, también de manera arbitraria, fue de 17 DEG por cada kilogramo de carga averiada o perdida. El valor de un (1) DEG, cuando éste se creó, era de US\$ 1,2, lo cual ocurrió hace aproximadamente veinte años. En la actualidad se mantiene en la misma paridad de equivalencia o ha mejorado a lo más 0,10.

El resultado de este nuevo cambio dio como efecto el reducir el límite de la responsabilidad, de US\$ 180,95 por kilo, según el Protocolo de Varsovia de 1929, a US\$ 20,4 según el Protocolo modificadorio de Montreal de 1975. En sólo cuarenta y seis años la responsabilidad de los porteadores aéreos había descendido 88%, en vez de crecer. Los precios de la economía mundial en ese mismo lapso no han descendido; por el contrario, han crecido.

A los efectos de darle inmediata vigencia a este protocolo, que no se encuentra todavía en efectividad a nivel mundial, las líneas de transporte aéreo reunidas en la IATA (International Airline Transportation Association), acordaron, ilegalmente, pagar en adelante solamente los famosos US\$ 20,00 por kilogramo, que son conocidos por todos aquellos que alguna vez han tenido un percance de daños o pérdida de carga.

El Gobierno del Perú, no sabemos si advertida o inadvertidamente, cuando decide integrarse a la comunidad internacional legislativa en materia de aeronáutica, aprobó, en la famosa resolución legislativa ya mencionada, estos Protocolos de Montreal de 1975, que favorecen a los porteadores y desfavorecen a un país tradicionalmente cargador, como es el nuestro.

Curiosamente, en la resolución legislativa mencionada no se incluyó como aprobado el Acuerdo de Montreal de 1966, que, modificando los principios de responsabilidad por culpa en caso de muerte o heridas a pasajeros, obliga a los transportistas a reconocer un límite de US\$ 75 000,00 por pasajero, sin que sea posible exceptuarse en forma alguna al transportista, modificando tal acuerdo el Protocolo de Varsovia, el que para esos casos, si bien es cierto fijaba un máximo de 125 000 francos oro, que representan aproximadamente US\$ 91 212 por pasajero como monto máximo —que luego se duplicaron por la Convención de La Haya de 28 de setiembre de 1955—, permitía reducir tal máximo

limitativo e, incluso, exonerar todo pago, si el porteador demostraba que «[...] él y sus representantes adoptaron todas las medidas necesarias para evitar el daño o que les fue imposible adoptarlas»²³.

Si recurrimos al campo de la responsabilidad para el transporte interno, en materia aeronáutica, apreciamos que la situación de limitación de responsabilidad es poco menos que ridícula, producto de utilizar valores convencionales limitativos. La ley de Aeronáutica Civil n.º 24882 de julio de 1989, fija como monto máximo de responsabilidad por muerte de pasajero peruano en un vuelo nacional 20 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), es decir, a valores actuales, S/. 34 000, o, lo que es lo mismo, US\$ 15 600 por cada accidentado peruano dentro del territorio nacional. Curiosa discriminación de la ley. Un pasajero nacional que viaje en un avión peruano al extranjero y que fallezca en un accidente puede recibir hasta US\$ 182 424. Pero si el mismo pasajero nacional, volando en la misma aeronave, fallece en un accidente en un vuelo nacional, recibirá solamente 1/12 (un doceavo) de lo que recibiría en un vuelo internacional por el mismo hecho. Justicia extraña.

En materia de daños a la carga, la situación no es diferente: el porteador nacional solamente está obligado a pagar un máximo de 4% de la UIT por kilogramo. En cifras simples, eso significa S/. 68,00 por kilo, que convertido en moneda americana arroja US\$ 31,19, bastante alejado de los US\$ 180,95 que fija la misma ley como limitación si el daño ocurre en el caso del transporte internacional.

4 Transporte multimodal

El último de los aspectos que nos queda por revisar en este viaje por los diferentes montos máximos o limitativos de responsabilidad que contiene la legislación nacional sobre el transporte, es el relacionado con el transporte multimodal. Éste es un tipo de actividad moderna que tiene gran auge en los países desarrollados y que cada vez integra más a nuestro país al mundo del transporte internacional.

El transporte multimodal está regulado en el Perú por el decreto legislativo n.º 714 del 7 de noviembre de 1991. Esta norma, que reemplazó al decreto legislativo n.º 684 expedido días antes –por existir graves incongruencias en el aspecto de jurisdicción aplicable, al haberse transcrito las disposiciones del proyecto de la UNCTAD del 24 de mayo de 1980

²³ Véase el artículo 20, inciso 1, de la Convención de Varsovia de 1929.

sin haberse concordado con la legislación interna—, define en su artículo 1, párrafo 1, como transporte multimodal: «el porteo de mercancías utilizando por lo menos dos modos diferentes de transporte, desde un lugar situado en un país en que el operador del transporte multimodal toma las mercancías bajo su custodia, hasta otro lugar designado para su entrega situado en un país diferente».

La primera reflexión que origina la lectura de la parte introductoria de esta norma, donde se hallan las definiciones, es que producto de la no adopción por el país del Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte internacional multimodal de mercancías, adoptado en la Conferencia del 24 de mayo de 1980, tratado que no se encuentra vigente a nivel mundial aún, se ha incorporado en el país un conjunto de normas que sirven para regular exclusivamente el transporte multimodal internacional, pero no el que se pueda generar nacionalmente, porque su ámbito de aplicación definido por el artículo ya citado obliga a que la labor de porteo se haga de un país a otro.

De este modo, la posibilidades de transporte multimodal que se hace con la región de la Selva a través usualmente de camiones y transporte fluvial, o incluso con la Sierra, por buques y camiones, quedan totalmente desprotegidas y sin normatividad, creando de esa manera una dicotomía en el ámbito de la responsabilidad, pues, en el caso de un transporte internacional existe limitación única, y en el caso del nacional, una limitación en función del transporte utilizado o sistema «red».

En lo que se refiere a la responsabilidad en sí del operador de transporte multimodal u OTM, como lo denomina la norma ya señalada, se ha establecido por el legislador en el artículo 19 del dispositivo indicado, que aquél tiene derecho a limitar su responsabilidad por «[...] cualquier pérdida o daño [a] una suma que no exceda al equivalente a 666,67 SRD (unidades especiales de giro) por paquete o unidad, o a 2 SRD por kilo de peso bruto de las mercancías perdidas o dañadas, si esta cantidad fuera mayor».

El primer comentario que suscita este artículo es el hecho de que se cita como unidad de cuenta para los efectos de la limitación, según el artículo 1, párrafo 10, a las «unidades especiales de giro»; sin embargo, se les abrevia como SRD, que corresponden a la expresión en inglés «special drawing rights» y no a «derechos especiales de giro» o DEG, como se les conoce en todos los países de habla hispana. Como reflexión curiosa debe mencionarse que la norma indica que éstos son «la unidad de cuenta tal como ha sido definida por el Fondo Monetario Internacional (copiar la definición del FMI)» (sic). Por supuesto, al no haberse copiado en la ley la definición, la famosa unidad de cuenta legislativamente se encuentra coja.

El segundo comentario que motiva esta norma es el hecho de que limita la responsabilidad a la suma ideal que allí se señala por «[...] cualquier pérdida o daño [...]», lo cual incluiría todo tipo de comportamiento de parte del operador del transporte multimodal. Sin embargo, el artículo 13 señala que no existe tal limitación en los casos en que aquél actúe dolosamente haciendo constar información falsa sobre las mercancías u omita cualquier información que debía indicarse en el documento de transporte multimodal.

Eso significa que solamente en el caso en que, al momento de configurarse el documento que prueba la existencia del contrato de transporte multimodal, se haya comportado el OTM dolosamente, perderá esa limitación de responsabilidad. Pero ¿qué ocurre si su comportamiento no es doloso —el dolo importa una noción subjetiva de intencionalidad—, sino solamente de culpa grave? Al no existir diferenciación en la ley, y aplicando el principio del numeral IV del Título Preliminar del Código Civil, dicho OTM, que se comporta de esa manera, seguirá contando con el beneficio de la limitación.

La redacción legislativa es deficiente, pues en vez de acumular en un solo campo la pérdida de los derechos protectivos por actos derivados de dolo o culpa inexcusable en la etapa de formación del contrato y en la de su ejecución, separa éstas en dos artículos (13 y 25), contemplando dolo sólo para un caso, y dolo y culpa grave para el otro. Es más, la forma de definición que utiliza el artículo 25 para los casos de daño causado por dolo o culpa inexcusable es reiterativa y llama a confusión, porque estos conceptos están claramente definidos en nuestra legislación civil en los artículos 1318 y 1319 del Código Civil, no obstante lo cual, luego de utilizar estos conceptos, el artículo 25 agrega: «o de una acción u omisión del OTM realizada con intención de causar tal pérdida, daño o retraso o temerariamente y a sabiendas que probablemente los mismos se produjesen».

Cabe preguntarse si los actos dolosos no implican precisamente eso. O si la culpa inexcusable no significa la inejecución negligente y temeraria.

Al respecto, al definir la forma como se sancionará al OTM, el artículo 17 precisa que éste responderá por pérdidas, daños o averías durante la ejecución del contrato, «a menos que pruebe que él, sus dependientes o agentes o cualquier otra persona que se hallare a su servicio, adoptaron las medidas que razonablemente podían exigirse para evitar el hecho y sus consecuencias».

Por la forma en que está redactado ese artículo, parece que en principio adopta la tesis de la responsabilidad por riesgo profesional del OTM, pues lo hace responsable sin ambages de los daños que ocurran mientras

los efectos están bajo su custodia; pero más adelante varía todo el concepto, al permitir la excepción basada en el comportamiento razonable o diligente, que importa definitivamente la connotación de culpa.

Sin embargo, bajo esta forma de definición, no se separan los casos de culpa leve, grave o dolosa, colocando al porteador en la misma posición, tanto si su comportamiento es de uno u otro tipo, pues en cualquier caso solamente responderá por el máximo que la ley le ha señalado.

Hubiese sido recomendable que se adoptase, conjuntamente con una limitación de este tipo, la definición exonerativa que se dio al transportista terrestre ya vista, en el sentido de que sólo queda exonerado por la concurrencia de la fuerza mayor, caso fortuito, acto del cargador o vicio propio de la cosa, así como establecer que por los hechos dolosos o culposos graves se pierda el paraguas de la protección limitativa, de la misma manera como lo señala la Convención de Varsovia para los casos de responsabilidad aeronáutica.

Ahora bien, ¿qué significa esta responsabilidad cuantitativamente hablando? Conforme ya hemos señalado anteriormente en el desarrollo de este mismo artículo, los DEG –o SRD, como los llama equivocadamente el decreto legislativo 704– tienen aún ahora, en la actualidad, a los veinte años de su aparición, el mismo valor inicial, esto es, aproximadamente la equivalencia de US\$ 1,2, lo cual significa que las 666,67 unidades de cuenta alcanzan escasamente a US\$ 800.

En palabras simples, resulta que un operador de transporte multimodal que es responsable por las consecuencias de dos formas diferentes de acarreo de los bienes que recibe, responde, como máximo, ante un usuario, por una suma que es diez (10) veces menor que la responsabilidad que frente a éste tiene a su vez un transportista por agua. Por supuesto, la situación será más grave si se trata de un transportista terrestre, que está obligado a responder por el valor comercial del bien, incluyendo seguros y flete, o del aéreo, que dependerá del peso que tenía el artículo. Bastaría, para caer en el ridículo, señalar que un bulto que pesara solamente 4,500 kilogramos ya significará para el transportista aéreo una responsabilidad mayor que la máxima que tendría el operador de transporte multimodal.

La disposición que existe sobre el particular precisa, en su artículo 18, que es el OTM el único que responde frente al usuario como si los actos de los terceros que utilizó o contrató hubiesen sido actos propios, pero no le limita de la misma manera la forma en que realizará el reclamo contra este porteador del segmento, propiciando de esa manera la posibilidad de un enriquecimiento de parte del OTM, a riesgo del empobrecimiento del usuario o de su asegurador.

Dentro de este esquema limitativo es incomprensible la excepción que incluye el artículo 21 de la ley que se comenta, por la cual se establece que si en el contrato de porteo intermodal no se incluye «el porte de mercancías por mar o por vías de navegación interior», la responsabilidad del OTM ya no será el máximo de 666,67 unidades de cuenta, sino que se establecerá en función del peso bruto de las mercaderías, fijándose para el efecto 8,33 SRD o DEG por kilogramo grueso, o, lo que es lo mismo, US\$ 9,99.

La exoneración del *quantum* resarcitorio que el OTM debe pagar por daños o pérdidas de bienes recibidos, no solamente funcionará, según el artículo 17, por acreditarse la utilización de medidas razonables, sino que además el artículo 26 incluye cinco nuevas causales exonerativas (fuerza mayor o caso fortuito, vicio propio, deficiencia de embalaje, cumplimiento de normas legales, y hecho del expedidor o consignatario). En principio creemos que pudieron haberse resumido en tres causales: caso fortuito o fuerza mayor, vicio propio y hecho del expedidor o consignatario. Pero además esta norma señala, que aun en presencia de estas causales de exoneración el OTM será responsable por el «eventual agravamiento de las pérdidas o daños, cuando se compruebe que exista negligencia respecto de dichas circunstancias».

En otras palabras, para el legislador es posible establecer una diferencia en la responsabilidad entre el hecho generador del daño y las consecuencias agravantes de éste; sin embargo, la pregunta que flota es de qué manera podemos hacer un punto de inflexión para separar el momento económico en que los daños dejaron de no ser responsabilidad del OTM y pasaron a ser de costo.

Estimamos que esta declaración es un tratamiento más lírico que práctico, y conlleva definitivamente una imposibilidad de determinación, por lo que si alguna vez un OTM puede ser condenado por esta causa, condena a la cual siempre podrá oponer su limitación de responsabilidad de US\$ 800 como máximo, no será posible nunca fijar el momento exacto y la cuantificación de esas acciones condenatorias.

La legislación, a través del artículo 17, también imputa al OTM responsabilidad por el retraso, o lo que es conocido legislativamente como el cumplimiento tardío de su obligación. Sin embargo, ese efecto inicial es mitigado totalmente y casi ridiculizado al señalarse en el artículo 22 que existe una segunda limitación de responsabilidad para este hecho, diferente de la anterior. En ese caso de daños por retraso la ley los limita al valor del flete acordado por el transporte multimodal, sin justificarse realmente la razón de estimar únicamente ese monto contractual como el que deba ser objeto de satisfacción por el porteador.

5. Conclusiones

La inferencia que se desprende del análisis rápido de las normas aplicables para el transporte internacional de mercancías en el Perú, es que luego de noventa y dos años de vigencia de la legislación comercial los portadores se han visto cada vez más beneficiados con la limitación de responsabilidad. La disminución cuantitativa es notoria, y no se ha tomado siquiera en cuenta que una figura como la de la limitación de este tipo solamente puede ir acompañada de una imputación de responsabilidad netamente objetiva, que además siempre fue desde el Derecho romano la forma típica de responsabilizar al porteador por los daños que causaba a terceros.

Es importante revisar la actual legislación de la materia, uniformarla y estudiar la conveniencia de establecer criterios rectores paritarios que definitivamente beneficien a los usuarios y no solamente a unos cuantos, que curiosamente al final no resultan siendo peruanos sino transportistas extranjeros, quienes en sus países además gozan de beneficios de diversa índole, situación que no es compatible con las normas de liberalidad y competitividad comercial que se preconiza.

El Consejo Nacional de la Magistratura¹

Lorenzo ZOLEZZI IBARCENA

Introducción

El Consejo Nacional de la Magistratura ha sido consagrado en la Constitución peruana de 1993 conjuntamente con la Academia de la Magistratura. El primero se ocupa del nombramiento, ratificación y sanción de los magistrados, mientras que la segunda, de la formación y capacitación. La función de administración del Poder Judicial, que en otros ordenamientos se asigna al consejo (Argentina, Bolivia, Colombia), en el Perú es responsabilidad del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, en atención a que el Poder Judicial y el Consejo Nacional de la Magistratura son independientes uno del otro. En lo que sigue del presente trabajo, abordaremos fundamentalmente las tareas de designación y nombramiento de magistrados, para desarrollar brevemente, al final, el tema de la administración interna del Poder Judicial.

1 La designación de magistrados

1.1 Regímenes anteriores a la Constitución de 1993

La Constitución peruana de 1933 estableció un sistema de designación de magistrados que permaneció inalterado durante treinta y cinco años, hasta el golpe militar del general Velasco Alvarado en octubre de 1968.

¹ Ponencia presentada en el Coloquio Internacional sobre el Consejo de la Judicatura, celebrado en México en setiembre de 1995, organizado por el Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Se trataba de un sistema en el cual el escalón más alto (nivel de la Corte Suprema) dependía exclusivamente del poder político, tanto para la propuesta como para la selección: los vocales y fiscales de la Corte Suprema eran elegidos por el Congreso entre diez candidatos propuestos por el Poder Ejecutivo. En los niveles inferiores las propuestas las hacía el propio Poder Judicial: los vocales y fiscales de las cortes superiores eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la Corte Suprema. Los jueces de primera instancia y los agentes fiscales (los fiscales del nivel de primera instancia) eran nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta, en terna doble, de la corte superior respectiva. Los jueces de paz, letrados y no letrados, eran elegidos por las cortes superiores.

El gobierno militar que se instauró en 1968 desconfió de los jueces, a quienes consideraba conservadores y formalistas. Con la ley de Reforma Agraria se creó el Fuero Agrario como órgano jurisdiccional para conocer y resolver los conflictos que se originaran con motivo de la aplicación de la ley. Estaba compuesto por dos instancias, la primera a cargo de los jueces de tierras, y la segunda y última instancia era el Tribunal Agrario. Para ser miembro del Tribunal Agrario no era requisito indispensable ser abogado, pudiendo integrarlo ingenieros agrónomos, disposición ésta que posteriormente fue modificada.

Seis meses después de la dación de la ley de Reforma Agraria el gobierno decidió remover a todos los integrantes de la Corte Suprema y nombrar otros por decreto, a la vez que creó lo que sería una primera experiencia de consejo de la judicatura, es decir, un organismo encargado de seleccionar a los magistrados de todo el Poder Judicial, con excepción de los jueces de paz, que se denominó Consejo Nacional de Justicia.

El Consejo Nacional de Justicia, creado por el decreto ley 18060 (de 23 de diciembre de 1969), estaba integrado de la siguiente manera: dos delegados del Poder Ejecutivo, dos del Poder Legislativo, dos del Poder Judicial, uno de la Federación Nacional de Colegios de Abogados, uno del Colegio de Abogados de Lima y uno por cada programa académico de derecho (facultades) de las dos universidades nacionales más antiguas. Con esta conformación el gobierno aseguraba el control del organismo, pues no existía Congreso, y los vocales de la Corte Suprema que elegirían en sala plena a sus dos delegados habían sido nombrados por el gobierno. De este modo, éste tenía asegurados seis votos: los dos del Poder Ejecutivo, los dos del Legislativo y los dos del Poder Judicial. El control fue aún mayor cuando se redujo a ocho el número de consejeros, al haberse eliminado la participación del representante del Colegio de Abogados de Lima y del delegado de la Universidad Nacional del

Cusco. El Consejo Nacional de Justicia se erigió en una especie de contralor del Poder Judicial, pues no solamente tenía a su cargo la selección de magistrados, sino la evaluación periódica de todos los miembros del Poder Judicial, del Fuero del Trabajo y del Fuero Agrario, así como la propuesta de sanciones (incluyendo la separación o destitución).

Si bien es cierto que el gobierno podía asegurar un control del Poder Judicial con este sistema, es necesario aclarar que los integrantes del consejo, y en particular sus presidentes, fueron reputados juristas que siguieron concitando respeto intelectual y popular después de instaurada la democracia en 1980. Lo que ocurrió es que no sólo en este terreno, sino en muchos otros, se produjo una especie de sintonía entre las propuestas del gobierno militar y un amplio sector de la intelectualidad peruana. Más todavía: muchos intelectuales ejercieron una influencia en el sentido contrario, es decir, no solamente vieron con simpatía el modelo propuesto por el gobierno, sino que se incorporaron a diversas comisiones y organismos en los cuales hicieron prevalecer sus propias ideas, que fueron aceptadas por el gobierno militar.

En materia de selección de magistrados, con posterioridad a la creación del consejo se ampliaron sus atribuciones para que pudiera seleccionar también a los jueces de paz letrados. El consejo no podía escoger libremente a cualquier profesional que considerara idóneo, sino que debía seleccionar a los magistrados entre los candidatos que le propusieran el Poder Judicial, el colegio de abogados respectivo y la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú. Los candidatos eran sometidos a una evaluación en una entrevista personal y se hacían acreedores a una calificación. El consejo, desde sus primeros momentos notó que el mecanismo de propuestas elaboradas por los organismos señalados le quitaba libertad, por lo que «adoptó acuerdos o pidió y obtuvo facultades legales para:

- a) Elegir, dentro de un concurso cuyos candidatos no tuvieran un rendimiento satisfactorio, a un candidato de concurso anterior de igual jerarquía que, aunque no obtuvo la elección en éste por haber sido superado por otro candidato, logró, sin embargo, una calificación excelente, superior al 70% del óptimo posible; b) Proveer un cargo que anteriormente se declaró desierto con un candidato excelente, aunque no triunfante, de concurso anterior; c) Disponer traslados de jueces elegidos en un concurso a otro cargo de la misma jerarquía [...]; d) Establecer como nota mínima para ser elegido el 60% del óptimo posible; e) Convocar pública y directamente a nuevo concurso, sin necesidad de pedir o esperar

nuevas propuestas, cuando se haya declarado desierto un concurso por dos veces»².

Es importante destacar que el Consejo Nacional de Justicia proponía al Poder Ejecutivo, para su nombramiento, un solo candidato. Desde la creación del consejo, hasta 1976, el Ejecutivo nombró siempre a los magistrados propuestos por aquél, pero en noviembre de 1976 se produjo una primera discrepancia. Un vocal supremo elegido por el consejo no fue nombrado por el gobierno, «y en su lugar se nombró a uno que no había concursado. Desde esa fecha el Consejo Nacional de Justicia vivió bajo la espada de Damocles, ya que sabía que en el caso de que eligiese a un magistrado que no contaba con el beneplácito del poder político, éste simplemente no lo nombraba. Este incalificable atropello que motivó la renuncia irrevocable del presidente y vicepresidente del consejo, ha puesto en evidencia la necesidad de que no sólo la elección, sino también el nombramiento, deba recaer exclusivamente en el organismo especializado creado por la ley para estos efectos»³.

Con la Constitución de 1979 aparecen los consejos de la magistratura, concebidos sobre el modelo del Consejo Nacional de Justicia. No se quiso volver a conceder una participación directa a los otros poderes del Estado; por el contrario, se crearon organismos autónomos, integrados por representantes de diversas entidades, pero no se logró evitar la participación política, que se dio en la necesaria ratificación de los vocales de la Corte Suprema por el Senado y en el nombramiento específico de cada magistrado por parte del presidente de la República, quien podía elegir a uno de las ternas que le remitían los consejos de la magistratura.

El Consejo Nacional de la Magistratura estuvo integrado de la siguiente forma: el fiscal de la nación, quien lo presidía; dos representantes de la Corte Suprema; un representante de la Federación Nacional de Colegios de Abogados del Perú; un representante del Colegio de Abogados de Lima, y dos representantes de las facultades de derecho del país.

Se contemplaron consejos distritales de la magistratura en cada sede de cortes superiores (cortes de apelación), cuyos miembros fueron los siguientes: el fiscal más antiguo del distrito, quien lo presidía; los dos magistrados más antiguos de la corte, y dos representantes elegidos por el colegio de abogados de la jurisdicción.

² Memoria del doctor Héctor Cornejo Chávez, presidente del Consejo Nacional de Justicia, período 1970-1971, pp. 17-18.

³ DELGADO BARRETO, César, «Consejo Nacional de la Magistratura», en *Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 35, 1981 (junio), p. 55.

El Consejo Nacional hacía las propuestas para el nombramiento de los magistrados de la Corte Suprema y de las cortes superiores. Los consejos distritales hacían las propuestas de magistrados de primera instancia y demás cargos de inferior jerarquía.

La ley de los Consejos de la Magistratura (decreto legislativo 25, del 30 de enero de 1981) especificaba que también era competencia de los consejos de la magistratura proponer el nombramiento de los miembros del Ministerio Público.

A diferencia de la composición del Consejo Nacional de Justicia de la época del gobierno militar, en el Consejo Nacional de la Magistratura no había delegados del Poder Ejecutivo ni del Poder Legislativo. Tres consejeros provenían del propio sistema de administración de justicia (el fiscal de la nación y los dos representantes de la Corte Suprema), dos del foro y dos de las facultades de derecho. El concurso, por lo demás, era abierto, pues no existía el sistema de propuestas por instituciones determinadas.

Sin embargo, la figura de la terna le dio un cierto margen de elección al presidente de la República. De hecho, en muchos casos era posible prever, publicadas las ternas, cuál sería el elegido por el presidente. También se supo de presiones políticas ejercidas sobre los consejeros para que conformaran las ternas de determinada manera.

La mecánica de la votación por parte de los consejeros también permitía favorecer a determinados postulantes. Por decreto supremo de mayo de 1981 (D.S. 007-81-JUS), se dispuso lo siguiente: «Cada consejero tiene derecho a un voto. Cuando se formule terna a un cargo del Poder Judicial o del Ministerio Público, cada consejero tendrá tantos votos cuantos sean los candidatos a elegir; votos que pueden distribuirse entre todos ellos o acumularlos, total o parcialmente, a uno solo. La elección se realizará en un solo acto y serán elegidos quienes obtengan mayor número de votos en orden descendente y con un mínimo de cuatro.» Esta acumulación de votos se prestaba a la manipulación, no solamente porque un solo consejero podía determinar el resultado de una votación, sino porque, además, sabiendo todos que cada uno tenía esta prerrogativa, es de suponer que existieron casos de negociación entre los consejeros para lograr ternas integradas por candidatos a quienes se deseaba favorecer.

El 8 de abril de 1992 los consejos de la magistratura dejaron de existir, pues sus miembros fueron cesados por decreto ley. Fue la época del comentado autogolpe del presidente Fujimori. La mayor parte de vocales de la Corte Suprema fue cesada por el gobierno, que procedió a nombrar directamente a doce de los dieciocho vocales que debían integrarla. Los vocales fueron nombrados en calidad de provisionales y buena parte de ellos procedió de las propias filas del Poder Judicial.

Más que el ingreso a la magistratura, la preocupación en dicho momento fue la evaluación de los magistrados a fin de separar del cargo a los jueces presuntamente corruptos. Se conformó así una comisión evaluadora (decreto ley 25446), «integrada por tres vocales de la Corte Suprema designados en acuerdo de sala plena, para llevar adelante en un plazo que no excederá de noventa días, el proceso de investigación y sanción de la conducta funcional de los magistrados de la Corte Suprema y cortes superiores, jueces de primera instancia, jueces de paz letrados, secretarios de juzgado y testigos actuarios [...]». La comisión estaba facultada para solicitar todo tipo de informes, como por ejemplo los referidos a conducta funcional, méritos, deméritos y producción jurisdiccional, signos exteriores de riqueza, propiedad, declaraciones de impuestos, viajes, etc. El 17 de noviembre de 1992 el presidente de la Corte Suprema reveló que como resultado de «la primera etapa» de evaluación en el Poder Judicial habían sido destituidos 100 vocales de cortes superiores (cortes de apelación), 170 jueces especializados, 45 jueces de paz letrados y 357 secretarios de juzgado (personal auxiliar).

En esta época de vacío constitucional, y con un Poder Judicial conformado mayoritariamente por jueces provisionales, se creó la Academia de Altos Estudios en Administración de Justicia (decreto ley 25726, de 2 de setiembre de 1992). Este dispositivo, hoy derogado, dispuso que era requisito previo para ingresar a la carrera judicial o como fiscal del Ministerio Público, «el haber cursado satisfactoriamente estudios superiores de posgrado en el programa respectivo de la Academia de Altos Estudios en Administración de Justicia». Esta ley, en exceso reglamentarista, concibió una especie de universidad del Poder Judicial, pues la academia estaba facultada para otorgar grados y títulos a nombre de la nación, y se regía, supletoriamente, por la ley universitaria.

El decreto ley de creación de la academia dispuso que ésta iniciaría sus labores académicas a partir del 4 de enero de 1993, con un número máximo de 100 vacantes. Como ocurre frecuentemente con reformas integrales de gran desarrollo legislativo, han pasado más de dos años y medio y hasta la fecha no inicia sus labores académicas ni ésta ni la academia que se concibió en dispositivo legislativo posterior.

1.2 Una situación transitoria: el Jurado de Honor de la Magistratura

Más urgente que echar a andar la academia, fue por esa época la regularización de la provisionalidad de los magistrados. Recordemos que el Consejo Nacional y los consejos distritales de la Magistratura habían

sido desactivados y que un Congreso Constituyente había sido elegido por votación popular para diseñar una nueva Constitución. Era poco menos que imposible esperar la elaboración de un proyecto constitucional, su aprobación mediante referéndum y la conformación de los organismos que ella creara para elegir magistrados, para regularizar la situación de un Poder Judicial integrado mayoritariamente con magistrados provisionales.

En este contexto, mediante ley constitucional, el Congreso Constituyente creó un Jurado de Honor de la Magistratura. Se trató de una institución *sui generis*, pues se basaba en la idea de configurar una institución cuya legitimidad proviniese de la honorabilidad y respeto que concitaran sus integrantes por sí mismos. La ley utilizó la expresión «cinco miembros de reconocido prestigio y probidad», quienes debían reunir los requisitos para ser magistrados de la Corte Suprema (básicamente, ser miembro de la profesión legal y tener más de 50 años). El jurado debía ser nombrado con el voto de los dos tercios de los miembros de la Comisión de Justicia del Congreso Constituyente. Y aunque parece difícil pensar que se puedan conseguir cinco personas, particularmente de la profesión legal, que puedan generar un consenso en cuanto a su capacidad y honorabilidad, no cuestionadas por ningún grupo político ni por nadie en particular, se pudo constituir el Jurado de Honor de la Magistratura. Se trató de cinco profesores universitarios de derecho, todos graduados y docentes en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Las tareas del jurado no fueron pocas ni pequeñas. Debía:

- Recibir las solicitudes de rehabilitación que formularan los vocales y fiscales supremos cesados, pronunciándose por el cese o disponiendo la reasunción del cargo, elevando luego su informe al Congreso para un pronunciamiento por el pleno del mismo.

- Evaluar a los vocales y a los fiscales supremos provisionales.

- Convocar a concurso público las demás vacantes de la Corte Suprema.

- Recibir las solicitudes de rehabilitación de vocales superiores, fiscales superiores, jueces de primera instancia, fiscales provinciales, jueces de paz letrados y demás fiscales del Ministerio Público que hubieren sido separados de sus cargos.

- Convocar a concurso público para cubrir las vacantes que existieran luego de efectuado el procedimiento a que se refiere el párrafo anterior.

El Jurado de Honor trabajó durante dos años, hasta que empezó el proceso de integración del Consejo Nacional de la Magistratura creado

por la Constitución de 1993, y recompuso la Corte Suprema, la Corte Superior de Lima y el nivel de jueces de primera instancia de Lima (jueces especializados), con sus correspondientes equivalentes del Ministerio Público. El jurado realizó un trabajo arduo y difícil, pero el consenso al final de su labor es que por primera vez en el país se realizaba una selección de magistrados ajena a toda consideración que no fueran los méritos y capacidades de los postulantes. Con posterioridad algunos magistrados elegidos por el jurado han sido acusados de falta de capacidad o de independencia, pero esto puede deberse al tipo de postulantes que se presentaron ante el jurado, y que será materia de comentario posterior.

1.3 La Constitución de 1993

La Constitución de 1993 crea el Consejo Nacional de la Magistratura, con las siguientes notas que lo distinguen de las experiencias anteriores:

1. A diferencia del sistema de la Constitución de 1979, se crea un consejo único, eliminándose la dicotomía entre Consejo Nacional y consejos distritales. El Consejo Nacional de la Magistratura se ocupa de la selección y nombramiento de los jueces y fiscales de todos los niveles y en toda la nación.

2. La conformación del Consejo Nacional de la Magistratura difiere de las experiencias previas. Está integrado por personas elegidas en diversas instituciones de la siguiente manera:

- Uno elegido por la Corte Suprema, en votación secreta en sala plena.
- Uno elegido, en votación secreta, por la Junta de Fiscales Supremos.
- Uno elegido por los miembros de los colegios de abogados del país, en votación secreta.
- Dos elegidos, en votación secreta, por los miembros de los demás colegios profesionales del país.
- Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades nacionales.
- Uno elegido, en votación secreta, por los rectores de las universidades particulares.

Este módulo básico de siete miembros puede ampliarse a nueve, con dos miembros adicionales elegidos en votación secreta por el mismo consejo, entre sendas listas propuestas por las instituciones representati-

vas del sector laboral y del empresarial. Se trata de una conformación que ha sido calificada de «cuasi corporativista»⁴, pero que puede entenderse después de los anteriores intentos peruanos, mayormente fallidos.

3. Las funciones de este consejo son más amplias que las contempladas en el sistema de la Constitución anterior: selecciona a los jueces y fiscales de todos los niveles, ratifica a los jueces y fiscales de todos los niveles cada siete años, y aplica la sanción de destitución a los vocales y fiscales supremos y a los jueces y fiscales de los niveles inferiores.

4. Para eliminar toda injerencia de carácter político de los otros poderes del Estado, ya no se envía una terna al Poder Ejecutivo, sino que el propio consejo selecciona al ganador de cada concurso e, incluso, le extiende el título oficial que lo acredita como juez o fiscal. Por cierto que se ha eliminado la ratificación de los vocales y fiscales supremos por el Congreso.

5. Se dispone la elección popular de los jueces de paz e, incluso, se abre la posibilidad de que los jueces de primera instancia (jueces especializados) puedan también ser elegidos.

6. Se inserta el tema de la capacitación judicial especializada en el capítulo de la selección de magistrados. El artículo 151 constitucional dice a la letra: «La Academia de la Magistratura, que forma parte del Poder Judicial, se encarga de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles, *para los efectos de su selección. Es requisito para el ascenso la aprobación de los estudios especiales que requiera dicha academia.*»

En concordancia con esta formulación, el inciso m) del artículo 14 del reglamento de los Concursos Públicos de Méritos y Evaluación Personal para el Nombramiento de Magistrados, elaborado por el propio consejo, dispone que los postulantes acreditarán «*certificación expedida por la Academia de la Magistratura de haber aprobado los estudios de formación o de capacitación*».

2 La administración interna del Poder Judicial

Durante muchos años se creyó que el Poder Judicial se agotaba en el ejercicio de la función jurisdiccional. Una serie de funciones rectoras se encomendaban a la Sala Plena de la Corte Suprema y, en su caso, de las cortes superiores.

⁴ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Variables y problemática del Consejo de la Magistratura en el reciente constitucionalismo latinoamericano*, p. 11.

En la ley orgánica del Poder Judicial de 1963 el gobierno del mismo estaba a cargo del presidente y de la sala plena. El presidente de la Corte Suprema era elegido de su seno únicamente por los vocales supremos por un período de un año. La sala plena se constituía con dos tercios del número total de magistrados de la Corte Suprema y se reunía cuando la convocaba el presidente o lo pedían tres o más de sus miembros. Los acuerdos se tomaban por mayoría de votos. La mayor parte de las funciones de gobierno eran competencia de la sala plena. Así por ejemplo, formulaba el proyecto de presupuesto del Poder Judicial y lo administraba directamente.

En las diversas comisiones que a lo largo de varios años se designaron para proponer una nueva ley orgánica hubo coincidencia en que esta manera de gobernar el Poder Judicial era inconveniente. Se señaló que los magistrados integrantes de la sala plena estaban demasiado agobiados por su trabajo habitual en el ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que muchas veces no acudían a las sesiones (las que en algunas ocasiones se frustraban por falta de quórum), o asistían y decidían sin conocer suficientemente los asuntos de carácter administrativo en debate, aparte de encontrarse en algunos casos escasamente motivados.

También se criticó la breve duración del período del presidente (un año), tiempo en el cual no era posible elaborar y conducir un plan de gobierno. El deseo de cada presidente de ser reconocido por la originalidad de sus medidas, atentó severamente contra la continuidad de las políticas.

La nueva ley orgánica del Poder Judicial entró en vigencia el 1.º de enero de 1992 y, recogiendo diversas propuestas, creó el Consejo de Gobierno del Poder Judicial y los consejos de gobierno de los distritos judiciales como órganos distintos a las salas plenas. Muchas tareas de gobierno que anteriormente eran de competencia de las salas plenas se transfirieron a los consejos de gobierno, pero muchas otras se mantuvieron en la sala plena, y, en general, se planteó una subordinación de los consejos de gobierno respecto a las salas plenas. La ley no acogió la sugerencia de integrar las salas plenas con magistrados de grados inferiores y mantuvo la duración anual tanto para el presidente como para los consejos de gobierno.

El Consejo de Gobierno del Poder Judicial estaba integrado por el presidente de la Corte Suprema, quien lo presidía, el vocal jefe de la Oficina de Control Interno del Poder Judicial y el vocal en lo Administrativo, más dos vocales supremos consejeros elegidos por la sala plena. Su mandato se fijó en un año.

Era función del consejo determinar los distritos judiciales en los que debía existir también un consejo de gobierno distrital. Si en éstos hubie-

ra seis o más salas especializadas, el consejo de gobierno estaría compuesto de cinco miembros: el presidente de la corte superior, el vocal decano, el vocal encargado de la Oficina Distrital de Control Interno, el vocal Administrativo y un vocal consejero elegido por la sala plena.

En la relación de funciones que se enumera a continuación, se aprecia la ya referida relación de subordinación del consejo frente a la sala plena:

- Propone a la sala plena la política general y el plan de desarrollo del Poder Judicial y lo ejecuta una vez aprobado por la sala plena.

- Elabora el anteproyecto de presupuesto del Poder Judicial, cuya aprobación corresponde a la sala plena. Lo ejecuta una vez sancionado legalmente.

- Propone a la sala plena en forma excepcional la distribución de causas entre las salas especializadas a fin de descongestionar la carga judicial.

- Propone a la sala plena la creación de salas superiores descentralizadas, la creación y reubicación de salas y juzgados a nivel nacional y la redemarcación de los distritos judiciales.

Por cierto que se le asignaron muchas otras funciones, en total treinta y dos, que anteriormente realizaba la sala plena y que de hecho apuntaban a un manejo más ágil de una gran cantidad de tareas de carácter administrativo.

El Consejo de Gobierno del Poder Judicial no llegó a cumplir cuatro meses de funcionamiento, pues se instaló en enero de 1992 al entrar en vigor la nueva ley orgánica del Poder Judicial, y fue suspendido a fines de abril, en virtud del decreto ley que señaló una conformación distinta de la Corte Suprema a la prevista en la ley orgánica (decreto ley 25455, del 27 de abril de 1992). Durante esos casi cuatro meses quedó demostrado que el modelo no era bueno, pues se originaron conflictos entre la sala plena y el consejo de gobierno. La posición de la sala plena se reforzaba por el inciso 16) del artículo 80 de la ley orgánica, que entre las atribuciones de la sala plena mencionaba la siguiente:

«Acordar en circunstancias extraordinarias, con el voto favorable de la mitad más uno de sus miembros, llamar la atención a los miembros del Consejo de Gobierno del Poder Judicial, y en casos graves, con el voto de las dos terceras partes de sus miembros, remover total o parcialmente a los miembros de dicho consejo, con excepción del presidente.»

El 26 de noviembre de 1992, cuando todavía se gobernaba por decreto, entró en vigencia el decreto ley 25869, que modificó una serie de artículos de la ley orgánica del Poder Judicial. En lo que respecta a este tema del gobierno judicial, cambió el modelo, respetando, sin embargo, la idea de no asignar las funciones de gobierno a la sala plena. Las características más importantes del sistema aún en vigencia son las siguientes:

– Los consejos de gobierno cambian su denominación por la de consejos ejecutivos.

– El Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se integra de la siguiente manera: el presidente de la Corte Suprema, quien lo preside; el vocal jefe de la Oficina de Control de la Magistratura; un vocal designado por la Sala Plena de la Corte Suprema, que será el último expresidente de la misma cuando sea un vocal en ejercicio; un vocal superior elegido por los presidentes de las cortes superiores del país, y una persona de reconocida experiencia en la gerencia pública o privada, designada por la Junta de Decanos de los colegios de abogados del Perú.

– Los consejos ejecutivos distritales estarán también integrados por cinco personas, entre las cuales debe figurar un juez especializado o mixto elegido por los jueces especializados o mixtos del respectivo distrito judicial.

– Las funciones que anteriormente tenían que ser llevadas a la sala plena para que ésta tomara la decisión final, ahora son directamente concebidas y aprobadas por el propio consejo ejecutivo, como las relacionadas con el presupuesto, política general y plan de desarrollo, creación y supresión de distritos judiciales, creación de salas superiores descentralizadas, reubicación de salas y juzgados, etc.

– El mandato de los integrantes del consejo ejecutivo dura tres años.

– Se han reducido las funciones de la sala plena, muchas de las cuales han pasado al consejo ejecutivo. Se dice expresamente que la sala plena es el órgano supremo de *deliberación* del Poder Judicial. Se ha derogado la atribución que tenía la sala plena de acordar llamar la atención o remover a los miembros del consejo de gobierno.

Para que no queden dudas de que el gobierno del Poder Judicial corresponde al presidente y al consejo ejecutivo, se ha elevado a rango constitucional la limitación de funciones de la sala plena. En efecto, el artículo 144 constitucional dice: «El presidente de la Corte Suprema lo es también del Poder Judicial. *La Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación del Poder Judicial.*»

Reflexiones finales

1. El tema judicial —o la crisis de la judicatura— no estuvo durante muchos años en la agenda de los científicos sociales, ni entre las prioridades políticas; tampoco constituyó materia visible como problema ante la opinión pública. Al menos en el Perú, el tema judicial ha ido creciendo en importancia en la medida en que todos los sectores de la vida pública fueron modernizándose, excepto el judicial, a la vez que aumentó considerablemente el número de personas que, por razones precisamente asociadas con la modernización de la vida toda del país, se vieron en la necesidad de recurrir ante el Poder Judicial. En otras palabras, la gran cantidad de políticas sociales, con sus correspondientes aparatos institucionales y normativos, que se implementaron a partir de la década del sesenta, pusieron a más personas, y al mismo Estado como tal, en contacto creciente con un sistema judicial que no estaba preparado para enfrentar estos nuevos retos: los jueces no estaban adecuadamente capacitados, la organización interna era absolutamente anticuada y los propios niveles directivos no supieron qué hacer para cambiar la mentalidad y la organización judicial.

2. Ante la situación descrita se ensayaron diversos mecanismos, que fueron desde las destituciones y reorganizaciones, dirigidas desde el gobierno, hasta la creación de comisiones y oficinas, como la Comisión de Reforma Judicial o el Centro de Investigaciones de la Corte Suprema. Estos esfuerzos tampoco dieron mayores resultados, primero porque los escalones más altos del Poder Judicial seguían sin entender —o sin internalizar— la forma y magnitud en que debía cambiar la judicatura; y segundo, porque en los niveles más altos del gobierno tampoco hubo una auténtica voluntad política de cambiar de veras el Poder Judicial.

3. A este proceso, que duró muchos años, de intervenciones y de una retórica de reforma, se sumaron otros factores que provinieron de lo mismo. Es decir, se creó un círculo vicioso que produjo un Poder Judicial devaluado e integrado por jueces temerosos de perder su puesto si entraban en contradicciones con el poder político. Contribuyó grandemente a agravar esta situación la propia captura de la institución por el gobierno, a través de medios imperfectos de selección de magistrados, como los reseñados en la parte central de este trabajo. El deseo de controlar el Poder Judicial, por parte del gobierno, tiene su propia dinámica. De un lado, la necesidad de un reforzamiento de sus políticas públicas en los casos eventuales de retos a las mismas en el foro judicial. De otro lado, la consolidación de determinadas acciones de garantía, como el amparo, que a partir de 1979 empezaron a inundar literalmente los despachos judiciales, aconsejaban a los gobiernos tener bajo control a

una institución que podía terminar anulando actos de gobierno. Finalmente, el notable crecimiento de la conciencia en la ciudadanía en el sentido de que los gobernantes deben dar cuentas de sus actos y ser, incluso, destituidos y condenados en el caso de comisión de delitos, ha acrecentado la preocupación de los gobiernos por tener un Poder Judicial dócil.

4. Simultáneamente con los fenómenos reseñados, ocurrió otro que vino a complicar el panorama y a agravar la situación. Siendo el Poder Judicial una institución anticuada, y existiendo tanto interés por parte de los gobiernos de controlarlo, debería esperarse que no hubiera muchos candidatos a ocupar puestos judiciales. Sin embargo ha ocurrido lo contrario, impulsado por la proliferación de facultades de derecho, proceso que empezó precisamente en la década del sesenta. En el Perú existen 26 facultades de derecho, de las cuales sólo en Lima funcionan siete con 16 400 estudiantes. En 1994, de 88 especialidades conducentes a la obtención de un título profesional y un total de 446 500 estudiantes universitarios, 40 861 eran estudiantes de derecho, la segunda especialidad más numerosa después de contabilidad⁵. Dos explicaciones pueden encontrarse en la base de esta explosión de estudiantes de derecho. Primero, la situación económica y política ha limitado el espacio y las oportunidades para una serie de especialidades; la inseguridad en las zonas rurales ha reducido el número de interesados en carreras como agronomía, zootecnia, ingeniería de minas, trabajo social, etc.; un nuevo pragmatismo y el renacimiento de la ideología liberal mantiene muy bajo el número de alumnos en especialidades como sociología, antropología, ciencia política, etc.; el derecho, con su versatilidad para colocar a sus representantes en multiplicidad de puestos de trabajo, es una carrera que atrae a muchos jóvenes. Y segundo, en la base de la explosión de estudiantes de derecho puede estar la facilidad que supone organizar una facultad de derecho, que no requiere laboratorios ni talleres, ni siquiera una buena biblioteca y menos un cuerpo profesoral altamente capacitado.

Tenemos, entonces, que hay una buena cantidad de candidatos a ocupar las plazas judiciales, muchos de ellos sin una adecuada formación. Mientras la carrera judicial no sea realmente atractiva, el mejor sistema de selección fracasará, porque la institución encargada de los concursos tendrá que elegir entre un universo de suyo limitado. En este contexto,

⁵ WEBB, Richard, y Graciela FERNÁNDEZ BACA, *Perú en números 1994*, Lima, Cuánto S.A., 1994, p. 231.

la Academia de la Magistratura resulta, de una parte, indispensable, y de la otra, una empresa casi imposible, porque a la vez que capacitar en el razonamiento judicial y en el manejo de las herramientas de los jueces (las pruebas), tendrá que suplir las deficiencias de las facultades de derecho. Al hacer esto último puede acabar convirtiéndose en otra facultad de derecho, quién sabe con qué nivel de calidad.

Quizá la gran conclusión de un tema como el tratado es que una auténtica reforma del sistema judicial pasa por una auténtica reforma de las facultades de derecho.

La Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta y la Acción de Amparo Constitucional

Aníbal QUIROGA LEÓN*

1 Introducción

Desde que se dio vigencia al Texto Único Ordenado (TUO) del Código Procesal Civil, algunas de sus regulaciones aparecen ciertamente discutidas y discutibles por falta de una clara concepción dogmática, ausencia de razonabilidad (como el caso del *abandono del proceso*) o, incluso, claridad o sintaxis, cuando no por haberse configurado de modo reñido al uso adecuado del idioma castellano.

Una de estas instituciones, que se ha hecho aparecer como «novísima», es la referida a la «*nulidad de cosa juzgada fraudulenta*», cuyos alcances y limitaciones han sido desbordados por la práctica sobre la base de una inadecuada e insuficiente redacción del texto normativo, sobre todo si se la enfrenta a la naturaleza jurídica diferente de otro tipo de pretensiones materiales no convalidables por medio de un proceso civil, familiar, contractual, personal, etc., como, por ejemplo, a los alcances de las acciones constitucionales de amparo. En efecto, las normas en conflicto (que representan el enfrentamiento conceptual al que hoy en día se hallan expuestos los tribunales de justicia del país) dicen a la letra:

TUO del Código Procesal Civil

«*Art. 178.— Nulidad de cosa juzgada fraudulenta.— Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las*

* Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Maestría en Derecho Empresarial de la Escuela de Post-Grado de la Universidad de Lima. Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas.

Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título.

En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles.

Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso.»¹.

Al lado de ello, tenemos como antecedente inmediato el artículo 1083 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (D), que a la letra decía:

Código de Procedimientos Civiles de 1912 (D)

«Art. 1083.— La sentencia recaída en el juicio ejecutivo; en los interdictos; en el juicio de divorcio; en el de desahucio, con la reserva establecida en el Art. 973; en el de alimentos; pérdida de la patria potestad; remoción, excusa y renuncia de los guardadores; así como en las resoluciones que ponen fin al procedimiento para la declaración de herederos; apertura de testamentos cerrados y comprobación de testamentos privados o verbales; guarda y posesión de los bienes del ausente; adopción; inscripción y rectificación de partidas en los registros de estado civil e interdicción de incapaces, pueden ser contradichas en juicio ordinario.»².

«Art. 1084.— El juicio contradictorio de que se ocupa el artículo anterior, debe instaurarse dentro de dos meses contados desde la notificación de la resolución que pone término al juicio o procedimiento

¹ En la versión original del Código Procesal Civil (Decreto Legislativo 768), este numeral tenía una redacción final, en un quinto párrafo, que a la letra decía: «Si la demanda no fuera amparada, el demandante pagará las costas y costos doblados, y una multa no menor de 30 ni mayor de 100 remuneraciones mínimas vitales» (sic). Ello fue expresamente suprimido por omisión por el decreto ley 25940, modificadorio del Código Procesal Civil (cien artículos, aproximadamente), antes de su entrada en vigor (11.12.92).

² Versión original del Código. Después de 1936 en todos los textos legales se ha subrayado la mención al divorcio, pues la jurisprudencia de la Corte Suprema, uniformemente, luego del establecimiento del divorcio vincular en el Perú, excluyó de los alcances del artículo 1083 el supuesto normativo referido al divorcio por sus efectos terminales, en una interpretación abrogativa.

que se contradice o desde la notificación de la resolución que, dando por devueltos los autos, manda cumplir lo ejecutoriado, salvo lo dispuesto en el Art. 24 del Juicio Ejecutivo.»³

Y para los efectos comparativos, terminaremos con la transcripción del artículo 8 de la ley 23506, de amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento –según la remisión que a ella hace la ley 26301–, y que a la letra dice:

Ley 23506, de Amparo, Hábeas Corpus, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento]

«Art. 8.– La resolución final constituye cosa juzgada únicamente si es favorable al recurrente. Puede oponerse a quien pretendiera ejecutar o ejecutarse igual agresión.»⁴

La cuestión principal que, a propósito de esto, desarrollaremos, se halla referida a la posibilidad jurídica de que se interponga válidamente *acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta*, basada en el artículo 178 del Código Procesal Civil, contra lo resuelto en una Acción de *Amparo Constitucional* previa, en los términos siguientes:

2 Antecedentes

La Sala Civil de la Corte Superior de Justicia expidió *en discordia* sentencia de vista en que, confirmando en todos sus extremos la sentencia de primera instancia materia de la apelación, declaraba fundada la acción de amparo constitucional interpuesta por un justiciable contra el Estado como consecuencia de la aplicación de los efectos de una determinada norma legal de orden tributario.

De conformidad con las actuales disposiciones legales sobre la materia (Ley de Amparo y Hábeas Corpus, modificatorias, complementarias y Ley orgánica del Tribunal Constitucional –LOTC–), lo anterior cons-

³ Texto modificado por el decreto legislativo 127 de 15 de junio de 1981.

⁴ Esto tenía base en los artículos 295, 3.º párrafo, y 298, inciso 2, de la Constitución de 1979, que establecían el principio de la «*jurisdicción negativa de la libertad*», en donde la resolución judicial favorable al demandante de la acción constitucional siempre se ejecutaba y quedaba firme, y la que le era adversa tenía legitimación y ulterior recurso ante el Tribunal de Garantías Constitucionales, como máximo órgano de control de la Constitución, acceso vedado para el demandado –normalmente la autoridad pública–, que quedaba retenida ante el órgano jurisdiccional.

tituye *cosa juzgada* y el proceso judicial por acción de garantía constitucional concluye allí para todos sus efectos. Por ello mismo, y en aplicación de lo dispuesto por el artículo 42 de la ley 23506, fue publicada esta sentencia judicial en el diario oficial *El Peruano*, siendo el requisito de tal norma legal el que la resolución a publicarse sea *final, consentida y ejecutoriada* (sic).

El amparo legal de lo antes señalado, es el siguiente:

– El inciso 2 de la cuarta Disposición Transitoria de la ley 26435 (LOTC), que a continuación glosamos, y que a la letra señala:

«*La Corte Superior conoce los procesos de garantía en segunda y última instancia, en vía de apelación. Contra la resolución denegatoria que ésta expide procede recurso extraordinario previsto en el Art. 41 de la presente Ley.*»

– El inciso 2 del artículo 202 de la Constitución Política del Estado establece como competencia del Tribunal Constitucional, en vía de *jurisdicción negativa de la libertad*, el conocimiento en *última y definitiva instancia* de las resoluciones *denegatorias* de, entre otras, la acción de amparo constitucional.

Resulta entonces incuestionable que la resolución judicial final en materia de acción de garantía constituye *cosa juzgada absoluta si es favorable al demandante*, por lo que de darse un supuesto distinto al señalado expresamente en el texto inequívoco de la ley, el Tribunal Constitucional resultaría *incompetente*, ya que la competencia del Tribunal Constitucional en la *jurisdicción negativa de la libertad* se halla establecida por la Constitución, y no puede ser ampliada por interpretación alguna.

En el año en curso se ha publicado en el diario oficial *El Peruano* una resolución ministerial autoritativa al señor procurador público a cargo de los asuntos judiciales del Sector de que se trata, para que, en representación y defensa de los intereses del Estado, interponga contra el justiciable «y otros»⁵, acción judicial de nulidad de cosa juzgada fraudulenta por violación del debido proceso, conforme lo autoriza el artículo 178 del Código Procesal Civil.

⁵ El señor procurador público ha entendido por esos «otros» a todos los magistrados intervinientes en el proceso judicial antecedente, procediendo a emplazarlos con la misma demanda, cual si fuesen parte en la relación jurídico-material del proceso objeto de la acción de nulificación.

En la parte considerativa de dicha resolución ministerial se establece que en la acción judicial antecedente «*se han cometido irregularidades y vicios procesales generando resoluciones nulas para el Estado, habiéndose llegado al extremo de expedirse en Segunda Instancia dos sentencias contradictorias, por lo que es necesario contradecirlas (sic) vía acción judicial sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta y nulidad de cosa juzgada [...]*».

3 Análisis

La primera de las cuestiones que hay que determinar, para proceder al análisis de lo planteado, es la determinación de la naturaleza jurídica de la denominada «acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta» de que trata el artículo 178 del Código Procesal Civil, institución aparentemente novedosa por su denominación, pero con innegables antecedentes en nuestra normatividad procesal anterior y en la doctrina del Derecho procesal civil. Esta aparente novedad —que empieza precisamente por su actual denominación— determina el error en algunas de sus conceptualizaciones y que se trasunta en igual error en el posterior manejo judicial.

En efecto, la acción de «nulidad de cosa juzgada fraudulenta» tiene antecedentes normativos en lo dispuesto por los artículos 1082, 1083 y 1084 del Código de Procedimientos Civiles (D) de 1912, y en la concepción de la *Cosa Juzgada Formal* y *Cosa Juzgada material*. En efecto, el artículo 1082 del Código de Procedimientos Civiles (D) de 1912 establecía el principio de la *Cosa Juzgada Material* absoluta, determinando las características de *inmutabilidad*, *inimpugnabilidad* y *coercibilidad* como atributos de la institución de la cosa juzgada⁶ como garantía constitucional de la administración de justicia y, por ende, elemento esencial del debido proceso legal. Como contrapeso a lo anterior, el artículo 1083 del mismo texto legal señalaba aquellos procesos *no plenarios* en los que, en juicio plenario de conocimiento, se podía volver a controvertir lo ya juzgado —sea cual fuere el foro del juzgamiento anterior, en su inicio o en su final (incluso si la sentencia final hubiese sido dictada por la propia Corte Suprema de Justicia de la República)—, a través de la denominada *acción de contradicción de sentencia*⁷. El artículo 1084 del ya acota-

⁶ QUIROGA LEÓN, Aníbal, «*Las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia*» en: *La Constitución diez años después*, Fund. Naumann y Const. & Soc., Lima, 1989, p. 323.

⁷ En esta relación, que la jurisprudencia de la Corte Suprema siempre interpretó como taxativa, se abrogó después de 1936 la referencia al «divorcio», y se entendió incluida a la acción de «aviso de despedida».

do texto legal precisaba, en su última versión vigente dispuesta por el decreto legislativo 127, de 15 de junio de 1981, que el plazo de caducidad para el ejercicio de tal acción era de dos meses contados a partir de la notificación de la resolución que ponía fin al procedimiento que era materia de la contradicción o del cumplimiento de lo ejecutoriado. En consecuencia, los principios se enunciaban del siguiente modo: los procesos judiciales ordinarios tenían calidad de *cosa juzgada material*; los procesos sumarios y especiales relacionados en el artículo 1083 del Código de Procedimientos Civiles (D) tenían calidad de *cosa juzgada formal temporal*, adquiriendo la calidad de *cosa juzgada material* vencido el plazo del artículo 1084 del mismo texto legal, o si interpuesta la acción de *contradicción de sentencia* la Corte expedía sentencia definitiva, no susceptible a su vez de ulterior contradicción sobre tal materia.

Sobre este particular, parece ilustrativo reseñar lo que al respecto señala la Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles:

«Después de establecerse [art. 1080] que la sentencia recaída en juicio ordinario queda ejecutoriada en los tres casos allí puntualizados, se consigna la regla recíproca, enumerándose los juicios y los procedimientos no contenciosos cuyas resoluciones finales pueden ser contradichas en juicio ordinario. Ha sido necesario entrar en esa enumeración para que así queden excluidos juicios y procedimientos no contenciosos en los cuales no cabe o no es conveniente conceder el derecho de contradecir la sentencia en la vía ordinaria. [...] Algunos de dichos juicios [los excluidos] son ordinarios desde su iniciación. En otros casos, la oposición que se formule se sustancia, precisamente, en vía ordinaria; y, que es fácil descubrir examinando, ya la índole especial del juicio, ya las consecuencias y efectos irrevocables que tienen que producir las resoluciones expedidas»⁸. (Lo agregado es nuestro.)

En consecuencia, aparece de la doctrina y de los antecedentes normativos que el rigor de la autoridad de la cosa juzgada (*res iudicata*) con que se inviste toda decisión judicial, que la hace finalmente inimpugnable, inmutable y coercible, y que es base de la legitimidad y finalidad del proceso judicial (*declaración de certeza*), se aminore y humanice en determinados casos y bajo determinadas circunstancias, haciendo que el concepto de cosa juzgada adquiera una doble dimensión: la *material* o

⁸ COMITÉ DE REFORMA PROCESAL, *Exposición de Motivos del Código de Procedimientos Civiles*, San Martí y Co. Eds., Lima, 1912, pp. 315-316.

sustancial, que es absoluta, y la *formal*⁹, que permite el volver a cuestionar (rejuzgar) lo que ha sido materia de la controversia judicial, en un proceso mayor, plenario, con mejores posibilidades probatorias, a fin de recuperar las situaciones de injusticia que pueden haberse generado y estarse beneficiando de la formalidad y rigor de la cosa juzgada.

Entre los antecedentes doctrinarios de la institución, que nos parecen más importantes reseñar, en la doctrina comparada, se pueden resumir los principales del modo siguiente: LIEBMAN¹⁰ señala que:

«Pero la sentencia puede ser contraria a la ley en cuanto al contenido, y esto produce su injusticia.

La nulidad invalida la sentencia como acto final del proceso y, por consiguiente –salvo el caso de que el vicio sea tan grave que produzca una nulidad radical y absoluta–, puede ser hecha valer sólo en el mismo proceso con los medios de impugnación establecidos por la ley, y únicamente por las partes, que son los sujetos de la relación procesal y, por tanto, las únicas personas lesionadas por la nulidad e interesadas en hacerla reparar.

La injusticia se refiere, en cambio, a la sentencia juicio y puede depender tanto de un error de derecho cuanto de un error de hecho; en todo caso, la concreta voluntad del Estado es diversa de la declarada y puede, por consiguiente, perjudicar injustamente al tercero cuyo derecho sea de algún modo conexo con la relación decidida con la sentencia.»

Por su parte, COUTURE¹¹ señala, al comentar el artículo 577 del Proyecto de Código de Procedimiento (uruguayo) de 1945, del que el artículo 178 aparece casi literalmente tomado, y que a la letra dice:

Proyecto de Código de Procedimiento de 1945 (Uruguay)

«Art. 577.– Podrá pedirse, aun después de terminado el proceso, la anulación de los actos realizados mediante dolo, fraude o colusión.

Esta anulación podrá requerirse sólo por aquellos a quienes el dolo, fraude o colusión han causado perjuicio y de acuerdo a los principios mencionados en los artículos anteriores. Los terceros también pueden solicitar esta anulación.

⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia*, EDIAR S.A. Eds., Buenos Aires, 1946, pp. 76-77.

¹⁰ *Op. cit.* pp. 170-171.

¹¹ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho procesal civil*, t. III, Eds. Depalma, Buenos Aires, 1979, 3.^a ed., pp. 387-404.

Si los actos fueren anulados, se repondrán las cosas en el estado anterior a los mismos. Pero en ningún caso la anulación podrá perjudicar a terceros de buena fe ni anular los actos y contratos celebrados con el dueño aparente de los bienes.»

Aquí se establece la *anulación* de los actos (procesales) realizados mediante *dolo, fraude o colusión*, que según señala en fundamento:

«[...] La segunda situación es la que surge cuando el fraude lesiona el derecho de los terceros. Éstos pueden, entonces, promover la impugnación del fraude por los medios ordinarios y por medios de una demanda autónoma de revocación o anulación de los actos fraudulentos.

[...]

10. Función de la demanda revocatoria

El instituto que motiva estas reflexiones puede concretarse en los tres conceptos que le sirven de denominación: a) es pretensión (en el sentido de demanda) revocatoria; b) funciona contra la cosa juzgada; c) cuando esa cosa juzgada ha sido obtenida mediante fraude o colusión.

[...]

11. La revocación

La demanda a promoverse [...] tiende a destruir o revocar la cosa juzgada. Esta noción surge del primer examen.

Pero conforme se profundiza, aparece un problema de verdadera significación. Se trata de saber si la nueva acción o demanda tiende a destruir totalmente la cosa juzgada, o si su función consistirá tan sólo en destruirla en cuanto apareje perjuicio al tercero.

[...]

15. Revocación y anulación

En tanto [...] hemos hablado de revocación, en el Proyecto hemos hablado de anulación.

[...]

La revocación supone un acto formalmente válido y sustancialmente injusto. La anulación supone un acto formalmente vicioso y sustancialmente injusto. En el primero, el molde es bueno y la sustancia es mala; en el segundo, el molde y la sustancia son malos.

La noción de revocación se refiere, pues, al contenido y no al continente. La noción de anulación se refiere al continente y al contenido.

El Proyecto habla de anulación porque dentro de la sistemática del mismo la idea de nulidad se halla siempre condicionada por el contenido del acto. Si el acto es formalmente nulo pero sustancialmente

justo, no procede en el Proyecto la anulación. Ésta sirve sólo para corregir actos nulos e injustos: los válidos e injustos se corrigen por otros medios; los nulos y justos no se corrigen, pues quedan legitimados por su propia justicia.»

La antigüedad de la discusión acerca de la *relativización* de la fuerza y autoridad de la cosa juzgada en la búsqueda de la humanización del proceso judicial, como medio y no como fin en sí mismo (a partir de la conceptualización de la *cosa juzgada formal*), data del Derecho Romano, en donde se consideraron figuras procesales como la *exceptio doli*, *replicatio doli* y, sobre todo, la *restitutio ad integrum* (restitución por entero), esta última como posibilidad de volver a discutir judicialmente una decisión judicial de orden previo en casos excepcionales de injusticia, buscando volver las cosas al estado anterior al de la sentencia injusta, esto es, reparar las cosas al estado de una nueva sentencia justa, obviamente en un nuevo proceso judicial.

El Código Procesal Civil ha consagrado en el artículo 178, sin mayor precisión jurídica y con evidentes errores de redacción (como la práctica se ha encargado de demostrar), la disposición que consagra la «*Acción de Nulidad de Cosa Juzgada Fraudulenta*», que, como aparece evidente de este numeral, es el único que regula esta institución —por lo menos en el Código de Procedimientos Civiles de 1912 (D) mereció dos—, y donde sus características de la misma pueden ser reseñadas del siguiente modo:

- i) Se trata de un nuevo proceso judicial, el *nulificante*;
- ii) Pueden demandar como legitimados activos quien fue vencido en el proceso antecedente, los terceros allí apersonados o los terceros no apersonados a quienes afecte el derecho que allí se determinó en sentencia ejecutoriada;
- iii) El plazo de caducidad es de seis meses de ejecutada la sentencia del proceso antecedente o de haber adquirido ésta calidad de cosa juzgada, con lo que se vuelve al plazo original del Código de Procedimientos Civiles de 1912 (D) antes de su modificación por el decreto legislativo 127;
- iv) El trámite del proceso *nulificante* es el que el Código concede al *proceso de conocimiento* (el más lato);

v) La naturaleza procesal del proceso antecedente no se halla definida. Luego, puede ser un proceso de conocimiento¹², procesos de ejecución, y procesos no contenciosos. Se excluyen los procesos cautelares, en la medida en que siempre son subsidiarios a uno mayor, y en aplicación de lo dispuesto en la concordancia de los artículos 612, 617, 636 y 640 del Código Procesal Civil;

vi) Las medidas cautelares que se soliciten u obtengan se hallan expresamente limitadas o restringidas, pues sólo pueden ser de carácter inscribible o registral con el objeto de enervar la «buena fe registral»;

vii) La sentencia anulatoria debe reponer las cosas al estado anterior, *rejuzgando* en el proceso *nulificante* las pretensiones jurídicas del proceso antecedente, en todo o en parte, y determinando una nueva y diferente consecuencia jurídica, según sea el caso; y

viii) La sentencia *nulificante* es oponible *erga omnes*, con excepción de quienes hayan derivado sus derechos de la sentencia antecedente de buena fe y a título oneroso, descartando con ello a quienes hayan obrado de mala fe, sea a título oneroso o no, y a quienes aún obrando de buena fe hubieren derivado su derecho de la sentencia antecedente a título gratuito.

En consecuencia, aparece evidente que puede interponerse acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta sobre la sentencia ejecutoriada de cualesquier proceso judicial —con excepción de los procesos cautelares, por su propia racionalidad subsidiaria, mutable, transitiva y provisional—, cualquiera sea su naturaleza y tipo de pretensión o pretensiones, ya que la norma del Código Procesal Civil no limita el marco material de aplicación (tipo de proceso precedente o tipo de pretensión precedente), siempre que se acuse a la sentencia antecedente como proveniente de *dolo*, *fraude*, *colusión* o la afectación cierta del *derecho al debido proceso legal* en que, a criterio razonable del demandante del proceso *nulificante*, se hubiere incurrido por parte de los demás actores del proceso judicial, incluyendo al juez o jueces, y en su perjuicio; con la finalidad de que, volviendo las cosas al estado anterior al juzgamiento antecedente, en el proceso *nulificante* se deje éste sin efecto y se *rejuzgue* el derecho del demandante del proceso *nulificante* y que considera perdido, no recono-

¹² En sus tres «tamaños» o estándares: Mayor de Conocimiento, Abreviado de Conocimiento o Sumarísimo de Conocimiento.

cido o no acogido con injusticia dolosa, fraudulenta, colusión o la grave afectación del derecho al debido proceso legal¹³, entendido éste como:

«El Debido Proceso Legal (Due Process of Law) constituye la primera de las Garantías Constitucionales de la Administración de Justicia al permitir el acceso libre e irrestricto a los Tribunales de Justicia a todo ciudadano con el objeto de someter su derecho en disputa a la resolución del Órgano Jurisdiccional, para que sea dirimida con certeza y eficacia, esto es, para que pueda hacer realidad el Derecho Material en el caso concreto sintetizando la justicia inherente de ese derecho.

[...]

El Due Process of Law no es otra cosa, se señala, que la institución de origen anglosajón referida al debido proceso legal como garantía con sustrato constitucional del proceso judicial, concepto que surge del orden jurisprudencial y que tiende a rodear al proceso de las garantías mínimas de equidad y justicia que respaldan la legitimidad de la certeza del derecho finalmente determinado en sus resultados. Por ello, el Debido Proceso Legal –que garantiza la correcta aplicación y vigencia del proceso judicial– es a su vez garantía de una tutela judicial efectiva y ello, a su vez, es elemento indispensable para la consecución de la finalidad del propio proceso judicial.»

En el presente caso, el proceso antecedente está conformado por una acción de amparo constitucional que el demandante interpuso y ganó, como garantía judicial en la protección de los derechos constitucionales en tanto afectado-demandante. En consecuencia, la pregunta que consecuentemente puede hacerse en este caso es la siguiente: ¿puede una Acción de Amparo Constitucional constituir válidamente el proceso antecedente de la acción *nulificante* de que trata el artículo 178 del Código Procesal Civil?

No parece que la respuesta determine que ello sea factible ni válidamente procedente, independientemente de que el pretensor de esta acción nulificante sea el Estado o un particular, ya que para estos efectos da lo mismo.

En efecto, independientemente de la naturaleza del derecho que la pretensión judicial «ordinaria», «civil» o de orden «material» que, en general, pueda contener, es de advertirse que el proceso judicial normalmente responde a una dual finalidad: i) de modo concreto, solucionar

¹³ QUIROGA LEÓN, Aníbal, *op. cit.*, pp. 292 y ss.

un conflicto jurídico de intereses o resolver una incertidumbre jurídica, haciendo efectivos los derechos substanciales de las personas involucradas; y ii) de modo abstracto, otorgar paz social a la comunidad a través de los mecanismos de la administración de justicia (Art. III del Título Preliminar del Código Procesal Civil).

Por el contrario, la finalidad de la acción de amparo constitucional, prevista expresamente en la Constitución (art. 200, inc. 2, de la Constitución), se halla definida en los artículos 1 y 2 de la ley 23506, que a la letra dicen:

«Art. 1.— El objeto de las acciones de garantía es el reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional.»

«Art. 2.— Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión, de actos de cumplimiento obligatorio.»

Por lo demás, al ser hoy ésta una norma *pre-constitucional*, debe ser interpretada extensivamente a la luz del propio inciso 2 del artículo 200 de la Constitución¹⁴, que a la letra dice:

«Art. 200.— Son garantías constitucionales:

[...]

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. [Referido a la acción de hábeas data.]

No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de un procedimiento regular.» (El agregado es nuestro.)

La naturaleza jurídico-constitucional de la Acción de Amparo, harto diferente de la de una de carácter «civil» u «ordinario», sólo puede ser debidamente estudiada, analizada y aplicada a la luz del *Derecho Procesal Constitucional*, categoría jurídico-constitucional a la que, ciertamente, no alcanza el Código Procesal Civil. En esta línea de pensamiento, la naturaleza procesal de la acción de amparo puede ser definida como:

¹⁴ Texto según reforma constitucional aprobada por ley 26470, de 9 de junio de 1995.

«Un instrumento o medio jurídico de protección de derechos constitucionales distintos de la libertad individual, cuya procedencia circunscrita a casos de violación o amenaza inminente de violación de derechos de esa naturaleza, por acción u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona, tiene por objeto el reponer las cosas al estado anterior a dicha violación o amenaza inminente de violación, evitando de esta forma la consumación de un daño jurídico o irreparable. [...] 5.7. ¿Qué tipo de proceso es el Amparo? Habiéndose concluido que el Amparo es un proceso –por cierto, constitucional–, nos corresponde [...] analizar su tipología al interior de la Teoría General del Proceso, de tal forma de poder establecer si es uno de cognición [conocimiento], de condena, de ejecución o cautelar. [...] 5.7.4. Amparo - Proceso Cautelar. Habiendo sido descartados el “proceso de cognición”, el “proceso de condena” y el “proceso de ejecución” como categorías subsumidoras del contenido conceptual del Amparo, [...] corresponde en esta etapa analizar si la naturaleza procesal de la referida institución radica en constituir un Proceso Cautelar, tal y como ha sido individualizado y depurado en su calidad de categoría procesal para [estos] efectos [...]. A. La finalidad inmediata del Amparo es la cautela, defensa o preservación de los derechos constitucionales distintos de la libertad individual [...]; B. Si la plena vigencia de los Derechos Humanos, entrevista como una de las metas más importantes de las Constituciones Políticas, representa la situación normal del desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas, y de éstas entre sí, entonces la situación contraria o anormal estará referida a una en la que el Estado o las personas, en el desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas con otras personas, invaden sus esferas de derechos constitucionales [...]; C. Desde este punto de vista, los supuestos de violación o amenaza inminente de violación de derechos constitucionales, ante los cuales procede el Amparo, constituyen situaciones particulares de carácter anormal a la plena vigencia de los Derechos Humanos instituidas por la Constitución; D. Ahora bien, si por daño irreparable entendemos la sustracción o disminución de un bien o la abolición o la restricción de un derecho, imposibles de ser revertidas a una situación anterior a su producción, debemos concluir que el Amparo también tiene por finalidad evitar la producción de un daño irreparable [...], se entiende que no tiene objeto –resultando improcedente¹⁵– cuando hay de por medio un daño irreparable, pues

¹⁵ A este efecto, el artículo 6, inciso 1, de la ley 23506, en su versión modificada por la ley 25011, señala textualmente que es improcedente la acción de garantía cuando ha cesado la

no puede volver las cosas al estado anterior y [...] cuando sí puede hacerlo, lo que hace en realidad [...] es evitar la producción de un daño irreparable. [...] habiendo constatado que el amparo se ajusta a la nota esencial y fundamental de los procesos cautelares, es necesario saber si tan noble institución se presenta en realidad como un proceso verdaderamente autónomo [...].»¹⁶. (Lo agregado es nuestro.)

En consecuencia, aparece evidente que la naturaleza jurídica de la acción de amparo constitucional dista mucho de la naturaleza jurídica de las pretensiones «ordinarias» sobre las que versa el Código Procesal Civil. En un proceso «ordinario» o «civil» de orden *legal-material* no cabe ni el concepto de *daño irreparable*, como causal de impedimento de la actuación jurisdiccional (principio *non liquet*, art. VIII del Título Preliminar del Código Civil, e inc. 8 del art. 139 de la Constitución Política del Estado), ni el concepto de *sustracción de la materia*, etc. En consecuencia, no aparece incluida ni susceptible de serlo válidamente por la vía de la interpretación extensiva del artículo 178 del Código Procesal Civil, la posibilidad del control de una acción de garantía constitucional (cualquiera ésta sea, a saber, amparo, hábeas corpus, hábeas data o acción de cumplimiento) por medio de la acción judicial de *nulidad de cosa juzgada fraudulenta*, aun cuando se alegue, con razón o sin ella, que en este proceso antecedente pudiere existir dolo, fraude o colusión. Siendo la acción de garantía constitucional protectora de los derechos fundamentales, y siendo el debido proceso una de las garantías constitucionales de la administración de justicia, protegidas precisamente por las acciones de garantía constitucionales (p. e., el amparo), resulta difícil conceptualizar que el amparo constitucional pueda ser instrumento procesal violador del debido proceso legal. Por lo demás, la doctrina del Derecho procesal constitucional determina unánimemente que el juzgador del amparo constitucional es un «juez constitucional», cuya premisa mayor del juzgamiento en el proceso de «subsunción normativa» es su *interpretación vinculante* de la Constitución. Resulta incompatible con tal doctrina, e incongruente con sus postulados, que dicho «juez constitucional» pueda luego ser objeto de «revisión» por otro magistrado, en otro proceso no constitucional, en la búsqueda de una pre-

violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o cuando la violación ha devenido irreparable.

¹⁶ HEREDIA MENDOZA, Madeleine, *Naturaleza procesal de la acción de amparo*, Cult. Cuzco S.A., Biblioteca Universitaria de Derecho Constitucional, Anibal Quiroga León-Director, Lima, 1995, pp. 39 y ss.

tensión legal-material de la que el proceso antecedente carece por sí mismo sin el auxilio de una prestación constitucional.

4 Conclusiones

i) Por todo lo expuesto, resulta evidente que no resulta procedente que una acción de amparo constitucional constituya el antecedente judicial de una acción *nulificante de nulidad de cosa juzgada fraudulenta* de que trata el artículo 178 del Código Procesal Civil.

ii) Una Acción de Amparo Constitucional, con calidad de cosa juzgada constitucional favorable al demandante, no puede ser controlada por ninguna acción judicial ulterior de ninguna índole, naturaleza o denominación, indistintamente de quién sea (Estado o particular) el que pretenda ser accionante válido de esta ulterior acción judicial.

iii) No parece procedente ni adecuado plantear una acción de amparo constitucional contra la resolución ministerial autoritativa del inicio de la acción de nulidad de cosa juzgada fraudulenta, por cuanto ésta —si bien improcedente y carente de fundamento legal— no constituye por sí misma acto violatorio, o amenaza de violación cierta, de derecho constitucional del justiciable. Para la procedencia válida de una acción de amparo constitucional, son tres las premisas subsidiarias-prelativas que deben absolverse, a saber: i) Cuál es el derecho constitucional afectado; ii) Cuál es el hecho violatorio, y iii) Cuál es la relación de causalidad temporal entre el derecho afectado y el hecho afectante, donde la absolución negativa de cualquiera de estas imprescindibles interrogantes da como resultado la no viabilidad jurídica de tal acción de garantía constitucional. Si bien es cierto la autoridad de cosa juzgada es una garantía constitucional de la administración de justicia (Art. 139, inc. 13 *ab-initio*), y su vulneración puede dar lugar a una acción de garantía constitucional, esta vulneración no es razonable entenderla en el inicio de una posible acción judicial (hecho violador) destinada a enervar (con razón o sin ella) precisamente el carácter imperativo de tal cosa juzgada, tanto más si el ordenamiento jurídico interno prevé un mecanismo apropiado e idóneo para la defensa de tal autoridad de cosa juzgada cuando en juicio posterior se la pretenda desconocer (excepción de cosa juzgada).

iv) Por ello, si se inicia un proceso por sobre la autoridad de cosa juzgada, aun cuando sea el proceso destinado a cuestionar tal autoridad,

el mecanismo procesal precedente para defender el derecho del titular de la cosa juzgada está consagrado en el inciso 8 del artículo 446 del Código Procesal Civil, como «*excepción de cosa juzgada*». El inicio de una acción judicial, por más inadmisibile o improcedente que fuere, constituye el ejercicio regular de un derecho y la puesta en lícito debate judicial de una pretensión jurídica que el demandante arguye como incierta. En consecuencia, ello en sí mismo no importa violación constitucional defendible a través de una acción de garantía, al margen de que la autoridad de cosa juzgada sea defendible por el medio procesal ya reseñado y que la demanda en sí misma resulta manifiestamente improcedente y carente de una relación jurídico-procesal válida, susceptible de la aplicación de los artículos 465, incisos 1 y 2, y 467 del Código Procesal Civil.

v) No encontramos posibilidad jurídica de detener el inicio de tal proceso judicial, sin perjuicio de que el juez de la causa *nulificante* inadmita en el acto de su calificación tal demanda por carecer de pretensión jurídica válida. De no hacerlo, además de la excepción de cosa juzgada ya expresada, el tema puede volverse a plantear en la contestación a la demanda y en el acto del saneamiento procesal.

vi) De iniciarse la causa *nulificante*, inevitablemente sería su objeto *rejuzgar* lo mismo que fue materia de la acción de amparo antecedente. De encontrar el juez *nulificante* precedente dicha causa, estaría obligado a volver sobre el fondo de lo que fue juzgado en el amparo constitucional, sólo si determina de modo previo y necesario que en dicha causa antecedente ha habido dolo, fraude, colusión o violación cierta del derecho al debido proceso legal del demandante de la causa *nulificante*. En ello debe considerarse cumplida la *triple identidad* que exige la procedencia de la excepción de cosa juzgada.

vii) Si el juez *nulificante* admitiese tal demanda, sin amparar la excepción ni desestimarla en el auto de saneamiento, resolviendo luego en la sentencia su improcedencia, el demandante puede interponer recurso de apelación ante la Corte Superior de Justicia respectiva, en uso del derecho constitucional a la instancia plural. De ser la Corte Superior, Sala Civil, del mismo parecer, el demandante perdedor tendría la posibilidad de plantear recurso de casación civil, alegando quebrantamiento esencial de forma (*error in procedendo*) o error en el juzgamiento (*error in iudicando*), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 386 del Código Procesal Civil. En su oportunidad, en este caso la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República podrá —si comparte el criterio del recurso de casación— disponer su admisión y resolución con los efec-

tos que señala el artículo 396 del Código Procesal ya acotado. La participación de la Corte Suprema, en este caso, es discrecional y facultativa.

viii) Debe procurarse una *reforma* del artículo 178 del Código Procesal Civil que delimite los alcances materiales de su contenido (p. e., sólo a los procesos «de conocimiento» y a los «abreviados»), dejando fuera de su control los denominados, con mucho candor y poco estilo, «sumarísimos», lo que excluiría del control del proceso nulificante a cualesquier otro proceso judicial tramitado bajo otras normas legales y que respondan a otra racionalidad normativa. Debe limitarse el sujeto activo del proceso a las partes, dejando fuera del mismo a las partes —por obvias razones, pues terminaremos haciendo de la mitad de los magistrados del Poder Judicial litigantes de cuanta causa se interponga en proceso nulificante en contra suya—, y estableciendo con mayor precisión los efectos del fallo nulificante (volver las cosas al estado anterior en el juzgamiento de la pretensión principal), pero en el *segundo proceso*, sin revivir el primero, por la caótica situación que ello actualmente supone.

San Miguel, Julio de 1996

Impunidad de personas con patrones culturales distintos¹

José HURTADO POZO

Introducción

De manera interesante, Luis Francia² aborda el complejo problema que representa la diversidad cultural de nuestra sociedad para el derecho penal. El esfuerzo hecho por el autor merece bien un comentario, un poco más extenso de lo acostumbrado, de parte de un viejo aficionado al derecho penal. El propósito es alentar el diálogo crítico y serio, que falta entre nosotros con frecuencia.

El título del presente comentario es una afirmación hecha por Francia de manera absoluta y reiterativa. Así, sostiene que «en ningún caso el derecho penal oficial penará a personas que hayan cometido un hecho delictivo en razón de un patrón general de valores culturales distintos a los del derecho penal oficial» (p. 511 s.) y, más brevemente, «el derecho penal oficial no tiene razón para penar a individuos con patrones culturales distintos» (p. 512).

Para llegar a esta conclusión, Francia parte, primero, de una serie de afirmaciones esquemáticas sobre el sistema penal oficial. Siguiendo los postulados de la criminología crítica, señala que el derecho penal legitima el sistema global; que, en la práctica, el derecho penal criminaliza de manera selectiva a los miembros de los sectores populares; que el derecho penal, en lugar de resolver conflictos, origina conflictos y problemas mayores; y, por último, que no brinda seguridad a la población, en contra de lo afirmado oficialmente.

¹ Dedicamos este modesto trabajo a Richi Villanueva, en agradecimiento a las horas que pasamos juntos discutiendo los aspectos centrales de la problemática apenas presentada y discutida en esta ocasión. Errores e imprecisiones son de nuestra sola responsabilidad.

² Luis FRANCIA, «Pluralidad cultural y derecho penal», en *Derecho*, PUCP, n.º 47, Lima, 1993, pp. 493 y ss.

Después de ubicar en este contexto el problema de la pluralidad cultural, Francia presenta y critica la manera como legislativamente se ha afrontado este problema. Así, critica el etnocentrismo con que se clasificó a los peruanos, en el Código Penal de 1924, en civilizados, indígenas semicivilizados y salvajes. Lo mismo hace con el tratamiento que se da a los dos últimos grupos, como incapaces o inmaduros. A todos ellos los considera normales y, en consecuencia, rechaza que su diversidad cultural sea regulada como si fuera un problema de incapacidad penal. Haciendo lo contrario, los redactores del Código de 1924 proclamaron falsamente, según Francia, la «superioridad de la sociedad occidental sobre las demás, y también falsamente la superioridad del hombre occidental». De esta manera, llega a afirmar, primero, que el código derogado escondía «una política etnocida y violatoria del derecho a la autonomía cultural, a la diferencia e identidad cultural», y, segundo, que «era una manera de legitimar un modelo autoritario y antidemocrático» (p. 500).

Respecto al Código de 1991, Francia admite que lo dispuesto en el artículo 15 constituye un avance en la medida que reconoce la heterogeneidad cultural de nuestra sociedad y regula esta situación como un aspecto de culpabilidad. En su opinión, la solución es incompleta: no basta que se reconozcan los «diversos mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales», ya que es indispensable que se admita el reconocimiento del pluralismo jurídico: «es la meta hacia la que se aspira» (p. 509).

Inspirándose de ideas expuestas por Raúl Zaffaroni, Francia afirma que en el artículo 15 del Código Penal se ha previsto el «error culturalmente condicionado». Error que imposibilita la comprensión de la norma y la antijuricidad de la conducta, originado por el acondicionamiento cultural del individuo. En su opinión, es un «error invencible que excluye la culpabilidad y toda sanción penal». Esta interpretación sería la preferible porque, de un lado, es conforme a la concepción expuesta en el artículo comentado, y, de otro lado, «rechaza la asimilación del resto de culturas a la cultura occidental como propuesta política» (p. 511). El autor agrega de manera reiterativa que esta concepción «corresponde con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia; es una forma de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos» (p. 512).

Hasta aquí lo que dice el autor o, al menos, lo que nosotros creemos honestamente que dice y afirma.

2 Comentario

Siguiendo el mismo esquema escogido por Francia, el primer comentario que se impone concierne el marco ideológico en que ubica el problema tratado. Si la llamada «criminología crítica» ha mostrado, muchas veces y de modo bastante correcto, las deficiencias y paradojas del sistema penal predominante, no ha logrado elaborar un proyecto realista para substituir al sistema criticado. Esto se ha debido a que sus promotores no han estudiado suficientemente la realidad. En nuestro país, hasta donde conocemos, no existe simplemente este tipo de investigaciones. Lo que se hace es repetir los planteamientos teóricos y aplicarlos automáticamente con miras a explicar y enjuiciar el sistema de control penal. Así, se vuelve a cometer el error de siempre: aceptar teorías sin un análisis serio de nuestra realidad.

Francia no ignora este problema. Por lo que se satisface, desde el inicio, a fijar como pautas de su trabajo la afirmación de la «deslegitimación del sistema penal» y de la «necesidad de una alternativa al derecho penal», así como la de «aminorar los efectos negativos del sistema penal» (p. 494). Una discusión objetiva de los problemas relevados resulta imposible porque el autor no explica suficientemente qué quiere decir «deslegitimación del sistema». ¿Cuál es el criterio de referencia para determinar lo que es o no legítimo? ¿Este criterio es la concepción que él atribuye a la criminología crítica o los intereses de los marginados social y culturalmente (urbanos o rurales)? Tampoco explica cuál es la alternativa al derecho penal: ¿un nuevo derecho penal u otro derecho que no recurra a la pena? ¿nuevos derechos penales propios a cada grupo cultural o un derecho penal crítico, democrático para todos? Lo mismo sucede con sus afirmaciones respecto a lo que él llama «colonialismo jurídico», «discurso oficial irreal», «dogmática crítica», «política etnocida», «autonomía cultural».

Este lenguaje genérico puede ser persuasivo por su connotación emotiva, pero no por su fuerza descriptiva de una realidad suficientemente investigada. Esto se pone, particularmente, en evidencia, cuando sugiere que la solución se encuentra en el reconocimiento, primero, del pluralismo jurídico, sin precisar su índole y sus alcances (p. 517); segundo, de los «mecanismos de regulación social y resolución de conflictos no oficiales», sin decir que «hoy cohabitan con nosotros 72 etnias campesinas y nativas» (Jorge Paredes Laos, «El Dominical» de *El Comercio*, 6.8.95); pero afirmando, al mismo tiempo, que esos mecanismos van «convirtiéndose poco a poco en una forma de reproducción de una nueva cultura y de un poder alternativo y paralelo al oficial» (p. 518), y que tal solución «es la muestra de vitalidad de una cultura que luego de 500

años de sometimiento se creía en vías de desaparición» (p. 518). Conviene preguntarse: ¿de qué cultura se trata: la andina, la quechua, la aymara, la campa, la aguaruna? ¿y por qué no la negra, la china, la japonesa o la árabe? O en palabras de especialistas: «¿qué puede significar la “revitalización de la cultura indígena”, si ya esta cultura no existe como tal, sino profundamente moldeada en torno a nuevos polos de significados, sociabilidad e intercambio?» (Thierry Saignes, «¿Es posible una historia “chola” del Perú?», en *Allpanchis*, 35/36, vol. II, p. 650).

Mediante este razonamiento no hacemos sino llevar hasta sus últimas consecuencias las afirmaciones perentoriamente hechas por Francia, quien, sin darse cuenta (pero honestamente), abre la puerta a soluciones peligrosas o poco viables. Por ejemplo, el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales; comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balkanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas.

A un nivel más concreto se debería aceptar, por ejemplo, que los árabes musulmanes, residentes en nuestro país, practiquen la obliación del clítoris de las niñas por constituir una de sus pautas culturales; que el marido o amancebado, por la misma razón y en ciertos sectores de la sociedad, maltrate a su mujer; que algunas comunidades apliquen castigos corporales a sus miembros cuando así lo establezcan sus costumbres.

Ésta no es, sin duda, la idea de Francia. Así se desprende de su reconocimiento de las deficiencias que tienen los «mecanismos no oficiales [...] ya sea a nivel de derechos humanos o de democratización de su interior». Dos criterios propios a la cultura occidental que parecen ser también utilizados por el autor para determinar, en su lenguaje, la «deslegitimación» del sistema penal oficial y la legitimidad del sistema alternativo (no revelado).

3 Interpretación del artículo 15 del Código Penal

Esta manera de analizar, consistente en partir de una concepción determinada (la criminología crítica) para describir una realidad (el sistema penal), sin investigar mayormente los hechos y sin explicar suficientemente las apreciaciones de valor expresadas, es igualmente utilizada por Francia para estudiar el artículo 15 del Código Penal.

En un primer momento, basado en una escasa bibliografía y, sobre todo, foránea, expone lo que él denomina la «teoría general del error».

Así, pasa revista sucintamente a las nociones de error de tipo y de error de prohibición, comprendiendo en éste el llamado «error de comprensión», introducido, en su opinión, por Raúl Zaffaroni, teniendo en cuenta la «realidad latinoamericana» (p. 503). Siempre según Francia (p. 504), este error afecta la comprensión de la norma penal y la antijuricidad de la conducta, y es un error que se presenta en dos formas: la conciencia disidente («dificultad en la comprensión por un patrón general de valores distinto al derecho penal oficial, lo que lleva a un deber de conciencia de desobediencia a la ley penal») y el error de comprensión culturalmente condicionado («la comprensión es imposibilitada por el condicionamiento cultural»). En el primer caso, la culpabilidad es atenuada, y, en el segundo, excluida, porque, según el autor, siempre es un error inevitable (pp. 508, 520).

Sobre esta base teórica, Francia plantea dos posibles interpretaciones del artículo 15. La primera se desprendería de lo afirmado en la exposición de motivos del Código y admitiría que en el artículo 15 sólo estaría prevista la «figura del error de comprensión culturalmente condicionado». Su efecto dependería de la «posibilidad de comprensión»: si se halla «imposibilitada se eximirá de pena y cuando solamente se encuentre disminuida se atenuará la pena».

El autor rechaza esta primera interpretación. Primero, porque de admitirla «iríamos en contra de la doctrina que hemos venido siguiendo, la cual unánimemente [!] señala que ante un error de comprensión culturalmente condicionado la pena se excluye al no haber culpabilidad por ser este error siempre un supuesto de error invencible». Se trata de un «argumento de autoridad» porque, de un lado, puede ser resumido diciéndose: «esta interpretación es inaceptable por lo ya dicho por Zaffaroni»; de otro lado, la interpretación que descalifica a la primera no ha sido deducida de la disposición legal (art. 15). Su origen está más bien en la afirmación, expresada como dogma: «el habitante de otra cultura no tiene cómo evitar el error y el derecho no puede exigirle dicha comprensión».

La segunda interpretación consiste en comprender que el artículo 15 prevé dos casos: primero, el de la conciencia disidente cuando se refiere a la costumbre; que determina, según Francia, la atenuación de la pena porque el agente del hecho delictuoso obra «sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito». Segundo, el caso en que el autor «por su cultura no puede comprender [absolutamente, agregamos nosotros] el carácter delictuoso de su acto» (p. 512). Lo determinante sería, entonces, la diferencia existente entre cultura y costumbre. El término *cultura* indicaría que «el individuo se ha desarrollado con patrones culturales distintos a los del derecho penal oficial y por ello está imposi-

bilitado para la comprensión de la norma penal». El vocablo *costumbre* señalaría «un conjunto de patrones y valores que tiene el individuo, los que originan una exigencia de no obediencia a la norma penal» (p. 512).

El argumento decisivo, sin embargo, para tener esta segunda interpretación como la correcta, es el mismo argumento invocado para rechazar la primera. Francia vuelve a repetir (p. 512): por considerarla «acorde con la doctrina seguida y por corresponder con una línea que opta por una sociedad democrática, respetuosa del derecho a la diferencia». Su objetivo ideológico lo manifiesta al final de este párrafo, diciendo que la segunda interpretación «es una forma de disminuir el ámbito de aplicación y ejercicio del sistema penal, así como de disminuir el actuar violento del sistema penal y sus efectos negativos».

4 Comentario

Esta sucinta presentación del análisis que hace Francia del artículo 15 del Código Penal muestra su peculiar manera de proceder. Con una finalidad ideológica hace decir a esta disposición legal lo que él considera justo de acuerdo con una concepción del sistema penal, escogida, previamente, como la única democrática, culturalmente diversa e idónea para eliminar los efectos negativos del sistema penal oficial.

En el procedimiento, este razonamiento es muy similar al practicado por los dogmáticos jurídicos tradicionales tan cuestionados por la criminología crítica: un conjunto de principios, teorías o dogmas son considerados como absolutamente verdaderos, y, con su ayuda, se debe explicar, completar o no aplicar disposiciones legales que los contradigan.

Si por interpretación entendemos que es dar un sentido a una disposición legal, el punto de referencia primario e indispensable es el texto legal. El autor del artículo comentado no utiliza debidamente el método literal. Los términos *cultura* y *costumbres* no le merecen sino dos breves apreciaciones dogmáticas. Lo mismo hace con las fórmulas «sin poder comprender» o «determinarse de acuerdo a esa comprensión». De haberlo hecho con atención, seguro que se hubiera preocupado por la similitud del artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20 del Código Penal. Según este último, el artículo 20, se exime de responsabilidad a quien «por anomalía síquica, grave alteración de la conciencia o por sufrir alteraciones en la percepción, que afectan gravemente su concepto de la realidad, no posea la facultad de comprender el carácter delictuoso de su acto o para determinarse según esta comprensión». En el artículo 15 se establece la misma consecuencia en relación a quien «por su cultura o costumbres

comete un hecho punible *sin poder comprender el carácter delictuoso* de su acto o *determinarse de acuerdo con esa comprensión*». De modo que hubiese podido preguntarse si, a pesar de la diferencia lingüística, las dos primeras fórmulas no significan lo mismo. Es decir, si «no poder comprender» no es lo mismo que «no poseer la facultad de comprender». En la misma perspectiva, se podría reflexionar si «poder» y «facultad» no se refieren a la capacidad de poder hacer algo; en el caso concreto, de comprender el carácter delictuoso del acto. Tener en cuenta lo que dicen las demás disposiciones legales para mejor comprender el sentido de la norma que se interpreta, constituye el método sistemático. Su aplicación, relacionando el artículo 15 con el inciso 1 del artículo 20, le hubiera permitido percibir una similitud mayor: ambas disposiciones tienen la misma estructura. La no comprensión del carácter delictuoso del acto o la incapacidad de determinarse son los efectos, en el caso del artículo 15, de la «cultura» o de las «costumbres» del agente, y, en relación con el artículo 20, inciso 1, de una «anomalía síquica», «grave alteración de la conciencia» o «alteración de la percepción». Todas estas circunstancias pueden provocar la incapacidad total de comprender o de determinarse; pero también sólo su disminución parcial (art. 15 *in fine*, art. 21).

De modo que Francia desnaturaliza totalmente el texto legal cuando establece dos hipótesis diferentes: según la primera, las costumbres determinarían una disminución del poder de comprender, y, de acuerdo con la segunda, la cultura impediría comprender totalmente el carácter delictuoso del acto. Y esto porque de acuerdo con el dogma del que parte, el artículo 15 debe regular el error de comprensión culturalmente condicionado. Así, olvida completamente que el artículo 15 se refiere igualmente al hecho de que el agente no pueda determinarse, total o parcialmente, según la comprensión que tiene del hecho. No ve, de esta manera, que el artículo 15 supone también la posibilidad de que el agente comprenda el carácter prohibido de su acto pero que no sea capaz de determinarse de acuerdo con esta apreciación y esto debido a su «cultura» o a sus «costumbres».

Francia hubiera evitado esta especie de ceguera, debida a la ideología que le esconde la realidad (la disposición legal en vigencia), si hubiera recurrido al método histórico. Es decir, si hubiera indagado sobre los antecedentes legislativos del artículo 15. Se contenta con recordar la propuesta de Zaffaroni, sin tener la curiosidad de buscar si este autor argentino no había, alguna vez, concretado su idea en algún proyecto o fórmula legislativa. Ahora bien, Zaffaroni ha inspirado claramente la recomendación siguiente: «que se elaboren conceptos doctrinarios que permitan concluir en la inculpabilidad de cualquier persona que, debido a las pautas de su propio grupo cultural, no pueda ajustar su conduc-

ta a las pautas jurídicas o culturales dominantes» (Zaffaroni, *Sistemas penales y derechos humanos en América latina*, p. 58).

Pero como toda propuesta es, generalmente, la conclusión de una evolución de ideas, cabe plantearse si la propuesta de Zaffaroni no modificaba y corregía algunas propuestas anteriores. Señalemos, por ejemplo, el proyecto boliviano de 1964, en la medida en que disponía: «el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena», y el proyecto venezolano de 1948, artículo 13, que estatuye: «el juez podrá declarar inimputable al indígena que cometa un [...] delito, teniendo en cuenta su incapacidad para comprender o querer, derivada de su inadaptación cultural».

A pesar de la intención de los redactores del artículo 15, expuesta en la exposición de motivos del Proyecto, esta disposición parece afiliarse más al proyecto venezolano, que prevé una causa de inimputabilidad, que al boliviano o a la propuesta de Zaffaroni, que tratan de una circunstancia de inculpabilidad. Esta diferencia posible entre lo que los proyectistas peruanos quisieron prever y el texto que redactaron, permite aceptar que la voluntad del legislador tampoco justifica la interpretación considerada como la verdadera por Francia.

El objetivo que tiene en cuenta Francia para interpretar el artículo 15 puede ser considerado como el mismo que tuvieron los redactores del proyecto: tener en cuenta la pluralidad cultural de nuestra sociedad y así lograr que la reacción punitiva sea practicada atendiendo la especificidad de las pautas de conducta admitidas por el autor del delito. También es aceptable la idea de que el derecho penal debe ser conforme a los principios de democracia, pluralismo cultural y respeto de los derechos humanos.

5 A manera de conclusión

Uno de los factores que provoca la ambigüedad del discurso de Francia cuando se refiere al «sistema penal oficial», al «discurso oficial», al «sistema oficial», a la «regulación social y resolución de conflictos oficiales», es el hecho de que no precisa el sentido de estas expresiones. No se sabe con certeza si se refiere al discurso demagógico de los representantes del poder, al sistema real resultante de las constantes violaciones de los principios y disposiciones constitucionales, o al sistema formal estatuido mediante la Constitución. Por esto sólo resulta posible confrontar su propuesta de interpretación del artículo 15 con el marco constitucional oficial, el mismo que casi siempre resulta siendo, sobre todo en países

como el nuestro, más un proyecto político a realizarse que la regulación de una situación existente.

Otro factor, relacionado con el que viene de ser mencionado, es el esquema maniqueísta en el que encierra su análisis: la alternativa fatal entre «mundo indígena» y «mundo occidental u oficial». Francia mismo trata de salir de esta dicotomía, pero sin llegar a considerar suficientemente los cambios que se han producido y se producen actualmente debidos a la cohabitación e influencias recíprocas (aunque no igualitarias) iniciadas brutalmente con la Conquista. Su defensa de los indígenas, que comprendemos y compartimos, no debe hacer olvidar la complejidad y riqueza del proceso histórico y social que ha dado lugar al Perú actual. Por ejemplo, el pedido de ciudadanía por los caciques y ayllus consistió en exigir tanto sus plenos derechos de fieles «vasallos» del rey de España como su *status* de plena humanidad. Lo que tenía como consecuencia evitar que un sector de los grupos dominantes encerrase el mundo indígena en su «indianidad», para continuar discriminando y explotando a sus miembros.

Para evitar estos inconvenientes, hubiera sido necesario que Francia planteara mejor el problema del pluralismo cultural y evitara los argumentos demasiado dogmáticos, tanto sobre el sistema de control penal como sobre las nociones de derecho penal que analiza. Esto lo hubiera llevado a discutir la manera como la Constitución regula el multiculturalismo y las jurisdicciones no oficiales. En particular, el artículo 149, que dispone: «las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona».

Si hubiera reflexionado sobre este aspecto, seguro que habría cuestionado que se exija, en general, a toda autoridad campesina o nativa, que, al ejercer su jurisdicción conforme al derecho consuetudinario de su comunidad, se plantee la conformidad de éste con los «derechos fundamentales». El conocimiento de éstos supone una relativa integración al sistema oficial. Se habría interrogado si el factor cultural o las costumbres que determinan la incapacidad de comprender o de determinarse, según el artículo 15, deben ser pautas culturales que no contradigan los derechos fundamentales, o si debe considerarse, como lo sugieren los partidarios del relativismo de los derechos humanos, la concepción que cada grupo cultural tiene de los derechos fundamentales.

Las respuestas o explicaciones dadas a estos problemas generales condicionan la solución de los problemas de orden penal y, en especial, la manera de comprender y aplicar los artículos 15 y 20, inciso 1, del Có-

digo Penal. Dada la naturaleza de esta nota, no nos es posible ir más allá de las explicaciones y sugerencias que hemos hecho al momento de comentar las afirmaciones de Francia. Además, debe tenerse en cuenta que el objetivo principal de esta nota es el de analizar sobre todo la manera como Francia, a pesar de sus conocimientos y seriedad, aborda la interpretación de la ley; mejor dicho, cómo hace dogmática penal.

Bibliografía

- ALBO, Xavier (compilador)
1988 *Raíces de América. El mundo aymara*. Madrid.
- ARDITO VEGA, Wilfredo
1994 «¿Son los derechos humanos un concepto universal?», en *Desfaciendo Entuertos*, n.ºs 3-4, octubre, p. 31.
- BALLÓN AGUIRRE, Francisco
1988 *Etnia y represión*. Lima.
- BENÍTEZ N., Hernán Darío
1988 *Tratamiento juridicopenal del indígena colombiano: ¿inimputabilidad o inculpabilidad?* Bogotá.
- CORNEJO POLAR, Jorge
1991 «El Estado peruano y la cuestión del pluralismo cultural», *Cuadernos de Historia*, XIII, Universidad de Lima. Facultad de Ciencias Humanas, Lima.
- GARCÍA SÁNCHEZ, Joaquín
1995 «Amazonía en el proceso de pacificación», en *Culturas amazónicas y política nacional: un nuevo diálogo*. CAAAP, Lima, p. 29.
- HURTADO POZO, José
1979 *La ley importada. La recepción del derecho penal en el Perú*. Lima.
- KAPSOLI, Wilfredo
1980 «El pensamiento de la Asociación Pro-indígena». *Debates Rurales* 3. Cusco.
- LLANQUE CHANA, Domingo
1990 *La cultura aymara. Destrucción o afirmación de identidad*. Lima.
- MARTÍNEZ, Ana Teresa
1995 «Pluralismo jurídico y diversidad cultural», en *Filosofía y sociedad. En busca de un pensamiento crítico*. Lima, p. 37.

- MARTINON, Jean-Pierre
1987 «Culture (Sociologie de la)», en *Eyclopaedia Universalis*, vol. 5, París.
- MÉNDEZ, Cecilia
1990 «Los indios, la independencia y la herencia colonial; algunas reflexiones», en *Allpanchis*, n.º 35/36, vol. I, p. 139.
- PEASE G. Y., Franklin
1992 *Perú: hombre e historia. Entre el siglo XVI y el XVIII*, vol. II. Lima.
- PEÑA JUMPA, Antonio
1994 «Pluralismo jurídico en el Perú», en *Desfaciendo Entuertos*, n.º 3-4, octubre, p. 11.
- POZZI ESCOT, Inés
1990 «Balance y perspectivas de la educación para poblaciones indígenas en el Perú: 1990», en *Allpanchis*, n.º 35/36, vol. II, p. 393.
- ROSSI, Pietro (editor)
1970 *Il concetto di cultura. I fondamenti teorici della scienza antropologica*. Traducción de Daniele Pianciola. 2.ª ed., Torino.
- SAIGNES, Thierry
1990 «¿Es posible una historia “chola” del Perú?» (Acerca del nacimiento de una utopía de Manuel Burga), en *Allpanchis*, n.º 35/36, vol. II, p. 635.
- SPALDING, Karen
1974 *De indio a campesino. Cambios en la estructura del Perú colonial*.
- URTEAGA CROVETTO, Patricia
1994 «Pluralismo legal y semi-autonomía», en *Desfaciendo Entuertos*, n.º 3-4, octubre, p. 15.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel
1994 «Apuntes sobre el artículo 149 de la Constitución peruana: alcances, límites, consecuencias y retos», en *Desfaciendo Entuertos*, n.º 3-4, octubre, p. 19.
- YRURETA, Gladys
1981 *El indígena ante la ley penal*. Caracas.
- ZAFFARONI, Eugenio R. (coordinador)
1986 «Sistemas penales y derechos humanos en América latina (informe final)». Documento final del programa de investigación desarrollado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1982-1986). Buenos Aires.

El *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú. Estudio comparado

Juan MORALES GODO

1 Introducción

El derecho a la vida privada, o derecho a la intimidad –como se le conoce en el Perú y en la mayoría de los países que pertenecen a la familia romanogermana–, o el *right of privacy* –como se le denomina en los Estados Unidos de América–, cobra singular importancia para el hombre contemporáneo. «Es el derecho más estimado por los hombres civilizados», como lo señaló Louis Brandeis¹. La multiplicidad de formas –cada vez más sofisticadas– que existen para vulnerar la vida privada de las personas, por distintas motivaciones, han colocado al ser humano en una situación de peligro permanente. Por razones mercantiles (en algunos casos), de orden político (en otros), a cargo de particulares o del Estado, el ser humano se ve expuesto a las intromisiones en su hogar, en sus comunicaciones, en su tiempo libre, etc., trasgrediéndose este derecho que es la expresión de la libertad y dignidad del hombre.

Sin embargo, el desarrollo de este derecho no ha sido igual en todos los países. En el caso peruano su desarrollo ha sido incipiente, y si bien se han dado enormes pasos en el campo legislativo al incorporar este derecho en diversos cuerpos normativos –como la Constitución Política del Estado de 1979 (y posteriormente en la de 1993), el Código Civil de 1984 y el Código Penal de 1991–, el desarrollo jurisprudencial es prácticamente nulo, y en la doctrina poco se ha investigado².

¹ Louis BRANDEIS, abogado norteamericano que luego fue designado magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, conjuntamente con Samuel Warren escribieron en 1890 un ensayo titulado *The Right to Privacy*, que es considerado como el origen del derecho a la vida privada.

En el Perú se ha puesto el acento en la defensa ante la intromisión de terceras personas en los aspectos propios de la vida privada, y en el control de la información o divulgación de algún hecho concerniente a la intimidad; sin embargo, no se ha desarrollado el aspecto relativo a la autonomía, que cobra importancia para el hombre contemporáneo por cuanto implica la posibilidad de adoptar las decisiones más importantes de su existencia, libre de manipulaciones. Este aspecto está relacionado con la formación del ser humano en la sociedad actual.

Si consideramos que la intimidad es el rincón de la creatividad, de la reflexión, de la vuelta hacia sí mismo, para, tomando conciencia de sí, de sus opiniones, de sus ideas, volcarse al exterior, ese espacio indudablemente debe ser auténtico. Pero la sociedad presiona invadiendo ese espacio desde la niñez, tratando de formar hombres comunes, con ideas semejantes, carentes de espíritu crítico, siempre en busca de liderazgos externos a él, los *idola fori* a que se refería Ortega y Gasset cuando describía al «hombre-masa». Es necia la posición cómoda que asume el hombre-masa que se niega a asumir su libertad por temor a ella, porque de hacerlo él sería el constructor de sí mismo. El hombre contemporáneo se niega a ello, y la sociedad, con los poderes establecidos, ejerce una presión permanente, encandilando al ser humano con cantos de sirena, haciendo que se olvide de sí mismo, alienándolo, papel para el cual los medios de comunicación masiva prestan su apoyo ofreciendo «lo que le gusta a la gente». El miedo a la libertad, como lo ha señalado Erich Fromm, es una renuncia a la autenticidad del ser, y en esta lucha a que se ve sometido el hombre contemporáneo, un bastión importante para la liberación es la vida privada, el respeto por ese espacio vital³.

Se compara el derecho a la intimidad desarrollado en el sistema jurídico peruano con el *right of privacy* norteamericano, fundamentalmente porque se considera que es en el *Common Law* de los Estados Unidos de América donde no sólo se originó, adquiriendo autonomía este derecho, sino donde se ha desarrollado en forma inusitada, tanto jurisprudencialmente como en la doctrina. Famosos son los precedentes norteamericanos, provenientes de las cortes de los distintos estados así como de la Corte Suprema Federal, que, tomando conciencia de la importancia de este derecho fundamental del ser humano, han protegido este aspecto de la vida en diversas proyecciones.

² El autor del presente ensayo ha publicado la obra *El derecho a la vida privada y el conflicto con la libertad de información*, Ed. Grijley, 1995, 413 pp.

³ Sobre estos temas leer las obras de Ortega y Gasset, *La rebelión de las masas*, y de Erich Fromm, *El miedo a la libertad*.

Se quiere tomar conciencia de los alcances que tiene el derecho a la intimidad en nuestro medio y de los alcances que el Derecho norteamericano le brinda. Por razones de espacio daremos una visión global de ambos sistemas, para desembocar en el análisis comparativo de los elementos conceptuales.

2 El *Common Law* norteamericano y el sistema jurídico peruano

2.1 Organización política y judicial

Se debe partir de la premisa de que estamos frente a dos sistemas jurídicos diferentes: el Derecho norteamericano pertenece a la misma familia del Derecho inglés, al *Common Law*, aun cuando entre ambos existen matices marcados que los diferencian; el sistema jurídico peruano pertenece a la tradición romanogermánica. Estos sistemas jurídicos están insertos en sistemas políticos, también distintos.

Una de las dificultades para el estudio comparativo de los dos sistemas es la noción del Estado federal. Cada uno de los estados, en el país del norte, tiene su propio Derecho, es decir, existen cincuenta Derechos particulares que obedecen a sus propias leyes, entre ellas la Constitución, con un sistema judicial propio. A ello hay que sumar un Estado federal que se impone a todos los estados de la Unión, con una Constitución Federal, un Congreso que dicta leyes dentro de los parámetros establecidos en la Constitución, y un sistema judicial federal que revisa, en última instancia, los casos resueltos por los tribunales supremos de los estados.

La existencia de dos jurisdicciones: de un lado, la de cada estado en particular, y de otro lado, la Federal, con su organización propia, crea una serie de conflictos, como el de determinar la competencia de ambas jurisdicciones.

En nuestro sistema jurídico no existe esta complejidad que hemos expuesto, ya que somos un Estado unitario y, por ende, con un ordenamiento jurídico único y con una organización judicial única. No existe superposición de jurisdicciones, como no existen conflictos de leyes entre las distintas regiones que integran el país. El artículo 43 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que su gobierno es unitario, calificando al Perú como una república democrática, social, independiente y soberana.

2.2 Las fuentes del Derecho

Se ha considerado necesario referirse muy brevemente a las fuentes en ambos sistemas jurídicos, como base para desarrollar la comparación de los elementos conceptuales del *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú, lo que va a permitir determinar el objeto de estudio con el uso de las fuentes adecuadas que permitan observar la evolución del derecho en ambos ordenamientos jurídicos.

La fuente principal en el *Common Law* norteamericano, contra lo que generalmente se piensa, no es la costumbre; tampoco lo es la legislación, a pesar de las innumerables leyes estatales y federales que se promulgan, y si bien la Constitución es la norma fundamental que sustenta todo el sistema jurídico y que constituye el parámetro que determina la vida social, son los precedentes judiciales, la jurisprudencia de los tribunales, la fuente principal del Derecho norteamericano. Por ello se dice que el sistema norteamericano es esencialmente un Derecho judicial.

El Derecho federal tiene como fuentes, en primer lugar la Constitución; luego las decisiones judiciales que interpretan la Constitución. Sin embargo, Tunc⁴ pone en duda esta aseveración, indicando que las decisiones judiciales se colocarían encima de la Constitución, ya que para el sistema «la ley es lo que el juez dice que es». Al lado de la Constitución se consideran los principios del *Common Law*, y por último se tiene la ley federal.

En cuanto a las fuentes de Derecho de los estados, figura en primer lugar la Constitución, luego las decisiones judiciales que la interpretan, además de los principios del *Common Law* que le dan fuerza, y después viene la ley.

Freund⁵ nos recuerda que Alexis de Tocqueville había observado que los problemas principales de la vida norteamericana tarde o temprano resultan ser cuestiones que deben decidir los tribunales. La historia del Poder Judicial norteamericano es una demostración palpable de dicha afirmación. Los problemas trascendentales de la sociedad norteamericana han transitado por los tribunales y han merecido la reflexión y la decisión de los jueces. A la par, la opinión pública norteamericana ha seguido las decisiones con sumo interés, y es que los problemas que se resuelven concitan la atención del ciudadano.

⁴ TUNC, André, y TUNC, Suzanne, *El Derecho de los Estados Unidos de América*, p. 20.

⁵ FREUND, Paul, «La Suprema Corte», en *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, p. 75.

El carácter judicial del Derecho norteamericano hace que el juez tenga poderes amplios, limitados únicamente por la Constitución nacional; sin embargo, como lo han señalado algunos autores, entre ellos John P. Dawson⁶, no se vaya a concluir que esta apertura del sistema norteamericano no tenga parámetros —uno de los cuales es la Constitución de la nación—, pero los mismos precedentes se convierten en límites formidables para el juez, ya que tendrá que resolver en los mismos términos que el precedente ante un caso similar. No obstante, se reconoce que el juez no está obligado en forma absoluta a seguir el precedente, pero de no hacerlo tiene que justificar su nueva concepción con argumentos o motivaciones que, finalmente, pudieran convertirse en un nuevo precedente. Así, surge una garantía contra la arbitrariedad: la motivación de las resoluciones. Encontraremos allí las razones de la variación, y las mismas servirán de guía para las futuras reflexiones y valoraciones de los nuevos casos que se presenten. Y así avanza y se desarrolla el Derecho norteamericano: en base a las resoluciones judiciales que constituyen verdaderas creaciones jurídicas. Caso por caso, se van extrayendo los principios reguladores de las instituciones que se plantean en el conflicto.

Por eso su resistencia a la codificación, aun cuando se reconoce algunas bondades en ella; sin embargo, los norteamericanos comprueban finalmente que en los sistemas codificados, como es el caso nuestro, el peligro es que la norma se anquilose y no marche al ritmo de la sociedad y de las nuevas tendencias de vida.

La importancia que tiene el juez en el sistema norteamericano es enorme. El juez no es un funcionario más del Estado. Hay un esmero por la selección de los jueces, quienes provienen de diversas canteras del ejercicio profesional. No es una carrera judicial la que existe en el sistema norteamericano, sino que se selecciona a los mejores juristas de distintas actividades, quienes, por su desempeño profesional y su probidad, merecen tal designación o elección.

En el sistema jurídico peruano la fuente principal es la legislación. La jurisprudencia y la doctrina coadyuvan en el desarrollo del Derecho, pero no lo determinan. La costumbre es fuente supletoria en nuestro sistema, por más que algunos juristas han encontrado en algunas normas referencias directas e indirectas. «La ley sólo se deroga por otra ley», dice el artículo I del Título Preliminar del Código Civil; significa que ni

⁶ DAWSON, John, «Las funciones del juez», en *Diversos aspectos del Derecho en los Estados Unidos*, p. 75.

la costumbre ni la doctrina pueden derogar una ley; el juez está en la obligación de aplicar la ley, aun cuando el artículo VII del Título Preliminar del código antes mencionado se refiera a «norma jurídica», pudiendo considerarse dentro de dicho concepto a la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina.

Nuestro punto de vista es que ambos sistemas podrían tener una semejanza mayor, en relación a los precedentes judiciales (*stares decisis*), si es que los magistrados peruanos tuvieran un mayor acercamiento a la doctrina, que es la que brinda la fuente de información, de tal suerte que las resoluciones judiciales se conviertan en auténticas guías en la reflexión para casos similares. Nos percatamos de que en la práctica judicial se revisan los fallos de la Corte Suprema porque se buscan antecedentes, y si bien estos precedentes en el Perú no son determinantes en la decisión del juzgador, en los términos que sí lo son en los Estados Unidos de América, sirven de influencia en el raciocinio de aquél.

Existe, pues, una ligera semejanza en cuanto a la jurisprudencia, apreciando también otra semejanza en cuanto a la legislación. En efecto, en los Estados Unidos se elaboran leyes, tanto a nivel estatal como a nivel federal, que regulan la conducta intersubjetiva de las personas; además existe la Constitución del Estado, que es la norma ubicada en la cúspide del sistema jurídico, a la que están sometidos todos los poderes, incluso el Poder Judicial, el mismo que está facultado para declarar la inconstitucionalidad de las leyes cuando se contraponen a la Constitución.

Parece ser, sin embargo, a pesar de lo expuesto, que existe una tendencia a suavizar la influencia de la jurisprudencia, como lo señala René David⁷, tornando el sistema en uno semejante al Derecho francés (romanogermánico).

En resumen: para el desarrollo del tema comparativo se ha recurrido a las fuentes principales de ambos sistemas: por un lado, a los precedentes de los tribunales norteamericanos, tratando de encontrar los perfiles del *right of privacy* y toda la amplia manifestación que se refleja en las resoluciones seleccionadas; y por otro lado, se ha recurrido a la legislación vigente en el Perú, tanto en la Constitución Política del Estado, como en el Código Civil y Código Penal vigentes. No se puede dejar de mencionar tampoco la referencia a la Constitución de los Estados Unidos de América, donde se configura el *right of privacy*.

⁷ DAVID, René, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, p. 296.

3 Elementos conceptuales del *right of privacy* norteamericano y su estudio comparativo con el derecho a la intimidad en el sistema jurídico peruano

Para poder establecer una comparación entre el *right of privacy* norteamericano y el derecho a la intimidad en el Perú, es preciso encontrar los elementos conceptuales que comprenden ambos derechos en sus respectivos sistemas. Para ello utilizaremos diversos casos resueltos por tribunales norteamericanos, ayudados por la clasificación que hace el decano de la Facultad de Leyes de la Universidad de California en Berkeley, William L. Prosser, quien al decir de Fernández de Zubiría⁸ ha efectuado, tal vez, «el análisis contemporáneo más importante sobre el derecho de privacidad». Para el caso peruano recurrimos a las normas civiles, constitucionales y penales que regulan la materia.

Según Prosser⁹, el *right of privacy* protege cuatro valores o bienes diferentes:

3.1 Actos de intrusión que perturban el retiro o soledad del individuo

The right to be let alone fue desarrollado por el juez norteamericano Thomas Cooley en su tratado del Derecho de Torts. El elemento que nos señala Prosser lo hemos encontrado en los siguientes casos:

– *Mc Daniel vs. Atlanta Coca Cola Bottling*¹⁰
(60 Georgia App. 92 2d.810. 1939)

La abierta, pública y persistente persecución de una persona, sin ninguna discreción ni secreto y de manera que se hace evidente al público que ella es perseguida y observada, constituyen los casos de «fisqueo», figura conocida en el Derecho norteamericano como «*peeping tom*», o sea, como el de la persona que atisba a través de la ventana u otros lugares análogos hacia la propiedad de otros, con el propósito de espiar o invadir la vida privada de las personas, así como la realización de cualquier acto de naturaleza similar.

⁸ FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA, Jaime, *Derecho de privacidad, Derecho internacional y derechos humanos*, p. 62.

⁹ *Ibidem*, p. 63.

¹⁰ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *El derecho a la intimidad en el Perú*, tesis para optar el grado de bachiller, Universidad Católica Santa María, Arequipa, Perú, 1981, p. 134.

En el caso que mencionamos, la empresa Coca Cola utilizó diversos métodos para presionar el pago de una suma de dinero adeudada por el actor a la referida empresa.

– *Parrish vs. Civil Service Comission*¹¹
(66 California 2d- 260. 1970)

Se destituyó a un asistente social porque se negó a ser copartícipe de un plan de la oficina de Bienestar Público de California, consistente en la «operación *bedchek*».

El plan consistía en acudir a los hogares de los indigentes que recibían ayuda del Estado, un domingo por la mañana, en las primera horas, y buscar si había «*unauthorized males*», (traducido al español: «varones sin permiso»).

La operación sería efectuada por dos personas: una estaría en la puerta de entrada y la otra en la puerta trasera y realizarían un registro entre ambos, evitando que pudiera salir persona alguna sin ser vista.

Parrish se niega a realizar la labor encomendada y es destituido de su trabajo. Al llevar la acción a los tribunales, Parrish levanta la defensa de que el método que le obligaban a emplear ofendía a la dignidad humana, siendo una violación constitucional a la intimidad de aquellas personas que serían investigadas. El tribunal, entonces, procedió a declarar inconstitucional el método «operación *bedchek*» (traducido al español: «operación de chequeo de camas») y restituyó al empleado en sus labores.

– *Schultz vs. Frankfurt*¹²
(130 Wisconsin. 2d.179. 1914)

En 1913 se entabla una demanda contra la Compañía de Seguros Frankfurt Company, que tenía en una acción civil como testigo adverso a Schultz, y mediante el uso de detectives y maquinaciones interferentes con su vida íntima trató que se mudara del lugar para que no declarara en la vista del caso. El Tribunal Supremo de Wisconsin calificó la conducta de la compañía aseguradora como equivalente a una conducta libelosa y ofensiva, procediendo a declarar la acción con un «sí ha lugar» al derecho a la intimidad invocado.

¹¹ *Ibidem*, p. 128.

¹² *Ibidem*, p. 125.

3.1.1 Comentario

Como podemos apreciar de los casos resueltos por tribunales norteamericanos, se protege a las personas de las intromisiones, del fisgoneo, de la persecución que perturba la vida privada. El derecho a la soledad encuentra su asiento como un aspecto de la vida privada de la persona.

En el Derecho peruano no tenemos una referencia expresa y precisa respecto a este elemento conceptual, pero ello no significa que no podamos hacer una interpretación extensiva del artículo 14 del Código Civil. En efecto, concordamos con Fernández Sessarego¹³ cuando señala:

«El artículo 14, por las consideraciones expuestas, comprende dos distintas pero conexas situaciones vinculadas a la tutela de la intimidad de la vida privada, ya sea personal como familiar. Ellas consisten tanto en la simple intrusión en dicha esfera como en la divulgación de cualquier acto a ella atinente. En el primer caso se persigue evitar que, por razones que no responden a un interés social, se mantenga a la persona en constante inquietud o zozobra con la realización de actos motivados únicamente por la injustificada e intrascendente curiosidad de terceros.»

En este sentido, existe similitud con el Derecho norteamericano; sin embargo, es preciso repetir que nuestra jurisprudencia debe cumplir un papel de mayor trascendencia, ya que le cabe a ella propender al desarrollo del derecho en estudio.

Es el reciente Código Penal peruano de 1991 el que, al tipificar como delito diversas situaciones violatorias de la intimidad de la persona, considera el aspecto de la perturbación, señalando que: «El que viole la intimidad de la vida personal o familiar ya sea observando, escuchando o registrando un hecho, palabra, escrito o imagen, valiéndose de instrumentos, procesos técnicos u otros medios, será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años.»

En consecuencia, nuestro sistema jurídico protege a la persona contra los actos de intrusión que perturban el retiro y soledad de la persona, en los mismos términos que el Derecho norteamericano. Llegamos a esta conclusión por así considerarlo en parte la Constitución Política del Estado, el Código Penal, expresa y taxativamente, y por interpretación extensiva del Código Civil.

¹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Código Civil IV. Exposición de motivos y comentarios*, compilación de Delia Revoredo, p. 83.

3.2 Divulgación pública de hechos privados embarazosos sobre el individuo

Éste es otro aspecto protegido por el Derecho norteamericano, requiriéndose que los hechos sean divulgados públicamente a pesar de que los mismos son de carácter privado.

Los casos norteamericanos que a continuación detallamos nos demuestran este elemento conceptual desarrollado:

– *Melvin vs. Reid*¹⁴

(112 California appellations. 285 - 1931)

Se plantea el problema de una película cuyo tema es la biografía de la demandante, quien había sido prostituta, juzgada en un caso de asesinato. La demandante, al momento de la exhibición de la película, es ya una mujer rehabilitada y se encuentra casada y dedicada a los quehaceres del hogar.

La intérprete de la cinta lleva el mismo nombre y apellido de la demandante, llegando así a conocimiento de los vecinos y amistades de la demandante los sucesos de su vida pasada.

La Corte de Apelaciones de California, revocando al tribunal de primera instancia, resuelve que existe causa de acción.

La decisión se fundamentó en la Constitución del estado de California, y el juez ponente, haciendo una interpretación, dice: «El derecho a lograr la felicidad está garantizado por la ley fundamental del estado de California. Éste por su propia naturaleza incluye el derecho a vivir libre de ataques de otros en el disfrute de nuestra libertad, propiedad y reputación. Cualquier persona viviendo una vida recta tiene el derecho a la felicidad, lo cual incluye estar libre de ataques innecesarios al carácter, el status social o reputación.»

Uno de los jueces catalogó el uso del nombre y de la biografía de la demandante en la película, como una falta de caridad y delicadeza.

El manejo de la información, respecto de hechos de una persona atinentes a su vida privada, debe estar a cargo de ella misma, y toda difusión contraria a su voluntad o sin su consentimiento debe ser sancionada. Sin embargo, en el Derecho norteamericano, como consecuencia del caso anteriormente descrito, se estableció también, conforme lo refiere Zavala de Gonzales¹⁵, que el *right of privacy* «no existe cuando la

¹⁴ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *op. cit.*, p. 146. También en ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *Derecho a la intimidad*, p. 43.

¹⁵ ZAVALA DE GONZALES, Matilde, *op. cit.*, p. 43.

persona se ha hecho prominente en su vida pública y ha renunciado a sus derechos a la vida privada», así como «no existe en la difusión de noticias y acontecimientos, ni en los sucesos de la vida de una persona en que el público tiene interés legítimo o en una información de beneficio público, o en caso de candidatura para cargos públicos».

– *Douglas vs. Stokes*¹⁶

(149 Kentucky 506-149 - 1912)

El actor es padre de mellizos que nacen ligados desde los hombros hasta las caderas. A la muerte de los siameses, el actor contrató los servicios del demandado –un fotógrafo– para obtener placas de los cuerpos desnudos de sus hijos, indicando al fotógrafo que éste no podía reproducir más copias que para las cuales fue contratado.

El fotógrafo reproduce varias copias y obtiene el derecho de autor de la respectiva oficina de gobierno. El padre inicia acción, reclamando indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la humillación a sus sentimientos y a su sensibilidad.

El tribunal falla en favor del actor y la sentencia es confirmada por la Corte de Apelaciones del estado de Kentucky. En la sentencia se hizo mérito, en primer lugar, de un caso inglés que dijo: «los más tiernos afectos del corazón humano están encerrados en el cuerpo de un niño muerto». Un hombre puede ser indemnizado por cualquier daño e indignidad hechos al cuerpo, pero podría hacerse un reproche a la ley si solamente se pudieran indemnizar las heridas físicas y no aquellas injurias corporales que pueden causar muchos más sufrimientos y humillación. Si el demandado ha tomado posición ilegalmente del cuerpo humano desnudo del hijo fallecido del actor y lo expuso a la vista del público, en un esfuerzo para ganar dinero con ello, no hay duda de que ha ocasionado un daño, lo cual puede originar una acción de daños y perjuicios.

– *Hemingway vs. Randon House*¹⁷

(29 appellations Div. 2d. 6333- 1968, confirmado en 23 New world 2d. 341 - 1968)

A. E. Hotchner escribió la obra *Papa Hemingway*, la cual es una compilación de las memorias del autor en sus relaciones amistosas con el famoso novelista Ernest Hemingway durante el período de 1948 a 1961.

Muchos de los pasajes de la obra contienen citas exactas del señor

¹⁶ BALLÓN-LANDA, Alfredo, *op. cit.*, p. 133.

¹⁷ *Ibidem*, p. 113.

Hemingway, las cuales fueron obtenidas mediante grabaciones magnetofónicas por Hotchner, en sus diálogos con el novelista, y mediante cartas cursadas entre ambos.

Al fallecer el novelista y estando en trámite la publicación de la obra, la esposa de Hemingway presentó un entredicho con el propósito de evitar dicha publicación. Posteriormente fue denegado el pedido presentado por dicha señora, quien a su vez presentó una demanda de daños y perjuicios alegando que la obra constituía una violación de su derecho a la intimidad.

La Corte de Apelaciones declaró sin lugar la acción, y uno de sus razonamientos fue que siendo la señora Hemingway una figura pública, su derecho a la intimidad no estaba protegido por el estatuto de la ciudad de Nueva York.

3.2.1 Comentario

Los casos presentados demuestran la protección que efectúa el *right of privacy* contra la divulgación de hechos o imágenes que corresponden a la vida privada de la persona y que pudieran colocarla en una situación embarazosa.

El caso Hemingway nos demuestra, a su vez, que el *right of privacy* no es absoluto; que cuando se trata de personajes públicos los márgenes de la vida privada disminuyen, por cuanto son de interés público ciertos aspectos, los cuales pueden ser divulgados. Independientemente de si consideramos que el fallo es acertado o no, nuestro interés comparativo es encontrar los aspectos conceptuales de ambos sistemas.

El elemento conceptual que se desarrolla en este punto, también es recogido por el Derecho peruano en forma expresa y terminante. A diferencia del anterior elemento, al que sólo el Código Penal de 1991 lo recoge en forma clara, el de la divulgación pública es el elemento que mejor se desarrolla en el sistema normativo peruano.

En efecto, tanto la Constitución Política del Estado –a través del artículo 2 inciso 7–, como el Código Civil –artículos 14 y 16– y el Código Penal –artículos 154, 155, 156 y 165–, se refieren a la puesta en conocimiento de hechos que corresponden a la intimidad de la vida personal y familiar, así como se refieren a la divulgación del secreto de las comunicaciones existentes en la correspondencia epistolar, las grabaciones de voz, las memorias, etc. Sin embargo, no se establece como presupuesto que la divulgación provoque una situación embarazosa para la persona, por lo que consideramos que se trataría de toda divulgación contraria a la voluntad de la persona, aun cuando no provocara tal situación.

Nuestras normas encierran presupuestos generales, por lo que la jurisprudencia tendrá que desarrollar este aspecto conceptual teniendo en consideración una serie de circunstancias, como es el caso de los personajes públicos, para quienes tendrá que precisarse cuál es el límite de su vida privada y cuál el límite del interés de la colectividad por conocer su vida. Los márgenes no están determinados en nuestro sistema, siendo el juez el que debe precisarlos en cada caso concreto, aun cuando en el caso norteamericano se ha establecido que los márgenes de vida privada son mínimos cuando se trata de un personaje público, y con mayor razón cuando está postulando a un cargo público. Ya hemos apreciado cómo los candidatos a los más altos cargos en los Estados Unidos de América están expuestos a un escudriñamiento de su vida privada presente y pasada.

En nuestro medio, con las normas existentes, la jurisprudencia podría derivar en interpretaciones de esa naturaleza; es decir, estableciendo la relatividad del derecho a la intimidad cuando se trata de personajes públicos de trascendencia para la vida de la sociedad.

3.3 Publicidad que coloca al individuo bajo una luz falsa ante el público

Este elemento se perfila en el Derecho norteamericano cuando se atribuye, en forma pública y falsa, una supuesta opinión o afirmación a una persona; también cuando se utiliza una foto para sugerir en forma falsa que la persona está relacionada con el contenido, como cuando se utiliza la foto de una persona inocente para ilustrar un artículo sobre narcotráfico.

En nuestro medio este elemento podría confundirse con la difamación; por otro lado, más parece que se está atacando el derecho a la imagen y, en todo caso, si se utiliza el nombre de la persona, el ataque sería a este derecho pero no a la privacidad de la persona. Aquí sí encontramos fuertes diferencias con nuestro sistema jurídico.

Pero veamos dos casos norteamericanos que nos ilustran al respecto:

– *Pinkerton National Detective Agency vs. James A. Stevens*
(32) (162 South Dakota. 2d. 474 - 1964).

Una señora presenta una reclamación a una compañía de seguros por lesiones sufridas. Esto trajo como consecuencia que varios detectives estuvieron espiándola en forma insistente en la comarca, hasta que se llegó a pensar en el vecindario que la señora había cometido un delito, perjudicando en todo esto su reputación.

El tribunal accedió a su demanda ordenando pagar una suma de dinero por el daño ocasionado, ya que los métodos empleados por la com-

pañía resultaban atentatorios al derecho a la intimidad y la libertad individual.

– *Lyman vs. New England Newspaper*¹⁸

(286 Massachusetts 258- 190 NL 542 - 1934)

En una acción tramitada ante los tribunales de Massachusetts en 1934, el diario demandado publicó en una de sus columnas que los actores, marido y mujer, no eran felices en sus relaciones conyugales.

La principal defensa del diario demandado fue que las informaciones o las fotografías publicadas eran noticias de legítimo interés público puesto que se trataba de una pareja de artistas, los cuales no eran desconocidos por nadie.

En la sentencia el tribunal falló en favor de los demandantes, reconociendo que se había violado el derecho a la intimidad.

3.3.1 Comentario

Estos casos nos demuestran que la trasgresión de la vida privada –en el primer caso por el fisgoneo, el seguimiento, y en el segundo caso por una afirmación difundida– ha colocado a estas personas «bajo una luz falsa ante el público».

Como hemos afirmado líneas arriba, en nuestro medio no se perfila normativamente este aspecto señalado por la jurisprudencia norteamericana; y no es que sean casos que no trasgredan la intimidad de las personas. Lo que ocurre es que en nuestro medio el primer caso planteado se ubicaría dentro del primer elemento estudiado, es decir, hay una trasgresión a la soledad. El segundo caso lo involucraríamos dentro del segundo elemento estudiado, ya que se trata de la divulgación de hechos que corresponden a la intimidad de las personas.

3.4 Apropriación de la imagen o identidad de una persona para derivar algún beneficio

Los siguientes casos norteamericanos traducen este aspecto del *right of privacy*:

¹⁸ *Ibidem*, p. 137.

– *Donohue vs. Warner Brothers Pictures Inc.*¹⁹

(194 Florida 2d. 6-10 - 1970)

El juez supremo Bratton, al fallar el caso Donohue, dijo que afectar el derecho que tiene una persona común «de gozar de la existencia sin que su nombre o su vida sean explotados para fines comerciales o con el uso de su nombre o por la publicación de su retrato o carrera, en la pantalla de los cines, en la prensa, en periódicos, en boletines, circulares, catálogos o de cualquier otra manera, debe ser prohibido a menos que se obtenga para ello previamente su consentimiento».

– *Daily Times Democrat vs. Graham*²⁰

(13 Colorado 2d. 119 - 1963)

Una joven fue fotografiada mientras se encontraba en un parque de diversiones y una corriente de aire levantó su vestido.

Ella demanda, y el tribunal accede a la demanda por violación al derecho a la intimidad que tenía la dama, fundamentando su fallo en que «aun en lugares públicos hay ciertas cosas que aunque estén a la vista siguen siendo privadas».

– *Young vs. Geneker Studios Inc.*²¹

(175 Misc. 1027 New York State 2d. 557 - 1951)

La actora, una modelo profesional de ropas infantiles, empleada en el departamento de una tienda, posó en el estudio del demandado con el único propósito de rehabilitarlo para hacer maniqués para el uso exclusivo de dicha tienda.

Los demandados fabricaron y vendieron a numerosas personas «maniqués hechos a la medida y la forma de la actora», con fines comerciales y sin su consentimiento. El tribunal dijo que si ella dio su consentimiento solamente a su empleador para usar el maniquí para tales propósitos, ello no la privaba para poder invocar ese derecho contra cualquier otra persona que hiciera lo mismo en contra de su voluntad.

– *Bazemore vs. Savannah Hospital*²²

(174 Georgia 2d. 194 - 1930)

El hijo del actor nació con el corazón fuera del cuerpo, y el demandado, maliciosamente, tomó fotografías del cadáver desnudo del niño.

¹⁹ *Ibidem*, p. 147.

²⁰ *Ibidem*, p. 126.

²¹ *Ibidem*, p. 149.

²² *Ibidem*, p. 132.

La Corte Suprema de Georgia revocó la sentencia de primera instancia, concediendo al actor una indemnización por daños, y prohibió la publicación de la fotografía, aun cuando el derecho violado pertenecía al niño muerto y no al actor.

3.4.1 Comentario

Estos casos, aceptados por el Derecho norteamericano bajo la tutela del *right of privacy*, no establecen la diferencia, que sí existiría en nuestro sistema, con el derecho a la imagen. El *right of privacy* comprende elementos conceptuales más amplios que nuestro derecho a la intimidad, y ello porque se convierte en el sustento de un gran derecho a la personalidad que protege la libertad y la dignidad del ser humano. En nuestro medio los derechos de la personalidad están especificados tanto en la Constitución Política del Estado como en el Código Civil de 1984, quedando claro que en ambos cuerpos de leyes existen normas comprensivas de los demás derechos «de naturaleza análoga o que derivan de la dignidad del hombre» y «demás inherentes a la persona humana», respectivamente, lo que podríamos interpretarlo como un avance hacia la comprensión de un gran derecho de la personalidad.

El artículo 15 del Código Civil de 1984 señala que la imagen no puede ser aprovechada sin autorización expresa de la persona. El asentimiento no es necesario cuando la utilización de la imagen se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público, o por motivos de índole científica, didáctica o cultural, y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. Evidentemente la difusión de la imagen en estos casos no debe atentar contra el honor, el decoro o la reputación de la persona.

Es evidente, luego de lo manifestado, que los casos norteamericanos planteados, en nuestro medio serían resueltos en función al derecho a la imagen y no al derecho a la intimidad. No sería, pues, esta faceta un elemento conceptual del derecho a la intimidad, como sí lo es para el *right of privacy*.

4 El elemento «autonomía»

Además de los elementos analizados señalados por Prosser, y que los hemos cotejado con las ejecutorias encontradas, consideramos que en el Derecho norteamericano existe otro elemento, que ha sido recogido por

los tribunales. Este elemento conceptual es denominado en la doctrina latinoamericana como «autonomía», y consiste en el derecho que tiene toda persona a tomar las decisiones más importantes de su existencia. Este elemento, si bien debemos reconocerlo como integrante del derecho a la intimidad, en nuestro medio no es recogido legislativamente en forma expresa.

Fernández de Zubiría²³ nos refiere el caso *Roe vs. Wade*, en el que la decisión se basó en el derecho a la privacidad, entendido como el derecho a un ámbito privado de decisión de la mujer, en el cual no debe interferir el Estado, afirmando un derecho constitucional al aborto. Es decir, a través del *right of privacy* se invoca la defensa del derecho de la madre a abortar.

Evidentemente, este elemento conceptual nos puede conducir hacia decisiones en la existencia del ser humano más inesperadas, dependiendo de la idiosincracia y de los valores imperantes en una sociedad. Una decisión como la adoptada por los tribunales norteamericanos, en nuestro medio es antijurídica, por cuanto el aborto es sancionado penalmente. Pero ello no constituye el único impedimento en nuestra legislación, ya que el ser humano es protegido desde el instante de la concepción, considerándolo aquella como sujeto de derecho. En efecto, nuestro Código Civil reconoce la autonomía del concebido, independizándolo de la madre, y le brinda un tratamiento jurídico especial concediéndole derechos, en especial los derechos no patrimoniales que los percibe sin condicionamiento alguno, entre ellos, el derecho a la vida. Siendo así, la decisión de la madre no puede llegar a términos individuales extremos, de concederle la autonomía en la decisión de abortar.

La autonomía que se le concede a la madre a través del derecho a la vida privada no puede interpretarse en el sentido de que el embarazo y su culminación sea un asunto de su exclusivo interés y, por ende, un asunto privado. En nuestro medio existe la concepción de que el ser humano inicia su existencia en el instante de la concepción, y ya es un ser distinto de la madre; no podemos considerar que él sea algo que «pertenezca a la madre». En consecuencia, si bien se trata de un asunto de interés privado, el interés no es sólo de la madre, ya que a la sociedad le interesa también que se respete la vida de los seres humanos.

De otro lado, nuestra legislación constitucional y civil protegen la vida humana como derecho esencial, fundamental, base sobre la cual descansan los demás derechos del ser humano. Por eso el Código Civil considera al ser humano como sujeto de derecho desde la concepción.

²³ FERNÁNDEZ DE ZUBIRÍA, Jaime, *op. cit.*, p. 17.

Sin embargo, si bien este elemento conceptual del derecho a la intimidad se presenta bajo el ejemplo del derecho al aborto concedido por algunos tribunales norteamericanos a la madre, ello no significa que sea la única manifestación posible de la autonomía. En nuestro medio puede tomar perfiles propios, cuando, por ejemplo, cuestionamos la influencia de los medios de comunicación en la formación de las conciencias de las personas y de la niñez en especial; cuando cuestionamos los sistemas de educación que pretenden uniformar las mentes de las personas, etc.

Este elemento no ha sido desarrollado con la debida propiedad, ni en la doctrina, y mucho menos en la jurisprudencia.

El despido en la reforma de la ley de Fomento del Empleo

Carlos BLANCAS BUSTAMANTE

En la extinción de la relación de trabajo, y particularmente en el despido —que constituye el motivo más frecuente de aquélla—, se patentiza la divergencia profunda de intereses entre el trabajador y el empleador.

Como lo anota Martín Valverde¹, el interés del trabajador se centrará normalmente en la conservación del empleo, interés éste jurídicamente protegido por el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio, reconocido expresamente por la Constitución española. A su vez, el interés del empleador se encamina a la obtención de las mayores facilidades en la contratación y gestión de la mano de obra, encontrando amparo jurídico en la libertad de empresa, igualmente reconocida por la Constitución de España y la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

Orientados, respectivamente, por estos intereses, los trabajadores perseguirán una legislación que les otorgue estabilidad en el empleo o, cuando menos, dificulte la extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador, en tanto que los empleadores buscarán mayores márgenes de autonomía para disponer del factor trabajo, reduciendo al máximo la intervención legal, como los mismos autores lo indican².

De esta suerte, la regulación legal de la extinción de la relación laboral, y especialmente la del despido, constituye una de las materias más importantes y, además, polémicas y controvertidas, de la legislación del trabajo, siendo no pocos los debates que suscita cualquier iniciativa legal que la afecte.

En nuestro país, que desde el año 1970 con la dación del decreto ley 18471 ha tenido un régimen legal de estabilidad en el trabajo —derecho

¹ MARTÍN VALVERDE, Antonio, RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín, y GARCÍA MURCIA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 533.

² *Loc. cit.*

que alcanzó rango constitucional en el artículo 48 de la Constitución de 1979—, la reciente promulgación de la ley 26513³, que modifica parcialmente la ley de Fomento del Empleo (LFE) —decreto legislativo 728— y deroga la ley de Estabilidad en el Trabajo (LET) —ley 24514—, ha supuesto una alteración radical de las normas sobre el despido y la estabilidad en el trabajo, que alcanza las bases mismas de un régimen legal que, aun cuando sufrió no pocos cambios, permaneció entre nosotros durante casi un cuarto de siglo.

1 Evolución conceptual y legislativa del despido

Para ubicar correctamente el punto en que se ha situado actualmente la legislación peruana sobre la estabilidad laboral y la extinción de la relación laboral mediante el despido, conviene presentar el panorama de la evolución que la regulación de esta materia ha seguido, tanto en el Derecho positivo cuanto en la doctrina jurídica.

Al respecto, considero que en esta evolución pueden distinguirse tres grandes etapas o momentos, a saber: 1) el despido como un poder patronal absoluto; 2) el despido como un poder limitado, y 3) el despido como un poder excepcional.

1.1 El despido como poder absoluto

Corresponde a la etapa inicial de la formación del Derecho del trabajo, cuando los principios e instituciones características de esta disciplina no se encontraban definidos y, por tanto, las relaciones de trabajo eran habitualmente reguladas por los códigos civiles, que solían encuadrarlas dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios.

Bajo esa perspectiva, se consideraba que el contrato podía ser resuelto libremente, en cualquier momento, por decisión de cualquiera de las partes. En tal sentido, el empleador disponía del poder de despedir al trabajador libremente, sin que la validez de su decisión estuviera condicionada por exigencias de fondo, de forma o, menos aún, por la obligación de resarcir al trabajador de alguna manera.

³ Por decreto supremo 05-95-TR, publicado en *El Peruano* el 18 de agosto de 1995, se aprobó, en cumplimiento de la facultad otorgada al Poder Ejecutivo por la quinta Disposición Transitoria de la ley 26513, el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo (TÚOLFE), que unifica y reordena el articulado de la LFE, con los cambios introducidos.

Esta forma de extinción de la relación de trabajo corresponde a lo que la doctrina suele calificar como despido *ad nutum*, que «[...] ha de entenderse como un ejercicio del poder empresarial sin limitaciones de ninguna clase. Sin límites causales, de modo que pudiera ser despedido el trabajador en cualquier momento y sin alegación de causa alguna; sin límites formales, de manera que el despido pudiera realizarse sin necesidad de someterse a reglas o normas formales determinadas, y sin límites en los efectos o consecuencias, de suerte que la resolución no arrastrase consigo la obligación empresarial de indemnizarse daños y perjuicios»⁴.

En el despido *ad nutum*, siendo la facultad de despedir que se reconoce al empleador, absoluta, discrecional e incausada, no se plantea la cuestión de la legitimidad del despido. En efecto, cualquiera que sea el motivo –o aun la ausencia de éste– o la forma utilizada –o aun la omisión de toda forma propiamente dicha–, el despido decidido unilateralmente por el empleador constituye el ejercicio legítimo de una potestad que el ordenamiento jurídico le atribuye, y, por consiguiente, no es susceptible de ser cuestionado en sede judicial ni, tampoco, administrativa.

Dicho en otras palabras, el trabajador despedido carece del derecho de impugnar o reclamar contra el despido, así como del de obtener alguna forma de reparación por los perjuicios que le ocasione el ser privado de su puesto de trabajo.

Este sistema rigió en el Perú hasta la dación de la ley 4916, del 7 de febrero de 1924.

1.2 El poder limitado para despedir

El desarrollo del Derecho laboral –con sus principios e instituciones propias, inspiradas en la protección del trabajador como medio para equilibrar la desigualdad real de la relación empleador-trabajador–, aparejó, necesariamente, la limitación del poder empresarial de extinguir unilateralmente la relación de trabajo.

Surgieron así, en efecto, diversa clases de límites que la legislación laboral estableció para dificultar el despido. Estos límites fueron principalmente de dos tipos: formales y económicos.

Los primeros tuvieron su expresión típica en la figura del preaviso, en virtud de la cual se eliminó la posibilidad del despido intempestivo o

⁴ ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del Trabajo*, Editorial Ariel, Barcelona, 1981, p. 562.

súbito, otorgándose al trabajador el derecho de ser notificado, con prudencial antelación, de la decisión empresarial de despedirlo, a fin de que en el lapso que mediaba entre dicha comunicación y su cese efectivo pudiera obtener otra colocación, y, de este modo, evitar el desempleo.

La otra limitación tuvo un contenido esencialmente económico y consistió en reconocer el derecho del trabajador, y la correlativa obligación del empleador, de ser resarcido por la ruptura del vínculo laboral mediante el pago de una indemnización, generalmente tasada.

Refiriéndose a esta clase de limitaciones, Pla, citando una expresión de Martins Catharino, las califica como «limitaciones laborales impropias» y precisa que éstas no niegan el derecho a despedir sino que, por el contrario, «parten del supuesto de que es un derecho patronal»⁵.

Agrega este mismo autor, que la eficacia de estas limitaciones depende de su onerosidad, siendo ineficaces cuando la indemnización es mínima y operando, en cambio, como un sistema restrictivo, cuando su cuantía es elevada. Concluye, por ello, que: «Se trata, pues, de una limitación elástica, en la que actúan frenos económicos y no jurídicos.»⁶

Bajo esta regulación, tampoco es posible entrar a juzgar la legitimidad del acto de despido, pues el empleador sigue gozando de una facultad *ad libitum* para despedir, bien que estando, ahora, obligado ya sea a respetar una formalidad o a resarcir al trabajador, o, a veces, a ambas cosas. El incumplimiento en que incurra el empleador por no respetar tales límites, no afecta la validez ni la eficacia del despido, generando únicamente el derecho del trabajador a obtener la reparación correspondiente a través de un proceso judicial.

Se trata, en definitiva, como lo ha calificado la doctrina, de un «despido pagado», no sujeto a requisitos de fondo en cuanto a la existencia de una causa como elemento legitimador del despido.

Éste es el régimen legal que se instauró en el Perú con la ley 4916 y su reglamento del 22 de junio de 1928. Estas normas introdujeron en el Perú las figuras del preaviso y de la indemnización por despido, como limitaciones iniciales al poder empresarial de despedir al trabajador⁷.

⁵ PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, p. 173.

⁶ *Ibid.*, p. 174.

⁷ La ley 4916 estableció que el patrón podía dar por terminada la relación laboral dando al trabajador un preaviso de noventa días. El despido «intempestivo», es decir, aquel que omitiera dicho preaviso, daba al trabajador el derecho a percibir los sueldos correspondientes a ese trimestre, conforme al artículo 28 del reglamento de dicha ley. Asimismo, la compensación por tiempo de servicios sólo procedía cuando el patrón despedía al trabajador sin existir causa justificatoria. En caso de que el despido estuviera sustentado en alguna de las causales entonces enumeradas en el artículo 294 del Código de Comercio, el trabajador no tenía derecho al preaviso ni a la indemnización.

Posteriormente, la compensación por tiempo de servicios se transformó en una indemnización por «antigüedad», siendo procedente su pago en todos los supuestos de extinción de la relación laboral, incluyendo el despido basado en una causa justa, perdiendo su carácter reparador del despido injustificado o arbitrario.

1.3 El poder excepcional de despedir

Señala Martín Valverde que: «Característica de la legislación laboral ha sido la progresiva restricción de la facultad empresarial de poner fin a la relación de trabajo, para garantizar la estabilidad en el empleo. Esta tendencia ha afectado sobre todo a la facultad de despido, para la que se exige la concurrencia de causa justa.»⁸

Pla, por su parte, comparando la nueva situación con la anterior, en que prevalecían las «limitaciones laborales impropias», anota que: «La estabilidad, en cambio, parte del supuesto contrario, o sea, de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada.»⁹

En tal virtud, el poder empresarial de despedir al trabajador se transforma en un «poder excepcional» en lugar de ser un poder ordinario. Ello quiere decir que: «No existe dicha facultad salvo en determinadas circunstancias, más o menos excepcionales: el despido está —en principio— prohibido, salvo que concurra una de las causas justas previstas en la ley o en la norma jurídica en cuestión.»¹⁰

La «causa justa» viene, de este modo, a constituirse en el elemento legitimador del despido: en el supuesto habilitante del poder patronal para despedir. La existencia de la causa justa hace emerger el poder empresarial para el despido y convierte a éste en un acto legítimo. Por el contrario, la ausencia de una causa justa supone que el despido es un acto arbitrario, basado en un poder de hecho pero carente de legitimidad jurídica.

Ello significa que, producido el despido, el trabajador que no lo considere justificado puede impugnar —generalmente en sede judicial— su legitimidad, y llegar a obtener un pronunciamiento judicial que declare ilegítimo aquel acto patronal. Se establece así una diferencia sustancial

⁸ MARTÍN VALVERDE, Antonio, *op. cit.*, p. 537.

⁹ PLA RODRÍGUEZ, Américo, *op. cit.*, p. 174.

¹⁰ ERMIDA, Óscar, «La estabilidad laboral en América latina», en *Boletín OIT INFORMA*, año I, núm. 1, 1989, p. 6.

con la figura del «despido pagado», en la que sólo es posible exigir la compensación económica del despido.

Es importante señalar que esta evolución hacia el «despido causal» ha alcanzado reconocimiento internacional a través del Convenio 158 de la OIT (Conv. 158 OIT) sobre «La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador», cuyo artículo 4 dispone que «no se pondrá término a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada». Al respecto se ha señalado, con absoluta nitidez, que: «La necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio. Al adoptarse este principio, el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización.»¹¹.

Asimismo, el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales (1988), prescribe en su artículo 7 que: los «[...] Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: [...] d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.»¹².

En el Perú, la exigencia de que el despido se fundamente en una causa justa fue introducida por el decreto ley 18471¹³, que asimismo estableció, por vez primera, un régimen de estabilidad en el trabajo. Con diversos cambios, retrocesos y perfeccionamientos legislativos, el sistema de estabilidad laboral se mantuvo a través del decreto ley 22126¹⁴, la ley 24514¹⁵ y el decreto legislativo 728, ley de Fomento del Empleo¹⁶.

¹¹ CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 82.ª reunión, 1995, «Protección contra el despido injustificado», Informe III, (parte 4B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1995, p. 37.

¹² Este protocolo ha sido ratificado por el Perú mediante resolución legislativa 26448, del 28 de abril de 1995, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de mayo del mismo año.

¹³ Promulgado el 10 de noviembre de 1970 por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada.

¹⁴ Promulgado por el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada el 21 de marzo de 1978.

¹⁵ Promulgada por el régimen constitucional 1985-1990, el 4 de junio de 1986.

¹⁶ Dictado por el gobierno constitucional el 8 de noviembre de 1991, en ejercicio de las facultades legislativas delegadas por el Congreso mediante la ley 25327.

Es relevante señalar que la Constitución de 1978 elevó a la categoría de derecho fundamental la estabilidad en el trabajo, al establecer en su artículo 48 que: «El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada.»

Esta norma fue sustituida, al derogarse la Constitución de 1979 –a consecuencia de la ruptura del orden constitucional el 5 de abril de 1992–, por el artículo 27 de la Constitución de 1993, que suprime toda referencia a la estabilidad en el trabajo y se limita a señalar que: «La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.»

2 El despido arbitrario en la ley de Fomento del Empleo

La ley 26513 modifica la LFE y deroga la LET, con el objeto de establecer una nueva normativa sobre el despido, dentro del amplio margen que concede al legislador la genérica redacción del artículo 27 de la nueva Constitución.

En efecto, al dictarse la LFE, que fue la primera expresión de una normativa dirigida a debilitar la regulación legal de la estabilidad laboral y el despido, se encontraba vigente la Constitución de 1979, cuyo artículo 48 se caracterizó por definir con precisión el derecho a la estabilidad en el trabajo. Consiguientemente, la LFE –más allá de las intenciones de sus inspiradores y autores– hubo de mantenerse dentro de ese marco constitucional, para no incurrir en vicio de inconstitucionalidad.

Liberado de ese marco, el legislador ha podido ahora acometer, sin mayor dificultad, la tarea de desregular esta materia, y ése ha sido el origen y la finalidad de la reforma de la LFE por la ley 26513, que ha dado lugar al vigente Texto Único Ordenado de la LFE (TÚOLFE).

2.1 El despido causal en el TÚOLFE

A primera vista, el TÚOLFE se mantiene dentro de la corriente que hace de la existencia de una causa justa la condición *sine qua non* para la validez jurídica del despido.

En efecto, el artículo 55 TÚOLFE señala que para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, «es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada». A su vez, los artículos 56, 57 y 58 enumeran taxativamente las

causas justas de despido relacionadas, respectivamente, con la capacidad y la conducta del trabajador.

En la misma línea —la de concebir al despido como un acto causal—, el artículo 64 regula el procedimiento previo al despido, que obliga al empleador a comunicar al trabajador los cargos que se le imputan y a concederle un plazo razonable para que pueda ejercer su defensa o, si la causa estuviera relacionada con su capacidad, para que demuestre ésta o corrija su deficiencia. La única excepción se refiere, cuando la causa se relaciona con la conducta del trabajador, al caso de «falta grave flagrante», que autoriza al empleador al despido inmediato, sin obligarlo a observar el procedimiento previo.

Obviamente, la existencia de este procedimiento anterior al acto del despido, directamente inspirado en el artículo 7 del Convenio 158 OIT y recogido por la LET, supone que, al menos en el criterio del empleador, el trabajador ha incurrido en algunas causas o faltas tipificadas por la ley, las cuales pone en su conocimiento para que levante los cargos. Si el empleador pudiera despedir sin necesidad de alegar causa justa, este procedimiento sería inútil.

Finalmente, el artículo 65, atendiendo al carácter recepticio del despido, impone al empleador la formalidad esencial de comunicar al trabajador su decisión de despedirlo, «mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese». Este mismo precepto, al inicio de su segundo párrafo, indica, en relación al probable reclamo judicial del trabajador contra el despido, que: «El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido», disposición que tiene por finalidad delimitar el debate judicial y la actividad probatoria, a la causa invocada por el empleador para justificar el despido.

El conjunto de estas normas nos indica, hasta el momento, que el TÚOLFE, en materia de despido, se afilia a la noción del despido causal, lo que, a *sensu contrario*, debería significar la invalidez de aquel despido cuya causa no es debidamente comprobada por el empleador en el proceso judicial que instaure el trabajador para impugnar su despido. Pero, además, debiera significar que todo despido que se produce sin siquiera imputar causa alguna, tendría que ser privado de todo efecto extintivo y sancionado con la nulidad.

Esta visión es, sin embargo, aparente, pues la propia ley (TÚOLFE) permite y tolera (¿quizá fomenta?) el despido incausado, tal como se deduce nítidamente del artículo 67 de la misma, que señala que: «Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización [...]»

Conforme al artículo que acabamos de citar, la noción de «despido arbitrario» obedece a dos supuestos: a) despido sin expresión de causa, y b) despido con imputación de causa que no se demuestra en juicio. De ambos supuestos, sólo el segundo corresponde a un sistema legal que hace del despido causal el eje de su protección contra el despido injusto o arbitrario, pues el primero se encuadra, sin que quepa duda alguna, en la idea del despido libre, *ad nutum* o incausado, en que no se exige al empleador justificar el despido en una causa o falta determinada.

Así pues, la ilegitimidad del despido en el TÚOLFE se reduce a un concepto único, a un tipo exclusivo denominado «despido arbitrario», que engloba varias formas distintas, a saber: a) el despido de hecho, es decir, sin expresión de causa y sin comunicación al trabajador (sin procedimiento previo ni carta de despido); b) el despido debidamente notificado al trabajador, pero sin expresión de causa (sin procedimiento previo, pero con carta de despido que sólo señala fecha de cese), y c) el despido con procedimiento previo, imputación de cargos y carta de despido.

En otras palabras, bajo la expresión «despido arbitrario» se engloban formas diferentes de despedir, a las que se equipara respecto de su eficacia extintiva de la relación laboral y en la medida reparadora o sanción al empleador—según el ángulo desde el cual se prefiera mirar— que impone la ley. Ello quiere decir que, tan eficaz es el despido que prescinde de causa y forma, como aquel que observa ambas, aunque después no se demuestre la causa. En ambos casos, y también cuando se observe la forma (al menos por remitir la carta de despido) pero se omita expresar la causa, el despido será eficaz, produciendo la extinción de la relación laboral y el empleador será condenado a pagar una indemnización por despido arbitrario.

Desde un punto de vista práctico, para el empleador será más fácil y rápido despedir de hecho o—en todo caso— cursando una carta de despido sin expresión de causa, que tener que ceñirse a la alegación de causas y al procedimiento previo señalado por la ley; lo que, en buena cuenta, representa la restauración en nuestro sistema normativo laboral del despido libre, *ad nutum*, aunque pagado o resarcido mediante una indemnización.

2.2 La tutela frente al despido arbitrario

Una de las mayores novedades del TÚOLFE—y quizá la que constituya su propósito principal— es la profunda modificación que introduce en los mecanismos de tutela frente al despido, en sentido claramente peyorativo para el trabajador.

Recordemos que bajo las leyes de estabilidad laboral¹⁷, vigentes sucesivamente desde 1970, la medida reparadora frente al despido injustificado o incausado era la reposición del trabajador en su anterior puesto de trabajo, en las mismas condiciones desempeñadas, con derecho a los aumentos salariales y mejoras producidas y al reintegro de las remuneraciones dejadas de percibir desde su despido. El pago de una indemnización, como medida reparadora, era una alternativa que, según las diversas leyes mencionadas, podía elegir el trabajador al impugnar judicialmente el despido o en ejecución de sentencia, una vez declarada la invalidez de aquél¹⁸.

El decreto legislativo 728, ley de Fomento del Empleo (LFE), mantuvo básicamente este sistema reparador, pero de acuerdo a su orientación desreguladora introdujo (art. 72) la posibilidad de que el juez pudiera sustituir, en la sentencia sobre la acción de reposición, esta medida reparadora por el pago de la indemnización por despido cuando la reposición «resultare inconveniente dadas las circunstancias». De este modo, la LFE abrió, por vez primera desde la década de los setenta, la posibilidad de sustituir la tutela restitutoria por la tutela resarcitoria en materia de despido, por voluntad ajena al trabajador, bien que dejando la decisión en manos del juez, lo que podía considerarse una garantía mínima.

La tutela restitutoria, plasmada en la reposición, obedece a la conexión lógica y jurídica entre ilegitimidad e ineficacia del despido, en razón de la cual la declaración judicial de ilegitimidad del despido conllevaba, como efecto necesario, la ineficacia del mismo, manteniendo la vigencia del vínculo laboral, debiendo por ello reponerse al trabajador en su puesto de trabajo.

El TÚOLFE consuma la tendencia desprotectora, esbozada en la LFE, y elimina como medida reparadora del despido «arbitrario» la reposición, dejando como única reparación posible la «indemnización por despido».

Lo señala así el ya citado artículo 67 del TÚOLFE y lo reitera, por si fuera necesario, el artículo 31 de su reglamento¹⁹ (RTÚOLFE), que señala: «Es arbitrario el despido que se produce en contravención del artí-

¹⁷ Los decretos leyes 18471 y 22126, y la ley 24514.

¹⁸ En el régimen de los decretos leyes 18471 y 22126, el trabajador despedido podía optar entre la acción de reposición y la acción indemnizatoria. La LET (ley 24514) estableció una acción única de impugnación o calificación del despido, que permitía al trabajador, en caso del despido fuera declarado injustificado, optar, en ejecución de sentencia, entre la reposición y la indemnización. La LFE restableció el sistema de dos acciones alternativas (reposición o indemnización).

¹⁹ Aprobado por el decreto supremo 001-96-TR, publicado el 26 de enero de 1996.

culo 55 de la ley y se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el artículo 71 de la misma.» El único supuesto de despido en que permanece como medida reparadora la reposición, es el despido nulo, al que nos referimos más adelante.

De esta suerte, el TÚOLFE ha reemplazado por completo la tutela restitutoria por la tutela resarcitoria del despido, lo que desde el punto de vista conceptual significa romper la conexión lógico-jurídica entre ilegitimidad-ineficacia del despido y admitir que el despido ilegítimo (incluso en los supuestos ya señalados del despido de hecho o sin expresión de causa) es, sin embargo, eficaz y sólo concede derecho a una compensación económica.

Por esta vía, la legislación laboral peruana retrocede a la figura del «despido pagado», es decir, a aquella situación en que corresponde al empleador un «poder» sólo limitado económicamente para despedir, sin que éste constituya una facultad excepcional que sólo se adquiere cuando el trabajador ha incurrido en una causa justa prevista por la ley. El que pueda, incluso, aproximarse esta figura a la del despido «libre», sin causa y sin cargas económicas, dependerá en mucho, como ya señalaba Pla, del monto de la indemnización que deba pagarse al trabajador.

2.3 La indemnización por despido arbitrario

Convertida en la única medida reparadora del despido arbitrario, el interés se centra ahora en los alcances de la indemnización por despido establecida por la ley.

Como en las leyes de estabilidad laboral y en la LFE, la indemnización por despido es tasada, por lo que la determinación de su monto no depende ni de la pretensión del demandante ni del criterio del juez, sino de los criterios específicamente fijados por la ley.

Lo importante es destacar que en esta forma de tutela se ha producido una importante modificación, al haberse devaluado significativamente la aludida indemnización, como consecuencia de la derogación de la LET, que incluso durante la vigencia de la LFE seguía rigiendo para los trabajadores que gozaban del derecho a estabilidad laboral antes de la entrada en vigor de aquélla. El TÚOLFE rige ahora para todos los trabajadores que tenían vínculo laboral vigente al 29 de julio de 1995, razón por la cual frente a cualquier despido arbitrario que se produzca a partir de esa fecha los trabajadores sólo gozan de la protección prevista por esta norma, lo que implica que no tienen derecho a la reposición y que, adicionalmente, su derecho a la indemnización se ajusta a los montos que ésta señala.

Si bien el TÚOLFE reproduce, con algunas variantes, la escala indemnizatoria establecida por el artículo 76 LFE, si se la compara con la prevista por la LET, la diferencia resulta notoria.

La LET estableció una escala de tres tramos: 3 remuneraciones mensuales para el trabajador con menos de un año de servicios, 6 para el que tuviera un año y menos de tres años, y 12 remuneraciones para el que tuviera tres o más años de servicios, hasta el límite de 12 remuneraciones mensuales. Además, el trabajador que optase por la terminación del contrato de trabajo tenía derecho al pago de las remuneraciones devengadas desde la fecha de interposición de la demanda, hasta la fecha de expedición de la resolución que ponía fin al proceso (LET, art. 14).

La escala fijada por la LFE contempló una indemnización equivalente a una remuneración mensual por año completo de servicios, más la fracción proporcional, con un mínimo de tres y un máximo de doce remuneraciones.

Aparentemente no hubo gran variación, porque el límite máximo es igual y un trabajador con más de doce años de servicios percibirá la misma indemnización; y en cuanto al límite mínimo, tampoco la habría para quien laboró menos de un año, porque en ambos sistemas su indemnización sería de tres remuneraciones. Pero la diferencia es notoria en los tramos intermedios: bajo la ley 24514 un trabajador con un año completo tendría derecho a 6 remuneraciones, pero sólo a 3 con la LFE; otro ejemplo: con la ley 24514 un trabajador con tres años completos percibiría 12 remuneraciones y sólo 3 con la LFE; finalmente, con la ley 24514 un trabajador con seis años de antigüedad cobraría 12 remuneraciones, pero únicamente 6 bajo la LFE.

Las variantes introducidas por el TÚOLFE reducen aún más la indemnización al eliminar el monto mínimo de tres remuneraciones, lo que significa que ahora el monto mínimo vendría a ser, en el caso de despedirse a un trabajador que cumplió el período de prueba y laboró un día más, 3 dozavos y un treintavo de su remuneración mensual. Una comparación completa puede verse en el cuadro de la página siguiente.

Como puede concluirse, la indemnización por despido—ahora la única medida reparadora de éste— ha sido devaluada, lo que asociado a la coetánea eliminación de la reposición, configura un cuadro de notoria desprotección frente al despido, que nos permite calificar al régimen que ahora tenemos como uno de «despido pagado barato».

Despido pagado «barato» que en no muy infrecuentes casos puede llegar a ser «gratuito», si pensamos en trabajadores con escasa antigüedad (4 o 5 años) y baja remuneración, a quienes el costo real de los litigios judiciales los desalentaría de optar por esa vía para exigir una

indemnización que a la postre no van a disfrutar, ante lo cual el despido arbitrario quedaría sin reparación o sanción alguna.

Cabe reflexionar si estas situaciones, que no por hipotéticas carecen de realidad en nuestro medio, no nos colocan muy cerca del anacrónico sistema del despido libre, y, por el contrario, muy lejos de normas internacionales de reconocido prestigio y solvencia, como el Convenio 158 OIT, cuyo artículo 10 se refiere a una «indemnización adecuada» como reparación ante el despido injustificado.

Indemnización por despido (remuneraciones mensuales)

<i>Años de servicio</i>	<i>LET*</i>	<i>LFE</i>	<i>TÚOLFE</i>
+ de 3 mes. – de 1 año	3 rem.	3 rem.	dozavos y treintavos
1 año	6 rem.	3 rem.	1 rem.+frac.
2 años	6 rem.	3 rem.	2 rem.
3 años	12 rem.	3rem.+frac.	3 rem.
4 años	12 rem.	4 rem.	4 rem.
5 años	12 rem.	5 rem.	5 rem.
6 años	12 rem.	6 rem.	6 rem.
7 años	12 rem.	7 rem.	7 rem.
8 años	12 rem.	8 rem.	8 rem.
9 años	12 rem.	9 rem.	9 rem.
10 años	12 rem.	10 rem.	10 rem.
11 años	12 rem.	11 rem.	11 rem.
12 años	12 rem.	12 rem.	12 rem.
+ de 12 años	12 rem.	12 rem.	12 rem.

* Más el pago de las remuneraciones devengadas.

3 El despido nulo

3.1 Su significación e importancia

La noción del despido «nulo» fue introducida por la LFE, cuyo artículo 65 enumeró los motivos para calificar como tal el despido del trabajador. Dichos motivos son reproducidos *mutatis mutandis* del artículo 5 del Convenio 158 OIT, que señala que en ningún caso podrán constituir causa justificada para la terminación de la relación de trabajo.

Al considerarse ilícitos los motivos en que basa su decisión extintiva el empleador, el efecto de la declaración de nulidad del despido consiste en privar de toda eficacia a dicha decisión, que se considera inválida para extinguir la relación laboral, debiendo producirse, necesariamente, la reposición del trabajador. Precizando aún más, se afirma que: «[...] en tales casos la ineficacia o invalidez del acto de despido comporta que la relación de trabajo no se haya roto ni tampoco legítimamente interrumpido, y por tanto, es la misma relación de trabajo la que prosigue como tal. Con ello se priva al despido nulo del efecto resolutorio de la relación de trabajo»²⁰.

En el sistema de la LET, esta clase de despido no fue regulada, pero en verdad, desde el punto de vista de la tutela del trabajador ante el despido, ello no fue necesario porque esta ley privilegió la tutela reparatoria, razón por la que cualquiera que fuese el motivo real, o aparente, que tuviera el empleador para despedir, si no demostraba la existencia de la causa justa invocada el despido sería calificado como improcedente o infundado, con la consiguiente reposición del trabajador, salvo que optase por la indemnización.

En cambio, al abrir la LFE la posibilidad de que el juez sustituyera la reposición por la indemnización, a pesar de no haber acreditado el empleador la existencia de la causa invocada para despedir, la figura del despido nulo adquirió relieve, pues conforme a su artículo 71 la reparación de esta clase de despido es la reposición, sin que pueda el juez reemplazarla por el pago de una indemnización.

Bajo las normas del TÚOLFE, el despido nulo pasa a ser el único supuesto en que la ilegitimidad del despido se sanciona con su ineficacia, y como efecto necesario se produce la reposición del trabajador y el abo-

²⁰ MONEREO PÉREZ, José Luis, y MORENO VIDA, María Nieves, «Forma y procedimientos del despido disciplinario», en *La reforma del estatuto de los trabajadores*, tomo II, *El Despido*, AA.VV., dirigidos por Borrajo Dacruz, Efrén, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994, p. 392.

no de las remuneraciones dejadas de percibir desde que se produjo de hecho –aunque no de Derecho– la ruptura de su relación laboral.

3.2 Los móviles del despido nulo

El TÚOLFE únicamente considera como tales los que enumera, como ya se dijo, el artículo 5 del Convenio 158 OIT, que están referidos a despidos decretados por el empleador y que vulneran los derechos del trabajador a la libertad sindical, a recurrir a las autoridades competentes para la tutela de sus derechos laborales y a no ser discriminados en razón del sexo, raza, religión, opinión o idioma, o vulneran el derecho al trabajo de la mujer embarazada.

A diferencia de lo que sucede con el despido arbitrario, en el que «falta» la causa justa de despido, por no haberse demostrado en juicio la invocada por el empleador, en el despido nulo «existe» una causa, pero ésta es recusada por el ordenamiento jurídico, que la reputa ilícita por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano.

Así tenemos que la libertad sindical está garantizada en el artículo 28, inciso 1, de la Constitución; el derecho a la no discriminación, en los artículos 2 inciso 2, y 26 inciso 1, de la misma Ley Fundamental; el derecho a la tutela jurisdiccional, en el artículo 139, y la protección a la madre trabajadora, en el artículo 23. Adicionalmente, y como norma de carácter general, es pertinente citar el tercer párrafo del artículo 23 constitucional, que señala que: «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.»

3.3 La prueba del despido nulo

La gran dificultad que presenta el despido nulo reside en el *onus probandi*, ya que se aplican reglas opuestas a las que rigen la prueba del despido arbitrario.

En efecto, el artículo 55 *in fine* del TÚOLFE impone al empleador la obligación de demostrar la causa invocada para el despido del trabajador, lo que significa que la actividad probatoria se desplaza por completo al empleador y que si éste no acredita la causa imputada como justificación del despido, éste será declarado arbitrario, sin que corresponda para ello al trabajador probar que no incurrió en las faltas alegadas. Se aplica aquí, análogicamente, la presunción de inocencia, propia del Derecho penal, pero extensible, en general, a todo sistema sancionador.

En cambio, en el despido nulo la carga de la prueba se desplaza hacia el trabajador. Se deduce ello no sólo de la interpretación a *sensu contrario* del último párrafo del artículo 55 del TÚOLFE, sino del artículo 52 del RTÚOLFE, que, para no dejar duda alguna al respecto, precisa que: «La acción de nulidad del despido requiere que cuando menos uno de los motivos a que se refiere el artículo 62 de la ley, sea expresamente invocado y acreditado por el trabajador como razón del mismo.»

Con acertado criterio, observa Pasco que: «Acarrea dificultad práctica la demostración del despido nulo, ya que más que de causa habría que hablar de motivo, esto es, el resorte psicológico que genera la decisión de despedir. El motivo es siempre subjetivo y, por lo tanto, virtualmente indemostrable.»²¹.

Como para confirmar este aserto, el RTÚOLFE ha introducido algunas tipificaciones en dos de los motivos enumerados por la LFE, que tornarán más ardua la tarea probatoria del accionante y la apreciación del juzgador. Así, el artículo 47 RTÚOLFE indica que cuando se trate del despido motivado por haber el trabajador presentado una queja o participado en un proceso contra el empleador, la queja o reclamo debe haberse presentado ante las autoridades administrativas o judiciales y además «se acredita que está precedido de actitudes o conductas del empleador que evidencien el propósito de impedir arbitrariamente reclamos de sus trabajadores». Y si la discriminación constituye el móvil del despido, ésta debe entenderse como «[...] una notoria desigualdad no sustentada en razones objetivas o el trato marcadamente diferenciado entre varios trabajadores» (RTÚOLFE, art. 48).

Caracterizada, según lo que acabamos de ver, por su excepcionalidad y complejidad, la figura del despido nulo no modifica los rasgos definitorios del nuevo modelo normativo introducido por el TÚOLFE, que consagra el «despido libre pagado» (y barato).

4 El despido colectivo

4.1 Naturaleza y causas

No altera el TÚOLFE la denominación de esta clase de despido, a la que persiste en llamar «cese colectivo», a pesar de que su verdadera naturaleza es la de un despido fundado en causas atribuibles a las vicisitudes

²¹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, «La estabilidad laboral en la ley de Fomento al Empleo», en *Análisis Laboral*, n.º 180, junio de 1992, p. 34.

propias de la vida de la empresa y no a la conducta o capacidad del trabajador.

No se ha seguido en este campo el criterio adoptado por el legislador español al dictar la ley 11/1994, que modificó el Estatuto de los Trabajadores, y que a pesar de su talante flexibilizador, en el nuevo texto de su artículo 49, inciso 9, considera que el contrato de trabajo se extingue: «Por despido colectivo, fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que aquél haya sido debidamente autorizado conforme a lo dispuesto en esta ley», sustituyendo la anterior expresión «cesación de la industria», en que se inspiró nuestra LFE²². Con ello, la ley española acoge el criterio ampliamente mayoritario de la doctrina y, sobre todo, acuña la terminología más apropiada para traducir la verdadera naturaleza de esta modalidad de extinción de la relación laboral.

El TÚOLFE sigue, en cambio, catalogando al «cese colectivo» como una causa de extinción del contrato de trabajo distinta al despido, lo que, entre otras cosas, plantea saber si el artículo 27 de la Constitución, que otorga al trabajador adecuada protección contra el «despido arbitrario», comprende en esa tutela al «cese colectivo», o si, en otras palabras, debemos llegar a la conclusión de que, conforme a la ley, no puede existir el cese colectivo «arbitrario».

En cuanto a las causas del cese colectivo, la novedad principal del TÚOLFE es la eliminación de las «necesidades de funcionamiento de la empresa»²³, causa que motivó intensa discusión, tanto por su falta de definición²⁴ como por la discrecionalidad que se concedió al empleador para despedir por esta causa, al margen del procedimiento del cese colectivo. Es una supresión conveniente, aunque sus efectos prácticos devengan disminuidos al haberse facilitado, en general, los mecanismos para el despido, lo que en el nuevo modelo la hubiera convertido en una causa casi innecesaria.

Se conserva, en cambio, como «causa objetiva» del cese colectivo, el supuesto de «disolución y liquidación de la empresa», proveniente de la

²² El texto sustituido decía: «Art. 49.— El contrato de trabajo se extinguirá: [...] 9. Por cesación de la industria, comercio o servicio de forma definitiva, fundada en causas tecnológicas o económicas, siempre que aquella haya sido debidamente autorizada conforme a lo dispuesto en esta ley.»

²³ Prevista en el artículo 86, inciso d, de la LFE y regulada en sus artículos 90 a 92.

²⁴ El Convenio 158 OIT asigna a la expresión «necesidades de funcionamiento» un sentido genérico que comprende como causas específicas a las económicas, tecnológicas, estructurales o análogas, pero no como una causa distinta e independiente de éstas, como, en cambio, lo hizo la LFE.

voluntad societaria, que es una forma de despido colectivo *ad nutum*²⁵. El cese por esta causa se exceptúa del procedimiento aplicable a los otros supuestos, como veremos más adelante.

4.2 Las reformas al procedimiento de cese colectivo

En una primera aproximación, la forma del despido colectivo podría catalogarse de continuista respecto a la normativa precedente porque mantiene la idea del «despido-propuesta», que inhibe al empleador de efectuar despidos colectivos directos, condicionando su facultad extintiva a la previa aprobación de la autoridad administrativa de trabajo, lo que, como se sabe, implica el ejercicio por ésta de un control *ex ante*, destinado a calificar las causas objetivas invocadas por el empleador.

No obstante, el procedimiento para la autorización del cese colectivo sufre importantes cambios, orientados a su simplificación y celeridad, que, como se verá, llegan a afectar las garantías mínimas de protección que dicho procedimiento, de por sí, implica.

4.2.1

Se conserva, como etapa inicial, la negociación directa entre el empleador y el sindicato –o, a falta de éste, entre aquél y los trabajadores afectados o sus representantes– destinada a acordar las condiciones del cese o las medidas que pudieran adoptarse para evitar o limitar dicho cese, otorgando al acuerdo a que se llegue fuerza vinculante (art. 82, inc. b, TÚOLFE).

Al proporcionar la empresa, al sindicato o los trabajadores afectados, la información sobre los motivos que invoca y la nómina de trabajadores afectados por el cese, que son requisitos para iniciar la negociación directa, dará cuenta al Ministerio de Trabajo para la apertura del expediente respectivo, eliminándose con esta comunicación la presentación de una solicitud que la LFE preveía como etapa posterior a la negociación y al dictamen de CONASEV o del Sector.

Demostrando, sin embargo, escasa confianza en la negociación –en cuyo caso resulta innecesaria la intervención de la Autoridad de Trabajo, sea porque el cese colectivo fue acordado por las partes o porque se evitó

²⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, «Fomento del empleo y estabilidad laboral (II parte)», en *Asesoría Laboral*, Lima, febrero de 1992, p. 12.

mediante la aplicación de medidas alternativas—, el TÚOLFE admite que en forma simultánea o sucesiva (en la LFE era una etapa necesariamente sucesiva) el empleador solicite a la CONASEV o al ministerio del sector, o, si el empleador no corresponde a un sector específico, a la Presidencia del Consejo de Ministros, el dictamen sobre la procedencia de la causa invocada, que constituye requisito indispensable para que la Autoridad de Trabajo se pronuncie sobre el cese colectivo. La simultaneidad de lo que antes eran fases sucesivas hace de la negociación directa un mero formalismo, sobre la cual el legislador evidencia su poca o nula convicción.

Otra novedad es que la norma indica que la inclusión, en la nómina de trabajadores afectados, de quienes están protegidos por el fuero sindical, «requiere justificación específica». Por lo pronto, el TÚOLFE zanja la duda existente respecto a si los trabajadores con fuero sindical podían ser incluidos en la nómina de cese colectivo cuando éste no comprendiera a la totalidad del personal de una empresa, en el sentido de que aunque el cese colectivo sea parcial, dichos trabajadores pueden ser cesados, exigiéndose, únicamente, «justificación específica». El RTÚOLFE indica que para la iniciación del expediente el empleador debe proporcionar a la Autoridad de Trabajo información relativa a la «justificación específica», si la nómina incluye trabajadores protegidos por el fuero sindical.

4.2.2

Se faculta al empleador a presentar una pericia de parte al solicitar el dictamen de la CONASEV o del Sector sobre la procedencia de las causas invocadas, según el caso, la cual puede sustituir dicho dictamen oficial en el caso de que aquellos organismos no emitan su opinión en el plazo legal de quince días hábiles. En tal supuesto, la Autoridad de Trabajo resolverá sobre el cese colectivo en mérito a la pericia ofrecida por la propia parte que lo solicita, lo que, ciertamente, representa una ruptura de la igualdad procesal que debe existir entre las partes. El dictamen (si lo hubiere) y la pericia de parte serán remitidos por el empleador a la Autoridad de Trabajo, quien los pondrá en conocimiento de la parte laboral.

4.2.3

También la conciliación se mantiene como fase del procedimiento, dentro del plazo perentorio de ocho días hábiles siguientes, pero como no-

vedad se introduce otro mecanismo posible de solución del conflicto, al admitirse su sometimiento al arbitraje, por acuerdo de las partes, siempre que lo adopten dentro de los tres días hábiles siguientes al fracaso de la conciliación. El arbitraje previsto en el TÚOLFE (art. 82, inc. f) es voluntario y no potestativo, como el previsto en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), según se desprende de la referencia de los incisos f y g del artículo 82 TÚOLFE al acuerdo de partes.

Siendo así, parece difícil que el empleador que cuente a su favor con el dictamen de la CONASEV o del Sector, o a falta de éste, con su propia pericia de parte, tenga interés en sustraer el conflicto del ámbito de la Autoridad de Trabajo para someterlo al arbitraje, o que, en el caso inverso, es decir, si el dictamen de CONASEV o el Sector es contrario al cese colectivo, los trabajadores quieran hacerlo. Por ello, todo indica que la solución arbitral sólo tendrá carácter excepcional en esta clase de conflictos.

4.2.4

Frustradas la negociación directa y la conciliación, y de no someterse el conflicto al arbitraje, corresponde resolver la procedencia del cese colectivo a la Autoridad de Trabajo, siguiendo un esquema que ha sido tradicional en nuestra normativa laboral.

Pero se produce aquí un cambio trascendente al introducirse la figura del silencio administrativo, que opera en sentido positivo en el caso de que la Autoridad de Trabajo no emita resolución «aprobando total o parcialmente la solicitud, o desaprobándola» (¿cuál solicitud?), dentro de los quince días siguientes al vencimiento del plazo para que las partes acuerden el arbitraje. La resolución, expresa o ficta, es apelable dentro de los tres días hábiles siguientes y en esta instancia el silencio positivo vuelve a operar si el recurso impugnatorio no es resuelto dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, teniéndose por confirmada la resolución apelada.

La cuestión es relevante porque entraña una grave desnaturalización de la noción del silencio administrativo positivo, para privilegiar, alterando todo equilibrio, la posición del empleador. En efecto, el «silencio administrativo» se establece como un mecanismo destinado a proteger y favorecer al ciudadano en sus relaciones con la Administración del Estado, evitando que la omisión, inacción o falta de respuesta de ésta afecte los intereses o derechos de aquél, mediante la sanción de dicha inactividad con el pronunciamiento ficto de la autoridad administrativa. Cuando la ley considera que dicho silencio debe reputarse «negativo», lo que

significa que el reclamo o petición debe entenderse denegado, el ciudadano queda legitimado para recurrir al Poder Judicial; pero cuando el silencio es reputado «positivo», el reclamo, solicitud o petición del interesado se entiende aprobado. Es un mecanismo destinado a democratizar el Estado y a acabar con el autoritarismo de la Administración, que muchas veces con el simple silencio postergaba o afectaba derechos y legítimos intereses²⁶.

Pero se dan situaciones en las que la Administración interviene *ope legis*, en condición de ente «parajurisdiccional» o de «jurisdicción administrativa especial», que «[...] es aquella actividad administrativa de contenido jurisdiccional, por la que un órgano administrativo resuelve controversias entre simples particulares, de manera que la administración actúa en forma análoga a la de un juez»²⁷. En esta actividad de la Administración, de operar el silencio administrativo positivo se favorecerá inevitablemente a la parte accionante, recurrente o solicitante, esto es, a aquella a la que correspondió la iniciativa del procedimiento, perjudicando, obviamente, a la otra parte, cuyos derechos o intereses se verán directamente afectados por una resolución ficta o presunta, o, lo que es lo mismo, por la inacción u omisión del ente administrativo. Puede decirse lo mismo cuando el silencio opera en sentido negativo, porque, en este caso, los derechos o intereses del accionante serían denegados, en favor de la parte contraria.

El silencio administrativo positivo aplicado para resolver o dirimir conflictos interpartes constituye, por consiguiente, una perversión de esta figura, porque habiendo sido concebido para tutelar al ciudadano frente a la Administración, se utiliza, en este caso, para amparar los derechos o intereses de un ciudadano en perjuicio de los derechos o intereses de otro. Semejante criterio implica la ruptura de la igualdad procesal de las partes porque sería una figura análoga a la de un proceso judicial en que el silencio del Juez implicaría, vencido el plazo para sentenciar, que se tenga por fundada la demanda, con lo que la dilación de los magistra-

²⁶ En nuestra legislación administrativa el silencio positivo se admite con ciertas restricciones: no se admite en el caso de los recursos impugnativos en que opera el silencio negativo (T.U.O. de la ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, arts. 98 y 99), ni tampoco cuando pueda perjudicar gravemente los intereses del Estado o el interés público y en los procedimientos administrativos distintos a los conducentes al otorgamiento de licencias, autorizaciones, permisos, concesiones y similares, así como ciertos actos registrales, a que se refiere el artículo 27 del reglamento de la ley 25035, ley de Simplificación Administrativa, aprobado por el decreto supremo 070-89-PCM, modificado por el decreto supremo 002-90-PCM.

²⁷ DROMI, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Editorial Themis Librería, Bogotá, 1980, p. 82.

dos tendría como beneficiarios a los demandantes en perjuicio de los demandados.

La introducción de esta figura en el procedimiento administrativo de cese colectivo lo desnaturaliza al privilegiar ostensiblemente la posición del empleador en desmedro del trabajador, pues de aquí en adelante bastará el silencio de la Autoridad de Trabajo para que el cese colectivo quede autorizado, lo que significa afectar, concretamente, los derechos del trabajador, sin que se cumpla la función que legitima la intervención de dicha autoridad en esta clase de despido: ejercer un control previo mediante la calificación de las causas invocadas por el empleador.

Ante semejante desregulación la pregunta que fluye es: ¿cuál es el sentido de someter el cese colectivo a un control administrativo previo, si los instrumentos efectivos de ese control se han debilitado al punto de hacerlo inocuo?

4.3 Excepciones al procedimiento de cese colectivo

4.3.1

El procedimiento anterior no es aplicable en su totalidad cuando la causa objetiva que legitima el cese colectivo es el caso fortuito o la fuerza mayor, que sean de tal gravedad que impliquen «la desaparición total o parcial del centro de trabajo» (art. 81 TÚOLFE). En este caso se exonera al empleador de la presentación del dictamen oficial –o la pericia de parte sustitutoria– sobre la procedencia de las causas, y de la fase de conciliación, sustituyéndolas por la inspección que, con audiencia de partes, llevará a cabo el ministerio del Sector, la que se pondrá en conocimiento de la Autoridad de Trabajo para que emita resolución. Obviamente, tampoco cabe la opción del arbitraje, pues la ley no la menciona, pero entendemos que, en cambio, sí procede la negociación directa y el acuerdo de partes sobre el cese o su evitamiento gracias a medidas alternativas, pues no se suprime expresamente esta etapa del procedimiento.

4.3.2

Finalmente, en los supuestos de disolución y liquidación de la empresa y la quiebra, el cese colectivo ya no se ajusta al procedimiento abreviado que regulaba la LFE, que eximía al empleador de la negociación directa y el dictamen oficial de CONASEV o del Sector, estableciéndose ahora, como única formalidad, cursar a los trabajadores el plazo de preaviso de

cese de cinco días útiles a que se refiere la cuarta Disposición Complementaria del decreto ley 26116²⁸, el cual podrá ser sustituido por el pago de la remuneración correspondiente, según lo establece el artículo 73 del RTÚOLFE. El preaviso ha sido reducido notoriamente, pues la LFE preveía para este supuesto el mismo plazo que para las demás causas, es decir, treinta días, salvo el caso fortuito o fuerza mayor.

Al carácter de despido colectivo *ad nutum*, que ya antes atribuimos al cese colectivo por disolución y liquidación de la empresa, acordada por la propia sociedad, se agrega su conversión en un despido directo, sujeto a la simple formalidad de un breve preaviso y sin pago de indemnización alguna.

²⁸ Ley de Reestructuración Empresarial.

Legislación procesal familiar en el Perú

Nelson REYES RÍOS

1 Necesidad de una legislación familiar especial en el Perú. Código de Familia: sustantivo y procesal

Por nuestra parte, tenemos definida una firme posición sobre la necesidad de promulgar en el Perú *un Código de Familia integral*, tanto en su aspecto sustantivo así como de orden procesal. Así se ha sostenido en nuestro trabajo de tesis doctoral¹, en 1974, al tratar sobre el aspecto de la autonomía del Derecho familiar. En dicha oportunidad se comentó el estudio del desaparecido y recordado maestro argentino, Enrique Díaz de Guijarro², quien afirmaba que «dos manifestaciones originales han aparecido durante el corriente siglo, en orden a la regulación de la familia: la inclusión de normas sobre familia en las Constituciones políticas de los Estados, y el cisma del Derecho civil, con la autonomía de las reglas sobre familia. Esto significa que la corriente actual se dirige hacia la formación de un cuerpo legal sobre Derecho de familia, llámese Código de Familia, Ley sobre Familia, o que se tome otras denominaciones, como Estatuto de Familia, en donde se contemplan en forma orgánica y sistemática, normas con la concepción de una nueva organización familiar de acuerdo a los adelantos actuales y a las necesidades sociales imperantes en nuestros tiempos». En base a estas y otras consideraciones, fundamentalmente de orden prioritario y social, en dicho trabajo formulamos la siguiente conclusión: «Quinta: entre otras, como modernas concepciones del Derecho de familia, se consideran: la autonomía en su regulación, debido a que contiene normas de orden público en

¹ REYES RÍOS, Nelson: *Evolución del Derecho de familia y las modernas concepciones sobre matrimonio y filiación*, tesis (1974).

² DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique: *Derecho de familia*.

grado mayor que otras ramas del Derecho, que no rigen en igual forma para las otras ramas, específicamente del Derecho privado.» En trabajos posteriores también incidimos sobre este tema, precisando la necesidad de elaborar no solamente un Código de Familia, con normas de carácter sustantivo, sino proponiendo la inclusión de normas procesales, y al conjunto denominarlo *Legislación familiar en el Perú*.

Así, se publicó en 1990 un artículo que preparamos³ para la revista *Ius Et Praxis*, editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, con el título de «Legislación familiar autónoma: el Código Familiar para el estado de Hidalgo» (México), en donde señalamos el avance, posiblemente lento pero seguro, de las legislaciones autónomas de familia a nivel de legislación comparada, en su origen posiblemente consideradas como un movimiento político, para luego extenderse con un carácter de necesidad y existencia real de la familia. Así, se puede mencionar el Código de Familia de Rusia (1918), con sus sucesivas reformas; el de Yugoslavia (1946); Bulgaria (1949); Checoslovaquia (1959); Rumania; Hungría; Alemania del Este y Cuba (1975). En la actualidad muchas de estas legislaciones han tenido que ser replanteadas, debido fundamentalmente a los acontecimientos sociopolíticos y económicos que se han producido, como la desintegración de las repúblicas que conformaban la Unión Soviética, y el derrumbe del muro que dividía Alemania, entre otros. En América, esta corriente de legislación autónoma de la familia ha dejado de tener un carácter puramente político, para convertirse en un medio necesario de protección de la primera célula fundamental de la sociedad, como es la familia. Así, se tiene el Código de Familia de Bolivia (1972), de Costa Rica (1973), el Código Familiar para el estado de Hidalgo en México en 1983, al que se agrega con posterioridad el Código de Familia de El Salvador de 1993 y el de Panamá de 1994.

Con estos antecedentes, decíamos, en el trabajo en referencia: «por nuestra parte hemos tomado la firme posición de sostener la necesidad de contar con una legislación familiar de carácter integral, proteccionista de la familia como célula básica de la sociedad e institución fundamental de las naciones». De igual manera, en el segundo Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial, organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima (Perú) en noviembre de 1995, hemos presentado un trabajo con el título de «Modernas concepciones

³ REYES RÍOS, Nelson: «Legislación familiar autónoma: el Código Familiar para el estado de Hidalgo» (México), revista *Ius et Praxis*, Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n.º 15.

en el Derecho familiar», considerando como temas nuevos —entre otros— la sistematización del Derecho familiar y la necesidad de promover la diligencia de preconiliación en los conflictos familiares. En materia de sistematización del Derecho familiar, reiteramos nuestra posición en favor de la codificación familiar, indicando: «resulta indispensable, y quizás el punto de partida más importante para una nueva concepción jurídica familiar en el Perú, el tema de su autonomía, basada en el sustento de su carácter de orden público.» Para estos efectos utilizamos como fundamento dos criterios básicos: *Primero*, el principio de la voluntariedad en los actos jurídicos familiares, y *segundo*, el de la legitimidad de intereses. Es innegable que la voluntariedad está y debe estar presente en todos los actos de la familia, pero una voluntad con un adecuado control en función social, y con una legitimidad de intereses de carácter general, antes que de orden particular. Es por eso que se consagra en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, ratificada por el Perú y, por lo tanto, parte integrante de la legislación interna), que la familia constituye célula fundamental de la sociedad. Cuando propiciamos una legislación autónoma del Derecho familiar, como ya se indicó en líneas anteriores, nos referimos a la legislación integral de carácter sustantivo y procesal. Pero, como complemento de dicha atención legislativa deben necesariamente implementarse los Juzgados y Salas de Familia en el ámbito jurisdiccional, con magistrados debidamente especializados.

Por su parte, el propulsor del Código Familiar de Hidalgo (México), profesor Julián Guitrón Fuentesvilla⁴, en un artículo que titula «Urge un Código Familiar», precisa: «Para su completa reglamentación, es indispensable promulgar un nuevo ordenamiento familiar, moderno, sistematizado, enmarcado de la realidad social y enfocado a resolver la actual problemática familiar. Conscientes de que la familia en cada parte de la república —refiriéndose a México, que por coincidencia resulta similar a muchas naciones de América, y por supuesto al Perú— es diferente, se sugiere la posibilidad de legislar en el Distrito Federal, primero, y después en todo el país. Adaptar en cada estado sus usos, costumbres y prácticas sociales, dándoles valor legal. La justicia familiar clama por un cuerpo de leyes especializado. Mayor estabilidad y permanencia se logrará con esta clase de legislación. Incrementar el respeto entre sus miembros. Reducir el machismo. Más posibilidades para vivir mejor. Tener el número adecuado de hijos, debidamente protegidos. Crear un instru-

⁴ GUITRÓN FUENTEVILLA, Julián: «¿Qué es el Derecho familiar?».

mento jurídico propio para lograr el verdadero equilibrio familiar, el cual repercutirá en beneficio de la sociedad y del Estado. Una legislación familiar de esta naturaleza deberá poner las bases de una nueva sociedad, derribar mitos, crear nuevas estructuras económicas, culturales, sociales y familiares para proteger a los niños, los inválidos, y los ancianos.»

En el Código de Familia de Panamá⁵, promulgado por ley número 3, del 17 de mayo de 1994, al hacerse una breve reseña histórica, se anota que, «en el documento de CONAFA (Comisión Nacional para la Familia Panameña), donde se formulan y recomiendan propuestas con miras a que el Estado establezca las bases para la revisión, actualización y elaboración de una nueva y moderna política social, destinada a ofrecer una efectiva protección a la familia panameña y sus miembros, menores, mujer, tercera edad, y discapacitados, se recomienda la elaboración del Código de la Familia».

Abundando con el criterio codificador de la familia, la doctora Carmen Meza Ingar⁶, en su obra, *Más allá de la igualdad. Los derechos de la mujer en el año 2000*, señala: «por ser la familia una institución fundamental, distintos foros internacionales se han pronunciado por la urgencia de aprobar en cada país un Código de Familia. En la XXI Convención Internacional de la Federación Internacional de Abogados (FIDA), realizada en 1982, la doctora Sonia Sgambatti planteó como meta el Código de Familia, para que se difundan y se conozcan todas las normas que regulan la vida familiar y ciudadana».

2 Justificación para una legislación procesal familiar en el Perú

Como se indicó anteriormente, la legislación familiar procesal va unida a la codificación sustantiva —el Código de Familia—, formando un solo cuerpo legislativo familiar. Sin embargo —sólo con carácter didáctico—, resulta conveniente hacer una breve referencia sobre la forma como se ha procedido en el Perú en esta materia. Así tenemos que, promulgado en la época republicana el primer Código Civil de 1852, se sucedieron en materia procesal, de manera orgánica, primero el llamado Código de Enjuiciamientos Civiles y posteriormente el —derogado últimamente—, Código de Procedimientos Civiles de 1912, cuyo cuerpo legislativo lógicamente respondía a los lineamientos y principios filosóficos que orientaban el referido código sustantivo de 1852. Con el transcurso del tiem-

⁵ *Código de Familia de Panamá*, edición oficial, 1994.

⁶ MEZA INGAR, Carmen: *Más allá de la igualdad. Los derechos de la mujer en el año 2000*.

po éste ha tenido que ser modificado en su estructura normativa en muchas oportunidades. Con la promulgación de los códigos sustantivos de 1936 y 1984 (este último, vigente en la actualidad desde el 14 de noviembre de 1984 y promulgado mediante decreto legislativo 295 del 24 de julio de 1984), legislativamente se ha producido en el Perú un desfase en materia procesal, por cuanto aun con dichos códigos sustantivos se siguió aplicando el Código de Procedimientos Civiles de 1912, con la consecuencia prevista de que no se adecuaba en muchas de sus disposiciones a los planteamientos de las modernas concepciones del Derecho procesal. Con el objeto de atenuar en parte esta falta de coherencia legislativa, se han producido innumerables reformas y modificaciones del Código de Procedimientos Civiles, como se dijo, siendo necesario contar con una ley especial de adaptación procesal para el Código Civil de 1984 en todas las materias y lógicamente en el Derecho de familia (en donde las modificaciones que ha sufrido el Código Civil de 1936 por el nuevo de 1984 han sido muy profundas), mediante la promulgación del decreto legislativo 310 –para entrar en vigencia también el 14 de noviembre de 1984–, en cuyo artículo primero se indicaba: «Incorpórase al Código de Procedimientos Civiles las normas procesales que siguen, relativas a la aplicación de las disposiciones del Código Civil citadas en éstas», cuyo esquema ha sido el siguiente: *sobre Derecho de las personas*: principio de la persona, derecho de la persona, desaparición, declaración de ausencia, declaración de muerte presunta, asociación, fundación; *sobre Derecho de familia*: esponsales, matrimonio, separación de cuerpos y divorcio, alimentos; y *sobre fuentes de las obligaciones*: responsabilidad extracontractual.

Pero además resulta necesario que se tome en cuenta que en materia familiar las normas procesales contienen reglas de carácter especial, a veces de naturaleza diferente a los procesos comunes, a las que en conjunto se les conoce con el nombre de *causas matrimoniales*, por ejemplo: el valor del allanamiento en los procesos de divorcio y de invalidación del matrimonio; la confesión o declaración de parte –y declaración de parientes cercanos en muchos casos–. Lo mismo sucede en otros aspectos, como el principio de la cosa juzgada en materia familiar, como señala el autor Jorge Edgardo Crespi⁷ cuando afirma que, con el objeto de «una solución eficiente, coherente y satisfactoria en el orden jurídico para la cuestión de los efectos de la cosa juzgada en el Derecho de familia, debe observarse ciertos requerimientos o exigencias fundamentales».

⁷ CRESPI, Jorge Edgardo: *La cosa juzgada en el Derecho de familia*.

Comentando sobre estas ideas, en el VII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia, llevado a cabo en El Salvador en 1992, se le ha dedicado un tema de estudio referido al Derecho procesal familiar, con mención de temas especiales, como el proceso familiar y sus características, entre otros. Estas ponencias fueron sustentadas, primero, por nuestra siempre reconocida amiga y estudiosa de estos temas, doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, de la delegación argentina, quien afirmó que «en el primer Congreso Mundial sobre Derecho Familiar y Derecho Civil, que tuvo lugar en Acapulco, México, en 1978, así como en el Congreso Hispanoamericano de Profesores de Derecho de Familia, reunido en marzo de 1983, en Salta, Argentina, en ambos se coincidió en que la existencia de los tribunales especializados, técnicamente asesorados, contribuye a garantizar y consolidar la convivencia familiar y a resolver con mayor justicia y eficacia los conflictos familiares, pero su eficaz funcionamiento requiere *normas particulares de procedimientos*, regidos, entre otros, por los principios de inmediatez, celeridad, actuación de oficio, concertación, preclusión relativa y amplitud de medios probatorios». A los que podríamos agregar el criterio de informalidad o formalidad flexible, no rígida, ya que se trata de resolver problemas vinculados a conductas humanas, para los cuales no resulta apropiado el criterio patrimonial o cuasipatrimonial.

La segunda ponencia que se presentó en el aludido certamen de carácter mundial, fue el trabajo de la doctora Dora Eusebio Goutreaux⁸, de la delegación de Santo Domingo, quien señaló: «antes de hablar de proceso familiar repensemos en su objeto de estudio, la familia, el grupo social al que va destinado este esfuerzo jurídico; lógicamente deberíamos analizar un tanto rápidamente su perfil. La ventilación de los asuntos de familia tiene sus propias implicaciones. Los asuntos jurídicos más delicados se presentan alrededor de los conflictos no entre particulares, sino entre allegados. Los sentimientos humanos afloran, la pasión, el odio, el amor, el resentimiento, los roles de conducta aprendidos y repetidos, odiados a la vez; las frustraciones colocan al tribunal, al juez y a todos los incumbentes en una situación embarazosa».

Si nos remitimos al estudio sobre la incidencia de las causas en materia familiar en el Perú, en la jurisdicción de los niños y adolescentes, y otras de orden propiamente familiar, sólo a nivel de Lima Metropolitana tenemos la siguiente referencia:

⁸ EUSEBIO GOUTREAUX, Dora: «El proceso familiar y sus características».

Causas civiles ingresadas en los diez Juzgados de los Niños y Adolescentes, de enero a junio de 1994

<i>Adopciones</i>	67	
<i>Alimentos</i>	3 563	
<i>Bienes y enajenación (de bienes de menores)</i>	170	
<i>Tenencia y custodia de menores</i>	450	
<i>Guarda de menores</i>	40	
<i>Patria potestad, pérdida, suspensión</i>	120	
<i>Tutoría</i>	20	
<i>Régimen de visitas</i>	240	
<i>Consejo de Familia</i>	20	
TOTAL	4 690	(en seis meses)
PROYECCIÓN POR UN AÑO, APROXIMADAMENTE	9 380	

En los Juzgados Especializados, las causas en materia familiar tienen la siguiente distribución:

	1994	1995
CONTENCIOSAS		
<i>Separación convencional</i>	1 961	2 604
<i>Separación y divorcio (causal)</i>	1 536	1 403
<i>Interdicción</i>	179	190
<i>Alimentos (mayores de edad)</i>	112	00
NO CONTENCIOSAS		
<i>Patrimonio familiar</i>	200	226
<i>Adopciones (mayores)</i>	49	52

En consecuencia, también resulta conveniente que se tomen en cuenta las cifras enunciadas respecto a la carga procesal familiar, para los efectos de poder contar con normas procedimentales propias, como ya las tienen otros códigos, como el de Familia para el estado de Hidalgo (México) y que fue promulgado por decreto 130 de 1983, expedido por el gobernador constitucional de dicho estado, exponiendo en uno de sus considerandos que: «se hace indispensable otro código, de Procedimientos Familiares, para el estado de Hidalgo, a fin de cohonestar la ley sustantiva con la adjetiva, independizando este procedimiento del civil, dándole fisonomía y efectividad propias, de las instituciones interesadas, y derechos familiares». Y en la exposición de motivos se agrega: «Arrancarle a los procedimientos civiles la verdadera valoración de los intereses familiares, que deben ser tutelados por el Derecho, es uno de los objetivos del Derecho procesal familiar. La creación en México de los juzgados familiares y las salas correspondientes en 1971, señaló el cambio para la protección integral de los valores familiares.»

El Código de Familia de Panamá (promulgado por ley 3 de 17 de mayo de 1994 y vigente desde el 3 de enero de 1995) contiene normas procesales en el libro IV, con el título «De la jurisdicción y de los procedimientos».

Últimamente en Lima, Perú, felizmente se vienen dando avances muy positivos, *primero*, con la inclusión de varias instituciones de Familia en el Código de los Niños y Adolescentes, y, *segundo*, con la conversión de los diez Juzgados de los Niños y Adolescentes en Juzgados de Familia, por resolución administrativa 025-CME-PJ, por cuanto ya existe una sala respectiva de familia. Ahora bien, para ser efectivo, el procedimiento familiar debe ser unificado con el de los niños y adolescentes, por cuanto siendo su sujeto prevaeciente el niño y adolescente, no puede ser atendido de manera aislado ni independiente de su medio familiar.

3 Normatividad procesal actual sobre familia en el Perú

Sólo con carácter didáctico, presentamos un análisis esquemático de las reglas de procedimientos para cada tema de orden familiar, tanto de los que contiene el Código Civil, como el Código de los Niños y Adolescentes.

Para este efecto tenemos en consideración fundamentalmente las disposiciones del Código Procesal Civil, promulgado mediante decreto legislativo 768 de fecha 29 de febrero de 1992, y vigente desde el 28 de julio de 1993, que no solamente ha modificado sino también ha aclarado un gran número de las disposiciones del Código Civil, como hiciera

notar el doctor Jorge Carrión Lugo⁹, en un trabajo que presentara en el primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial organizado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Facultad de Derecho), en noviembre de 1994, en el que se afirma «que el Código Civil ha sido modificado y aclarado por el Código Procesal Civil en un gran número de sus disposiciones, tanto en el orden conceptual como en el orden procesal, señalando en este último caso los trámites que se deben observar para cada tipo de pretensión procesal que se apoya en el Código Civil; sin embargo, el Código Civil en varios de sus artículos también ha sido derogado por leyes especiales, por el Código de los Niños y Adolescentes y por la vigente Constitución de 1993».

3.1 Temas e instituciones del Derecho familiar contenidos en el Código Civil, y su medio procedimental

3.1.1 Esponsales

La acción a que se refiere la segunda parte del artículo 240 del Código Civil, derivada del incumplimiento de los esponsales, se tramita según el monto que se pretende. Así, se tramitará en el proceso de conocimiento si la estimación patrimonial del petitorio es mayor de 300 Unidades de Referencia Procesal (URP), en aplicación del inciso segundo del artículo 475 del Código Procesal Civil (CPC). En cambio, será tramitada en proceso abreviado la pretensión cuyo petitorio tenga una estimación patrimonial mayor de 20 y hasta 300 URP, como se establece en el inciso 7 del artículo 486 del CPC, y en proceso sumarísimo aquella cuya estimación patrimonial no sea mayor de 20 URP. El cálculo de la Unidad de Referencia Procesal para 1996 es de 220 nuevos soles, conforme se establece en la resolución administrativa del titular del pliego del Poder Judicial 047-96-Set-TP-CMP/PJ- de 7 de febrero de 1996, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 8 del mismo mes y año, de donde se puede inferir el siguiente cuadro para los casos de indemnización por incumplimiento de esponsales:

⁹ CARRIÓN LUGO, Jorge: «Modificaciones al Código Civil por el Código Procesal Civil», ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial.

<i>Proceso de conocimiento</i>	Monto mayor a 300 URP: más de S/. 66 000,00
<i>Proceso abreviado</i>	Monto mayor a 20 URP: más de S/. 4 400,00 hasta S/. 66 000,00
<i>Proceso sumarísimo</i>	Monto no mayor a 20 URP: menos de S/. 4 400,00

3.1.2 Impedimentos matrimoniales, licencia para matrimonio de menores y dispensa judicial de presentación de documentos

En cuanto a la dispensa de la edad para matrimonio de menores: inciso 1 del artículo 241 del CC.

En cuanto a la dispensa del parentesco: inciso 2 del artículo 242 del CC.

En cuanto a la licencia supletoria para matrimonio de menores, a falta de abuelos y abuelas o si éstos son absolutamente incapaces o han sido removidos de la tutela, corresponde al juez del niño y adolescente otorgar o negar la licencia: artículo 244, cuarto párrafo, del CC.

En cuanto a la dispensa judicial de presentación de documentos: artículo 249 del CC.

Todas estas acciones se adecuan al proceso no contencioso, conforme se establece en la sexta disposición complementaria del CPC.

3.1.3 Oposición al matrimonio por impedimentos (art. 253 del CC)

Previamente se debe tomar en cuenta que si en estos casos se trata de matrimonios de niños y adolescentes, se adecuarán a la legislación pertinente.

Si la oposición matrimonial se basa en causa legal y los pretendientes niegan su existencia, el alcalde los remitirá al juez. Este caso corresponde al juez de paz letrado ante quien se debía celebrar el matrimonio, conforme se establece en el artículo 256 del CC. La oposición se tramitará como proceso sumarísimo, según las disposiciones complementarias del CPC.

En cambio, la indemnización a que hubiere lugar en los casos de oposición injustificada o maliciosa se tramitará según el monto de la pretensión reclamada (caso similar de los esponsales).

3.1.4 Prueba del matrimonio

Se refiere, sin lugar a dudas, a la prueba de la existencia jurídica del matrimonio, situación distinta al cuestionamiento de su validez. En nuestra legislación no existe acción expresa para acreditar la existencia jurídica del matrimonio, como existe en otras legislaciones de manera formal, o mediante un trámite de afirmación sumaria, como en el caso de la legislación argentina. Así se desprende del análisis que hacen Gustavo A. Bussert y Eduardo Zannoni¹⁰, al comentar el artículo 197 del Código Civil argentino, indicando que, probada la imposibilidad, el hecho constitutivo de la prueba supletoria será la celebración del matrimonio. En el mismo trámite de la información sumaria se prueba la imposibilidad y la celebración del matrimonio.

En el caso del Perú, los artículos 269 y 270 del CC señalan:

Artículo 269.– [Prueba del matrimonio.] Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil.

La posesión constante del estado de matrimonio, conforme a la partida, subsana cualquier defecto puramente formal de ésta.

Artículo 270.– [Pérdida de la partida.] Comprobada la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, es admisible cualquier otro medio de prueba.

Sobre estos aspectos surgen las siguientes interrogantes: primero, cuándo y de qué forma se hace uso de la prueba supletoria de la posesión constante; segundo, de qué manera se comprueba la falta o pérdida del registro o del acta correspondiente, y tercero, quién evalúa la admisibilidad de cualquier otro medio de prueba. No existe una orientación procesal expresa; sin embargo, haciendo uso del método de interpretación sistemática, debe entenderse, a nuestro parecer, que todos estos actos están referidos a los trámites establecidos en el artículo 75 del CC, concordante con los artículos 269 y 270 ya referidos, con observancia de las reglas del

¹⁰ BUSSERT, GUSTAVO, y ZANNONI, EDUARDO: *Manual de Derecho de familia*.

proceso no contencioso, como se establece en el inciso noveno del artículo 749 del CPC (se tramita en proceso no contencioso la inscripción y rectificación de partida, con arreglo a las disposiciones de los artículos 826 y siguientes, y corresponde conocer al Juzgado de Paz letrado, conforme al artículo 750 del CPC; salvo que exista oposición, en cuyo caso se adecuará al proceso de conocimiento).

Artículo 750.– [Competencia.] Son competentes para conocer los procesos no contenciosos los Jueces Civiles y los de Paz Letrados.

En el proceso no contencioso es inaplicable la competencia por razón de turno.

La competencia de los Juzgados de Paz Letrados es exclusiva para los procesos de inscripción y rectificación de partida y para los que contienen en la solicitud una estimación patrimonial no mayor a cincuenta unidades de referencia procesal.

3.1.5 Invalidez del matrimonio

Las acciones de invalidez del matrimonio, ya sea sustentadas en las causales de nulidad o en las de anulabilidad, se tramitan mediante las reglas del proceso de conocimiento, como se establece en el artículo 281 del CC (modificado por el CPC).

Es necesario un comentario en lo que respecta a la confirmatoria que les asiste a los menores (adolescentes) cuyo matrimonio hubiera sido invalidado por dicha causa (invalidación que corresponde conocer al juez especializado, en un proceso de conocimiento). Sin embargo, la confirmación de dicho matrimonio cuando adolescentes hubiesen adquirido su mayoría de edad –se dice en el inciso primero del artículo 277 del CC (modificado por el CPC)–, se solicita al juez de paz letrado del lugar del domicilio conyugal y se tramita como proceso no contencioso. La resolución que aprueba la confirmatoria produce efectos retroactivos, lo cual quiere decir, primero, que el juez de paz letrado deja sin efecto una resolución del juez especializado, y segundo, que dicha resolución tiene efecto retroactivo, validando lo que el superior invalidó. Lo de la confirmatoria está bien a nuestro criterio, pero podría sugerirse que la misma procedería ante el mismo juez que declaró la invalidación, por cuestión de orden práctico y del principio de intermediación procesal, como mero trámite similar a la disolución del matrimonio que contempla el artículo 354 del CC.

3.1.6 Deberes y derechos que nacen del matrimonio

En el artículo 289 del CC se establece que es deber de ambos cónyuges hacer vida en común en el domicilio conyugal. El juez puede suspender ese deber cuando su cumplimiento ponga en grave peligro la vida, la salud, o el honor de cualquiera de los cónyuges, o la actividad económica de la que depende el sostenimiento de la familia. No se menciona en ninguna norma expresa el procedimiento; así, se puede constatar que no existe referencia en las disposiciones complementarias ni en las modificatorias del CPC. Por esa razón inferimos que puede estar referido en el inciso 6 del artículo 546 del CPC, orientando su tramitación al proceso sumarísimo, por no tener una vía procedimental propia y ser inapreciable en dinero ese deber. Por la *urgencia de la tutela jurisdiccional*, la causa debería corresponder al juez de paz letrado del domicilio conyugal.

En cuanto al derecho de representación de la sociedad conyugal, el artículo 292 del CC ha sido modificado por el CPC, con lo cual si un cónyuge abusa de tal derecho el juez de paz letrado puede limitárselo en todo o en parte. La pretensión se tramita como proceso abreviado.

3.1.7 Libertad de trabajo de los cónyuges

El artículo 293 del CC regula la libertad de trabajo de los cónyuges, con asentimiento expreso o tácito del otro. Si éste lo negara el juez puede dar su autorización si lo justifica el interés de la familia. Este hecho se tramitará en la vía de proceso sumarísimo, conforme se establece en la quinta disposición final del CPC.

3.1.8 Régimen patrimonial

En el Perú se han establecido dos sistemas sobre el régimen patrimonial en el matrimonio: el de *separación* y el de la *sociedad de gananciales*. Los cónyuges pueden optar por uno u otro antes del matrimonio, o, después de éste, sustituir el régimen elegido por el alternativo. Si no lo eligieran o no hubiera acuerdo antes del matrimonio, supletoriamente rige la sociedad de gananciales. Sin embargo, si después del matrimonio no hay acuerdo para la sustitución, se recurre a la vía judicial, a petición de cualquiera de los cónyuges, para sustituir el régimen de sociedad de gananciales por el de separación en los casos a que se refiere el artículo 329 del CC.

Así se dispone en el artículo 297 del mismo cuerpo de leyes. Este trámite judicial se sigue con las reglas del proceso abreviado, de acuerdo a lo que se dispone en la cuarta disposición final complementaria del CPC.

3.1.8.1 *Obligación de sostener el hogar bajo cualquier régimen (en sociedad de gananciales o en el de separación patrimonial)*

Artículo 300.— [Obligación de sostener el hogar bajo cualquier régimen.—] Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas.

En caso necesario el juez reglará la contribución de cada uno.

El trámite será en proceso sumarísimo, conforme a la quinta disposición final complementaria del CPC.

3.1.8.2 *Bienes que conforman la sociedad de gananciales (propios de cada cónyuge y sociales: art. 301 del CC)*

La administración de los bienes propios corresponde a cada cónyuge y pueden disponer de ellos o gravarlos (sin llegar al ejercicio abusivo del derecho, no amparado por el artículo II del Título Preliminar del CC).

Procede la administración de los bienes propios por uno de los cónyuges, conforme se dispone en el artículo 305 del CC.

Artículo 305.— [Administración de bienes por uno de los cónyuges.—] Si uno de los cónyuges no contribuye con los frutos o productos de sus bienes propios al sostenimiento del hogar, el otro puede pedir que pasen a su administración, en todo o en parte. En este caso, está obligado a constituir hipoteca y, si carece de bienes propios, otra garantía, si es posible, según el prudente arbitrio del juez, por el valor de los bienes que reciba.

La vía procedimental será la del proceso sumarísimo, también establecida en la quinta disposición complementaria final del CPC.

El artículo 306 establece que uno de los cónyuges puede administrar los bienes propios del otro en todo o en parte, con el asentimiento del otro, con la obligación del administrador de devolverlos en cualquier momento al propietario. Dicho requerimiento puede hacerse extrajudicial (vía notarial, por ejemplo) o judicialmente, según la vía que se establezca para los procesos no contenciosos, con una solicitud para que, a pedido del

interesado y por decisión del juez, dicho requerimiento carezca de contención, como se establece en el inciso 12 del artículo 749 del CPC.

En cuanto a la responsabilidad por deudas personales del otro cónyuge, a que se refiere el artículo 308 del CC, éstas se pagarán con bienes propios del obligado, a menos que se pruebe que se contrajeron en provecho de la familia. Dicha probanza se producirá en el proceso que origina la obligación principal (cobro de la deuda personal). La misma regla se aplicará al caso de la responsabilidad extracontractual de uno de los cónyuges, en caso de perjuicio del otro (art. 309 del CC).

3.1.8.3 Acciones pertinentes para la calificación de los bienes que conforman la sociedad de gananciales (propios y sociales)

Teniendo en cuenta la presunción que se establece en el inciso 1 del artículo 310 del CC, según el cual todos los bienes se presumen sociales, salvo prueba en contrario, se desprende que puede accionarse para la determinación de bien propio por parte del cónyuge que alega tal pretensión (usualmente el concepto empleado es el de calificación de bien propio).

La vía procedimental se establecerá teniendo en cuenta la cuantía de dichos bienes.

3.1.8.4 Administración del patrimonio social

Artículo 313.— [Administración del patrimonio social.]— Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social. Sin embargo, cualquiera de ellos puede facultar al otro para que asuma exclusivamente dicha administración respecto de todos o de algunos de los bienes. En este caso, el cónyuge administrador indemnizará al otro por los daños y perjuicios que sufra a consecuencia de actos dolosos o culposos.

La indemnización a que se hace referencia será establecida en la vía procedimental que corresponda según la cuantía.

3.1.8.5 Fenecimiento y liquidación de la sociedad de gananciales

Producido el fenecimiento de la sociedad de gananciales por las causales que se establecen en el artículo 318 del CC, se procede a su liquidación en un proceso que es similar a una operación contable (con la acumulación del activo, la deducción del pasivo, con las deudas o cargas, y el establecimiento de las ganancias netas), y en donde la ganancia, en el caso

de la sociedad de gananciales, recién se determina al final y toma el nombre de bienes gananciales, como se establece en el artículo 323 del CC.

Este proceso se inicia con el inventario valorizado de los bienes (art. 320 del CC). La facción de este inventario puede hacerse de manera convencional o judicial; en este último caso, la vía procedimental es la establecida para el proceso no contencioso, de acuerdo al artículo 749 del CPC.

3.1.8.6 Liquidación de la sociedad de gananciales

Si el fenecimiento de la sociedad de gananciales se produce por separación de cuerpos o divorcio (incs. 2 y 3 del art. 318 del CC), procede acumular la pretensión de separación de bienes gananciales en dicho proceso (art. 483 del CPC).

Procedería también dicha acumulación para los casos de invalidación del matrimonio (proceso de conocimiento), conforme se establece en el artículo 281 del CC.

Para los casos de fenecimiento de la sociedad de gananciales por las causales de declaración de ausencia, muerte de uno de los cónyuges o cambio de régimen patrimonial, no se señala una vía propia para proceder a la liquidación de dicha sociedad, por lo que no está prohibido que se utilice la vía procedimental de acuerdo a la cuantía de los bienes que conforman esa sociedad.

3.1.8.7 Pérdida de los gananciales por uno de los cónyuges

Sobre este tema existe una regla muy definida: cuando se trata (en nuestro sistema) del divorcio, el cónyuge culpable pierde el derecho de gananciales respecto de los bienes propios del otro (art. 352 del CC). El trámite está sujeto a la forma de liquidación que se haga en el proceso de divorcio, o, en vía de acción, en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales señalado en el acápite anterior.

Sin embargo, como regla de carácter especial se contempla lo establecido en el artículo 324 del CC:

Artículo 324.— [Pérdida de gananciales por separación de hecho.—] En caso de separación de hecho, el cónyuge culpable pierde el derecho a gananciales proporcionalmente a la duración de la separación.

Esta situación particular está determinada sólo para el caso del abandono del hogar (separación de hecho), caso en que sí procede la pérdida

de todos los bienes gananciales del culpable durante el tiempo del abandono. La acción estaría en su caso supeditada al proceso de divorcio, u otro en vía de acción directa (cuando no hay divorcio). La vía que corresponde dependería de la calificación que pueda hacer el juez o del monto de la pretensión.

3.1.8.8 Uniones de hecho

Para reclamar los efectos jurídicos que de manera restringida concede nuestra legislación a este tipo de uniones, resulta necesario previamente acreditar su reconocimiento. En el proceso respectivo se harán valer las acumulaciones necesarias y pertinentes que se conceden a los concubinos en el artículo 326 del CC (con las modificaciones tácitas de algunos aspectos que hace el art. 5 de la Constitución Política actual).

Esta acción debe tramitarse en la vía de conocimiento, en aplicación del inciso 1 del artículo 475 del CPC.

3.1.9 Decaimiento y disolución del matrimonio

Si se entiende por decaimiento la separación de cuerpos, debe considerarse que ésta procede de dos maneras. Una es por la forma convencional (antes: mutuo disenso), de acuerdo a las reglas del proceso sumarísimo, según se dispone en el inciso segundo del artículo 546 del CPC (con las reservas que tenemos: puede tratarse de un proceso no contencioso que no termina en divorcio –no se tramita– sino que éste se produce por disolución directa, conforme se establece en el artículo 354 del CC).

Pero, si se trata de la separación de cuerpos por causales, así como del divorcio (que sólo procede por causales: art. 333, menos el inc. 11, del CC), entonces se tramitará como proceso de conocimiento, con las acumulaciones originarias de pretensiones, las sucesivas y las medidas cautelares, conforme se establece en el artículo 480 y siguientes del CPC.

3.1.10 Sociedad paterno filial

Las acciones derivadas de la filiación matrimonial, como la contestación del estado de filiación, o lo conocido también como impugnación de paternidad (que procede únicamente para la filiación matrimonial), conforme se establece en el artículo 363 del CC, así como también las acciones para la declaración judicial de la paternidad o maternidad extramatrimonial, se tramitan con las reglas del proceso de conociemien-

to en aplicación del inciso 1 del artículo 475 del CPC. También corresponde a esta vía la acción que confiere el artículo 399 del CC para los casos de impugnación al reconocimiento, en todas sus formas, de un hijo extramatrimonial.

3.1.10.1 Acción alimentaria e indemnización de daño moral de la madre en los casos de declaración de paternidad extramatrimonial

El artículo 414 del CC concede dichas acciones (de alimentar e indemnización) a la madre que ha tenido un hijo extramatrimonial y que ha obtenido la declaración de paternidad extramatrimonial en vía de reconocimiento o de manera judicial. Sin perjuicio de la acumulación originaria pertinente, con la acción de declaración judicial de paternidad podría accionarse de manera independiente mediante acción directa, en vía que dependerá de la cuantía, si se refiere a la indemnización (promesa de matrimonio: sponsales), o si se trata de alimentos se tramitará mediante el proceso sumarísimo ante el juez de paz letrado, por estar acreditada la obligación (con el reconocimiento o la sentencia declarativa de paternidad, en su caso), conforme se establece en el inciso primero del artículo 476 del CPC.

3.1.11 Adopción

El procedimiento establecido para la adopción está contenido en el artículo 379 del CC, en el que se indica que ella se tramitará con arreglo al CPC (si se trata de adopciones de mayores de edad) o al Código de los Niños y Adolescentes (si se trata de adopciones de menores de edad). Esta norma concuerda con las disposiciones de los artículos 147 y siguientes del Código de los Niños y Adolescentes, complementadas con el artículo 152 del mismo código. El trámite, según este código, es el de proceso no contencioso, con declaración de abandono en investigación tutelar si se trata de niños o adolescentes en situación de abandono (art. 185). El trámite es de proceso no contencioso en Juzgado Especializado, según el CPC, si los adoptados son mayores (art. 749 CPC).

3.1.12 Patria potestad y tutela

Como principio fundamental, debe entenderse que la patria potestad (en sentido jurídico) está referida de manera inherente a una facultad de los padres con respecto a sus hijos menores de edad (menores de 18

años), y que comprende derechos y deberes sobre la persona y bienes de estos hijos.

De lo anteriormente indicado se infiere que todos los trámites en los que se trate aspectos de niños y adolescentes se rigen por el Código de los Niños y Adolescentes, conforme se establece en los artículos IV y IX del mismo.

En consecuencia, en lo que respecta a la patria potestad, como regla su trámite debe estar referido al que se establece en el Código de los Niños y Adolescentes (así como también en lo que respecta a las demás instituciones que, según el libro tercero del mencionado código, se consideran como instituciones familiares bajo su alcance: patria potestad, suspensión, extinción, restitución, tenencia, régimen de visitas, alimentos, tutela y guarda, educación familiar y consejo de familia).

En lo que respecta a la patria potestad, deben tenerse en cuenta las acciones acumuladas al divorcio, como se ha indicado en dichos casos.

Sin embargo, hay que precisar que el Código Procesal Civil ha señalado para algunos aspectos relacionados con la patria potestad y su ejercicio, de igual forma que para la tutela y curatela, reglas específicas, que se tramitan como procesos no contenciosos conforme se establece en la primera disposición transitoria, así como en la sexta y séptima disposición final complementaria, que son las siguientes del Código Civil:

Artículo 419.– [Ejercicio conjunto de la patria potestad.–] La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación legal del hijo.

En caso de disentimiento, resuelve el juez del niño y adolescente conforme al proceso sumarísimo.

Artículo 426.– Los padres no están obligados a dar garantía para asegurar la responsabilidad de su administración, salvo que el juez, a pedido del consejo de familia, resuelva que la constituyan, por requerirlo el interés del hijo. En este caso, la garantía debe asegurar:

- 1) El importe de los bienes muebles.
- 2) Las rentas que durante un año rindieron los bienes.
- 3) Las utilidades que durante un año puede dejar cualquier empresa del menor.

Los incisos 2 y 3 sólo son de aplicación cuando los padres no tengan el usufructo de los bienes administrados.

En lo que se refiere a la exoneración de los padres de prestar garantía, el juez puede resolver que ésta se constituya a pedido del consejo de familia, si lo requiere el interés del hijo.

Artículo 427.— [En los casos de exoneración de los padres a rendir cuentas periódicas, a no ser que el juez resuelva a solicitud del consejo de familia otra cosa.]

Artículo 428.— [En cuanto a la modificatoria de la garantía y rendición de cuenta de los padres (a que se refieren los arts. 426 y 427 del CC).]

Artículo 429.— [Referente a la celebración de convenios entre padres e hijos que lleguen a la mayoría de edad, salvo dispensa del juez.]

Artículo 433.— [Para el caso de nuevo matrimonio de padres, administradores de los bienes de sus hijos.]

Artículo 507.— [Referente a la tutela legal de los hijos extramatrimoniales de que trata el artículo 506 del CC.]

Según la quinta disposición final complementaria del CPC, se tramitarán en *proceso sumarísimo* las situaciones que se deriven de los siguientes casos del Código Civil:

Artículo 460.— [Cuando surja oposición de intereses entre padres e hijos se procederá al nombramiento de un curador especial.]

Artículo 468.— [Nombramiento judicial de curador en caso de que el consejo de familia no cumpla con lo dispuesto en el artículo 467 del CC (se refiere a los casos de los arts. 446, 463, 464 y 466, inciso 3); el juez proveerá de un curador al hijo para que lo represente a éste en el juicio respectivo.]

También, conforme a lo dispuesto en la cuarta disposición final complementaria del CPC, se dispone que se tramitará en *proceso abreviado* lo que se derive de los siguientes casos del Código Civil:

Artículo 463.— [Las acciones que dan lugar a la privación de la patria potestad.]

Artículo 465.— El juez puede autorizar a los hijos, por causas graves, para que vivan separados del padre o de la madre que hubiese contraído matrimonio, poniéndolos bajo el cuidado de otra persona.

El juez fija las atribuciones que ésta debe ejercer.

Artículo 471.— [En los casos de restitución de la patria potestad (sólo para quienes hayan sido privados de ella). En caso de suspensión será aplicable el artículo 85 del Código de los Niños y adolescentes.]

Artículo 539.— [Sobre la retribución económica del tutor.]

Como complemento de las disposiciones procedimentales referidas anteriormente, según su caso, también resulta conveniente aclarar que todos los actos a que se refieren algunos artículos del CC, a los que a continuación se hace referencia, se entiende que son de conocimiento del juez de los niños y adolescentes, según el procedimiento correspondiente que se establece en dicho código o el CPC. Los dispositivos aludidos del Código Civil son los siguientes:

Artículo 506.— [Cuando no hay tutor nombrado, la preferencia la decidirá el juez para designar uno.]

Artículo 508.— [Nombramiento de tutor dativo.—] A falta de tutor testamentario o escriturario y de tutor legítimo, el consejo de familia nombrará tutor dativo a una persona residente en el lugar del domicilio del menor.

El consejo de familia se reunirá por orden del juez o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

Artículo 512.— [Discernimiento del cargo de tutor.—] El tutor tiene la obligación de pedir el discernimiento del cargo. Si no lo hace, el juez debe ordenarlo de oficio, o a pedido de los parientes, del Ministerio Público o de cualquier persona.

Artículo 514.— [Medidas cautelares.—] Mientras no se nombre tutor o no se discierna la tutela, el juez, de oficio o a pedido del Ministerio Público, dictará todas las providencias que fueren necesarias para el cuidado de la persona y la seguridad de los bienes del menor.

Artículo 516.— [Impugnación del cargo de tutor.—] Cualquier interesado y el Ministerio Público pueden impugnar el nombramiento de tutor efectuado con infracción del artículo 515.

Si la impugnación precediera al discernimiento del cargo, se estará a lo dispuesto en el Código Procesal Civil.

Artículo 523.— [Autorización judicial para el retiro de dinero y valores.—] Los valores y el dinero a que se refieren los artículos 521 y 522, no pueden ser retirados de las instituciones de crédito, sino mediante orden judicial.

Artículo 530.— El menor que ha cumplido catorce años y cualquier interesado puede recurrir al juez contra los actos del tutor.

Artículo 531.— [Autorización judicial para enajenación o gravamen de bienes.—] Los bienes del menor no pueden ser enajenados ni gravados sino con autorización judicial, concedida por necesidad o utilidad y con audiencia del consejo de familia. Se exceptúan de esta disposición los frutos en la medida que sean necesarios para la alimentación y educación del menor.

Artículo 532.— [Autorización judicial para otros actos que requiera el tutor.—] El tutor necesita también autorización judicial concedida previa audiencia del consejo de familia para:

- 1) Practicar los actos indicados en el artículo 448.
- 2) Hacer gastos extraordinarios en los predios.
- 3) Pagar deudas del menor, a menos que sean de pequeña cuantía.
- 4) Permitir al menor capaz de discernimiento, dedicarse a un trabajo, ocupación, industria u oficio [...].
- 5) Celebrar contrato de locación de servicios.
- 6) Celebrar contratos de seguro de vida o de renta vitalicia a título oneroso [...].

Artículo 533.— [Intervención del mayor de dieciséis años en los casos de los artículos 531 y 532.]

Artículo 534.— [Procedimiento para la autorización judicial: es de aplicación lo dispuesto en el artículo 449 (intervención del menor en disposición de sus bienes).]

Artículo 535.— [Venta de los bienes del menor fuera de subasta.]

Artículo 536.– [Actos practicados por el tutor sin autorización judicial.]

Artículo 542.– [Forma de rendición de cuentas: proceso abreviado.–] La rendición, a solicitud del tutor o del consejo de familia, se presenta en ejecución de sentencia del proceso abreviado. La presentación, en audiencia que el juez señalará al efecto y con presencia del menor si tiene más de catorce años, se hace por escrito, adjuntando copia de los documentos justificantes u ofreciendo otros medios probatorios. En la audiencia, el tutor proporcionará las explicaciones que le sean solicitadas.

La demanda de desaprobación se formula, de ser el caso, dentro del plazo de caducidad de sesenta días después de presentadas las cuentas y se tramita como proceso de conocimiento.

Artículo 554.– [Remoción del cargo de tutor.]

Artículo 555.– [Suspensión provisional del cargo de tutor.]

Artículo 557.– [El menor que ha cumplido catorce años puede pedir al juez la remoción del tutor.]

Artículo 563.– [Tutela oficiosa.]

3.1.13 Alimentos

El instituto del derecho alimentario también ha sido integrado al Código de los Niños y Adolescentes, conforme se establece en los artículos 101 y siguientes del referido cuerpo legal. Sin embargo, se entiende que sólo se aplicarán tales dispositivos cuando se trate de los alimentos para los niños y adolescentes (y, en caso excepcional, para una petición conjunta con la madre o hermanos mayores), como se establece en los artículos 105 y 106 del aludido cuerpo legal. Sin embargo, por disposición posterior al CPC, fue necesario expedir otra resolución permitiendo el conocimiento de dichos procesos también al Juzgado de Paz Letrado, en forma transitoria, mientras no se provea mayor número de Juzgados de los Niños y Adolescentes, hoy convertidos en Juzgados de Familia.

En cuanto al derecho de alimentos para hijos mayores de edad (arts. 473 y 483 del CC), así como para el caso del llamado hijo alimentista (art. 415 del CC), para el caso de concubinos (art. 326 del CC), de las madres solteras (reconocimiento o declaración judicial de los hijos

extramatrimoniales, art. 414 del CC), de los excónyuges (art. 350 del CC), la demanda se tramitará con arreglo al proceso sumarísimo, conforme se establece en el artículo 546 del CPC.

3.1.14 Curatela

Hay que señalar, como se dispone en el artículo 565 del CC, que la curatela se instituye para:

- 1) Los incapaces mayores de edad.
- 2) La administración de bienes.
- 3) Asuntos determinados.

Según el artículo 566 del CC, no puede nombrarse curador para los incapaces sin que preceda declaración judicial de interdicción, salvo en el caso del inciso 8 del artículo 44 del CC (los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil).

La interdicción se rige por los trámites del proceso sumarísimo, como se establece en el inciso 3 del artículo 546 del CPC, y corresponde nombrar curador al juez que conoce la interdicción, conforme se establece en el artículo 581 del CC.

El curador de los incapaces a que se refieren los artículos 584 (declaración de prodigalidad), 585 (incapacidad por mala gestión) y 586 (curatela del ebrio habitual o toxicómano) será designado por el juez, oyendo al consejo de familia.

En cuanto a la curatela especial a que se refiere el artículo 606 del CC, también se tramita en proceso sumarísimo, como se establece en la quinta disposición final complementaria del CPC.

3.1.15 Consejo de familia

Conforme se establece en el artículo 619 del CC, habrá un consejo de familia para velar por la persona e intereses de los menores y de los incapaces mayores de edad que no tengan padre ni madre. También lo habrá aunque viva el padre o la madre, en los casos que señala este código.

Por consiguiente, el trámite está determinado para cada caso, como se consigna en el artículo 622 del CC, que indica que el juez de menores o el de paz, en su caso, puede decretar la formación del consejo, de oficio o a pedido del Ministerio Público o de cualquier persona.

Como conclusión a todo lo desarrollado en el acápite 3.1.11 y siguientes de este trabajo, se puede resumir que corresponde al juez de los niños y adolescentes el conocimiento de los siguientes procesos contenciosos (art. 184 del CNA):

- 1) Suspensión, extinción o restitución de la patria potestad.
- 2) Tenencia.
- 3) Régimen de visitas.
- 4) Tutela.
- 5) Alimentos.
- 6) Protección a los intereses difusos o individuales que le atañen.

El trámite es el establecido por el proceso único y, en forma supletoria, por las normas del CPC (art. 185 del CNA).

Los procesos no contenciosos que corresponde conocer al juez especializado del niño y adolescente, son (art. 186 del CNA):

- 1) De la guarda.
- 2) Del consejo de familia.
- 3) De la licencia para enajenar y utilizar bienes de menores.
- 4) De las autorizaciones (dispensa matrimonio, viajes.)
- 5) De la adopción.
- 6) Los demás que señale la ley.

En cuanto a los procesos que no tengan procedimiento especial contemplado en el Código de los Niños y adolescentes, se rigen por las normas del CPC.

El convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572

Fernando CANTUARIAS SALAVERRY

Hace unos días ha sido publicada la ley 26572 –ley general de Arbitraje– (en adelante simplemente LGA), la cual modifica, en poco más de tres años, el marco normativo aplicable a la práctica arbitral en nuestro país¹.

La nueva LGA introduce saludables mejoras respecto de muchas de las instituciones reguladas por la anterior ley arbitral². Uno de estos cambios fundamentales está referido a la adopción de la figura del convenio arbitral, institución que en nuestra opinión permitirá el desarrollo de la práctica arbitral en el país.

El presente artículo tiene como misión explicar cuáles han sido las consecuencias de haber regulado en nuestro país la dualidad *cláusula compromisoria-compromiso arbitral*, cuáles fueron las fallas de la anterior

¹ La nueva ley general de Arbitraje –ley 26572– ha sido publicada el 5 de enero último, habiendo entrado en vigencia al día siguiente. Deroga la anterior ley general de Arbitraje –decreto ley 25935– aunque esta última disposición seguirá rigiendo los procesos arbitrales iniciados antes de la vigencia del nuevo dispositivo legal, de conformidad con la quinta Disposición Complementaria y Transitoria de la ley 26572.

² Si bien el decreto ley 25935 significó un gran avance si lo comparamos con las vetustas normas sobre arbitraje contenidas en el Código de Procedimientos Civiles y Código Civil, este cuerpo legal cometió algunos errores, los cuales motivaron la necesidad de promulgar un nuevo texto normativo a poco más de tres años de su expedición. Sobre el tema recomendamos leer: CANTUARIAS S., Fernando, y Manuel Diego ARAMBURÚ Y., *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1994, pp. 63 y ss.; CANTUARIAS S., Fernando, «Los árbitros en la ley general de Arbitraje: algunas reflexiones», *Revista del Foro*, n.º 2, Colegio de Abogados de Lima, Lima, 1993, pp. 75 y ss.; CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, «Algunos de los principales cambios que contiene el anteproyecto de la nueva ley general de Arbitraje», *Gaceta Jurídica*, n.º 13, Lima, 1995, pp. 57-A y ss.; y CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, «Algunas modificaciones que deben hacerse con urgencia a las disposiciones sobre arbitraje doméstico contenidas en la ley general de Arbitraje», *Themis, Revista de Derecho*, n.º 31, Lima, 1995, pp. 37 y ss.

ley general de Arbitraje en esta materia y cómo operará el sistema con la nueva LGA.

1 La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral

Hasta antes de la dación de la anterior LGA, nuestro ordenamiento jurídico siempre distinguió dos tipos de acuerdos arbitrales: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral³.

La cláusula compromisoria, como bien indica Matthies, «es un acuerdo de voluntades que se celebra casi siempre conjuntamente con uno o varios negocios jurídicos y *en donde las partes declaran de antemano su decisión de someter cualesquiera controversias que pudieren resultar de la interpretación o ejecución de dichos negocios*, a la exclusiva jurisdicción de árbitros. Se le da el nombre de cláusula porque generalmente va inserta como una de muchas cláusulas de que consta el o los negocios que liga a dos o más partes. Sin embargo, nada obsta para que la cláusula compromisoria sea escriturada en documento separado [...]»⁴.

Por su parte, Cárdenas⁵ define al compromiso arbitral como el acuerdo mediante el cual «dos o más partes acuerdan voluntariamente que una controversia determinada, *existente entre ellas*, materia o no de un juicio, sea resuelta por uno o más terceros (el o los árbitros), a los que designan, sometiéndose expresamente a su jurisdicción y decisión». El contrato de compromiso arbitral puede otorgarse como consecuencia de haberse celebrado previamente una cláusula compromisoria o aun sin la existencia de ésta; pero sólo cuando ha surgido una controversia entre las partes (a diferencia de la cláusula compromisoria, que se suscribe cuando no existe pleito).

³ En el Perú esta distinción fue tratada de manera explícita en el Código Civil de 1984 (arts. 1906 y 1909). El Código de Procedimientos Civiles de 1912 se refirió de manera indirecta a la cláusula compromisoria en el artículo 556.

GARRO, Alejandro M., «Enforcement of Arbitration Agreements and Jurisdiction of Arbitral Tribunals in Latin America» (en adelante simplemente «Enforcement»), *Journal of International Arbitration*, vol. 1, n.º 4, 1989, p. 312. Explica el autor que esta distinción también se encuentra presente en los siguientes ordenamientos jurídicos latinoamericanos: Código Civil y Comercial Federal argentino (art. 739), Código Civil del Brasil (art. 1038), Código de Comercio de Colombia (art. 2011), Código de Procedimientos Civiles del Ecuador (art. 1014), Código Judicial de Panamá (art. 1733) y Código de Procedimientos Civiles de Venezuela (art. 503).

⁴ MATTHIES T., Félix Roland, *Arbitrariedad y arbitraje: un análisis de la normatividad sobre arbitraje de Derecho privado en Venezuela* (pendiente de publicación), pp. 15-16.

⁵ CÁRDENAS Q., Carlos, Delia REVOREDO (compiladora), *Código Civil, Exposición de Motivos y comentarios*, t. VI, 1985, p. 641.

A partir de estas definiciones, verifiquemos que la única diferencia sustancial entre la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral es el hecho de que, mientras al momento de suscribirse una cláusula compromisoria no hay conflicto, cuando se celebra un compromiso arbitral ya existe controversia.

Sin embargo, esta sola diferencia, que en nuestra opinión carece de sustantividad, genera efectos muy distintos, ya que las partes que han suscrito una cláusula compromisoria tendrán obligatoriamente que otorgar un nuevo contrato –compromiso arbitral– como paso previo al arbitraje, no pudiendo en consecuencia acudir a arbitrar directamente sus controversias.

Como veremos a continuación, este efecto, diverso de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, resulta siendo funesto.

1.1 Problemas que se presentan en la ejecución de los contratos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral

Todas las legislaciones a las que hemos hecho referencia anteriormente⁶, disponen que si las partes han pactado un acuerdo arbitral antes de que nazca la controversia (cláusula compromisoria), cuando ésta se presente tendrán necesariamente que otorgar un nuevo contrato –compromiso arbitral– como paso previo ineludible para derivar el conflicto al arbitraje y evitar de esa manera la intervención del Poder Judicial.

Fijémonos que mientras la cláusula compromisoria se suscribe «[...] cuando todavía no media pleito alguno; por el contrario, las partes se encuentran en lo mejor de sus relaciones y deciden que, si algún día se produce un desentendimiento entre ellas, recurrirán a un arbitraje antes que a un juicio [...]»⁷, cuando la ley les obliga a otorgar el compromiso arbitral, las partes «se encuentran en un estado de ánimo radicalmente diferente de aquel que prevalecía cuando suscribieron la cláusula compromisoria. Ya no están en el mejor momento de sus relaciones, sino en el peor; y muy probablemente existe un estado de guerra sorda o manifiesta entre ellas. No es, pues, la ocasión ideal para pedirles un nuevo acuerdo de voluntades»⁸.

⁶ Ver *supra*, cita n.º 3.

⁷ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, «Los conceptos y las cosas, vicisitudes peruanas de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral», *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*, libro homenaje a Ludwick Kos Rabcewitz, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1989, p. 549.

⁸ *Ibid.*, p. 549.

Sin embargo, las legislaciones que mantienen la distinción bajo estudio exigen a las partes la suscripción del compromiso arbitral, aun cuando saben que ello será imposible de cumplir en la generalidad de los casos (si no en todos)⁹, ya que obviamente «la parte que está en falta tiene todos los incentivos para no suscribir dicho contrato: sabe que si va al arbitraje, lo más probable es que pierda en un corto plazo (a diferencia del Poder Judicial, donde la resolución del conflicto tomará varios de años en el mejor de los casos) y, al tratarse de árbitros expertos en la materia, posiblemente el laudo reconocerá en favor de la otra parte las prestaciones debidas (a diferencia de los jueces, los cuales muchas veces son poco técnicos en temas contractuales y/o comerciales, lo que puede llevar a que se otorguen o reconozcan menores beneficios en favor de la parte que no está en falta). ¿Qué hará entonces la parte deudora? Pues tratará de dilatar a lo máximo la suscripción del compromiso arbitral, planteando condiciones inaceptables y, como sucede en la gran mayoría de los casos, no otorgará el compromiso arbitral»¹⁰.

¿Qué salida nos ofrecen las legislaciones que obligan a la suscripción del compromiso arbitral, cuando una de las partes se niega a otorgarlo? Pues nada más y nada menos que el tener que acudir al Poder Judicial, para que, luego de un largo proceso, sea el juez quien en rebeldía otorgue el famoso compromiso arbitral, imponga el nombre de todos los árbitros y determine además las materias que las partes podrán someter a conocimiento de los árbitros¹¹.

⁹ BOND, Stephen R., «How to Draft an Arbitration Clause», *Journal of International Arbitration*, vol. 6, n.º 2, 1989, p. 67. En este artículo publicado en su calidad de secretario general de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Bond señala: «Experience makes clear that if you wish to have arbitration, an arbitration clause must be incorporated into the contract or otherwise become part of the written agreement establishing the commercial relationship between you and your business partner. Of the 237 cases submitted to the ICC Court last year, only four of them resulted from a compromis, that is, an agreement to submit an already-existing dispute to arbitration. The other 233 cases arose from clauses compromissoires, that is, an arbitration clause agreeing to submit future disputes to arbitration. The reasons are obvious. Once a dispute arises, in most instances the parties can no longer agree on anything, including how to resolve their dispute.»

¹⁰ CANTUARIAS S., Fernando, «Cláusula compromisoria y compromiso arbitral vs. convenio arbitral», *ADSUM Revista Jurídica*, n.º 8, Lima, 1993, p. 92.

¹¹ Hay que añadir además los costos que genera la propia actividad jurisdiccional, la posibilidad de que la parte en falta dilate el procedimiento, y, lo más grave aún, la posibilidad de que el juez se niegue a otorgar el bendito compromiso arbitral, con lo que de esa manera la controversia se quedará definitivamente en el Poder Judicial.

FARGOSI, Alejandro, *Commercial Arbitration in Argentina. Commercial and Labor Arbitration in Central America*, editado por Alejandro M. Garro, American Bar Association, Nueva York, 1991, p. 21. «Any potential debtor who faces litigation has the option of submitting the dispute to the courts, where ordinary proceedings last about two years, or submitting the

Así, las partes que querían evitar la intervención del Poder Judicial¹², por imposición de este absurdo sistema terminarán en manos de los jueces para que éstos nombren a todos los árbitros¹³, y lo que es más grave aún, para que determinen de antemano lo que se debe arbitrar y lo que quedará exclusivamente en manos del aparato jurisdiccional del Estado¹⁴.

Luego de haber descrito este absurdo y penoso procedimiento por el que tienen que desfilar todos aquellos que quieran arbitrar sus controversias en aquellos Estados que mantienen la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, no es de extrañar que, como ha sucedido en el Perú, «[...] el arbitraje no haya tenido mayor utilidad [...]. Es significativo que en siete años, entre 1968 y 1974 (no disponemos de estadísticas de otros períodos), solamente haya habido diez arbitrajes, tres de derecho y siete por árbitros arbitradores»¹⁵.

Es cierto que la poca utilización del arbitraje está íntimamente ligada a su limitada difusión y al desconocimiento por parte de sus potenciales usuarios (abogados, comerciantes, etc); pero también es cierto que gran parte de su inutilidad estriba en la pobre regulación que se ha dado respecto de dicha institución, en especial en lo que se refiere a la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral.

case to arbitration, where in a maximum of six months the matter is likely to be resolved [...] from the perspective of a debtor in default, the financial option is to pay the eventual debt within six months, including real interest, or to pay it two or three years later, thus obtaining the additional benefit of disposing of the money at a reduced interest rate. Except for the potential debtor who acts according to strict ethical standards, or who has discovered the value of a good business reputation, most will prefer to profit at the expense of their creditors, in spite of having to pay the costs of the trial. A debtor benefits from the inflation in a two year trial despite the eventual payment of court costs and expenses.»

¹² CAIVANO, Roque J., *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc SRL., Buenos Aires, 1993, p. 135. «Importa una verdadera paradoja que las partes deban recurrir a la justicia —a la misma justicia que quisieron evitar al pactar el arbitraje— y que ello sea para poner en funcionamiento el sistema elegido, sin haber podido siquiera entrar al tratamiento de las cuestiones litigiosas.»

¹³ Las partes al suscribir la cláusula compromisoria consideran, entre otros factores, la ventaja que significa que terceras personas de su confianza (nombradas por ellas) o extrañas (pero designadas por un tercero por ellas nominado para tal fin) resuelvan sus potenciales disputas, en vez de que sea un juez impuesto por el Estado el que proceda con tal misión. Sin embargo, dentro de este sistema, en la generalidad de los casos será justamente el juez el encargado de imponer a las partes el nombre de todos los árbitros.

¹⁴ Nadie discute que los árbitros sólo pueden conocer y fallar respecto de aquellos temas que las partes les han delegado expresamente. Sin embargo, la pregunta que nos hacemos es: ¿Por qué debe ser el juez el que previamente tenga que determinar la extensión de la controversia? ¿Por qué no dejar este tema a las partes y a los árbitros, al menos en una primera instancia?

¹⁵ TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *op. cit.*, pp. 550-551.

Por ello compartimos plenamente las palabras de Trazegnies¹⁶, quien considera que la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral convierte al arbitraje «en algo absolutamente inoperante», agregando que, «no es de extrañar que, en estas condiciones, el arbitraje no haya tenido mayor utilidad en el país».

1.2 Origen y necesidad de eliminar la distinción

No existiendo justificación alguna para mantener la distinción bajo estudio, resulta importante el preguntarse cómo y por qué apareció y si es posible reemplazarla por otra figura que no cause tantos problemas.

¹⁶ Ibid., p. 551. Adicionalmente debemos indicar que la doctrina tradicional plantea hasta cuatro justificaciones para mantener esta discutible distinción. La primera especialmente propuesta por Ogayár y Ayllón (citado por CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *op. cit.*, p. 674), el cual considera que no es posible acudir directamente al arbitraje teniendo un simple acuerdo arbitral suscrito antes de que nazca la controversia (cláusula compromisoria), ya que la materia controvertida no está debidamente determinada; por lo que de permitirse a las partes el acudir directamente al arbitraje, ello significaría una renuncia genérica a la jurisdicción natural del Poder Judicial. Obviamente esta justificación es inaceptable, ya que cuando se suscribe un acuerdo arbitral conjuntamente con un contrato principal o en forma independiente pero haciendo referencia a una relación jurídica, la materia controvertida está debidamente determinada a toda controversia que se presente en la interpretación y/o ejecución de esa relación jurídica. Por tanto, no puede hablarse de renuncia genérica cuando el propio acuerdo arbitral determina su ámbito de aplicación.

TRAZEGNIES GRANDA, Fernando de, *op. cit.*, p. 552, hace saber que una segunda justificación consiste en que si bien al momento de otorgarse la cláusula compromisoria la materia controvertida está debidamente determinada en su máxima extensión, «los árbitros no pueden operar sin una definición previa de los términos [exactos] de la controversia por las partes; es preciso decirles el punto controvertido sobre el cual tienen que pronunciarse», por lo que resultaría necesario que se otorgue el compromiso arbitral. Sin embargo, el propio Trazegnies se apura en negar esta afirmación, ya que para determinar los términos precisos de la controversia «no es preciso un segundo acuerdo formal de voluntades sino que bastaría una presentación unilateral de las respectivas posiciones ante el árbitro, de la misma manera como sucede en un juicio con la demanda y su contestación. Esto simplificaría notablemente el procedimiento y evitaría tener que recurrir al Poder Judicial, aun antes de comenzado el arbitraje, para definir lo que va a ser materia de arbitraje.»

También se da como justificación el hecho de que normalmente cuando se suscribe una cláusula compromisoria las partes no suelen nombrar a los árbitros, razón por la cual, cuando surge la controversia, resulta necesario otorgar el compromiso arbitral para identificar a los miembros del tribunal arbitral. Esta justificación también carece de valor, pues si bien al momento de otorgarse la cláusula compromisoria no se suele nombrar a los árbitros, este hecho no tiene por qué conllevar la suscripción de un nuevo contrato, ya que si no existen árbitros nombrados, pues bastará que las partes los designen (por ejemplo, mediante un simple intercambio de comunicaciones), o que el tercero nominador (una institución arbitral, por ejemplo) proceda al nombramiento, o, a falta, proceda a la designación el juez o alguna institución gremial y/o profesional. Y punto.

Como demostraremos a continuación, a diferencia de lo que muchos juristas creen o nos quieren hacer creer, la distinción bajo estudio no tiene un origen legal, sino una explicación en la historia de Francia.

Como señala Von Mehren¹⁷, durante los primeros años de la Revolución francesa el acceso al arbitraje se llevó a cabo sin reserva alguna. Sin embargo, como bien indica Garro¹⁸, pasados algunos años y ante la reacción en contra de la ideología revolucionaria, comenzó a crecer la hostilidad del Poder Judicial hacia el arbitraje. Esta hostilidad tuvo como punto culminante el fallo de la Corte Suprema francesa del 10 de julio de 1843, en el caso seguido entre L'Alliance contra Prunier, en el que se declaró expresamente nulo el pacto por el cual las partes acuerdan arbitrar cualquier futura controversia —cláusula compromisoria—¹⁹.

Esta reacción del supremo tribunal de justicia francés poco tuvo que ver con consideraciones jurídicas y más con criterios políticos y de manifiesta hostilidad y temor hacia el arbitraje. Von Mehren explica que el fallo demostró el temor de los jueces de que si la cláusula compromisoria era permitida, ésta sería pactada por la generalidad de los individuos, quitándole de esa manera poder a los magistrados²⁰.

Obviamente este fallo tuvo como única finalidad la de impedir que las partes acudieran a arbitrar sus controversias, ya que la experiencia había demostrado en ese momento, como ahora, que en la generalidad de los casos las partes acuerdan arbitrar antes de que se presente el conflicto, mientras que sólo en un número reducido de casos se dispone arbitrar cuando las controversias ya son existentes²¹.

Finalmente, el jurista argentino Horacio GRIGERA NAÓN, «Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility», *Arbitration International*, vol. 5, n.º 2, 1989, pp. 146-148, justifica la distinción bajo estudio, ya que en su opinión el solo hecho de tener que sentarse en la mesa cara a cara para suscribir el compromiso arbitral y determinar de esa manera la materia controvertida, el nombre de los árbitros y cualquier otro tema vinculado al futuro arbitraje, posibilita que las partes cooperen de forma amistosa en la determinación de todo lo relativo al arbitraje e incluso lleguen a transar sus controversias.

Obviamente esta visión romántica e idealista sobre la función que cumpliría la celebración del compromiso arbitral choca frontalmente con la realidad. En vez de ser un trámite que permita la cooperación de las partes, la obligación de otorgar el compromiso arbitral se convierte en la generalidad de los casos en un entorpecimiento del arbitraje, ya que la parte deudora hará todo lo posible para no suscribirla, terminando esta «guerra sucia» ante los tribunales de justicia.

¹⁷ VON MEHREN, Arthur Taylor, «International Commercial Arbitration: The contribution of the French Jurisprudence», *Louisiana Law Review*, vol. 46, n.º 5, Louisiana State University, 1986, pp. 1046 y ss.

¹⁸ GARRO, Alejandro M., «Enforcement», *op. cit.*, p. 314.

¹⁹ VON MEHREN, Arthur Taylor, *op. cit.*, p. 1946; GARRO, Alejandro M., «Enforcement», *op. cit.*, p. 314.

²⁰ VON MEHREN, Arthur Taylor, *op. cit.*, p. 1047.

²¹ Ver *supra*, cita n.º 9.

Luego del fallo los juristas se encargaron de explicar «jurídicamente» la distinción entre el pacto previo –cláusula compromisoria– y el acuerdo suscrito una vez surgida la controversia –compromiso arbitral–, dando a entender mediante la aplicación de un sinnúmero de teorías, que existían entre ambos contratos grandes diferencias. Sin embargo, en la realidad, los juristas se olvidaron de que la distinción poco o nada tenía que hacer con el Derecho, sino simplemente con una visión hostil hacia el arbitraje.

Con los años esta actitud hostil hacia el arbitraje ha ido cambiando poco a poco. Es así que a partir de los primeros años del siglo XX, y en especial luego de la segunda guerra mundial, el arbitraje ha vuelto a constituirse en el mecanismo idóneo de resolución de conflictos entre particulares, principalmente valioso en el intercambio comercial internacional.

Desgraciadamente la casi totalidad de las legislaciones arbitrales latinoamericanas han copiado y mantenido inmutable la distinción bajo estudio como si fuera sagrada, despreocupándose, no sabemos si de forma intencional, de sus funestas consecuencias prácticas²².

Obviamente, para impulsar el renacimiento o, mejor dicho, el nacimiento efectivo de la práctica arbitral en Latinoamérica y especialmente en el Perú, resulta necesario acabar con la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, como una demostración palpable de que la actitud hostil hacia el arbitraje ha terminado²³. Para ello, como veremos enseguida, es que justamente se creó la figura del convenio arbitral.

2 El convenio arbitral

En muy simples palabras, el término «convenio arbitral» no hace más que reconocer que la existencia de un acuerdo arbitral pactado antes de que nazca la controversia (cláusula compromisoria), es suficiente para que las partes puedan acudir directamente al arbitraje, sin tener que

²² GARRO, Alejandro M., «Enforcement», *op. cit.*, p. 373. «Thus, whereas in most modern arbitration statutes and international arbitration conventions the distinction between arbitral clauses and submission retains a merely theoretical value, it has been noted that in many Latin American countries the distinction remains undisturbed with devastating consequences for the development of domestic as well as international arbitration».

²³ CAIVANO, Roque J., *op. cit.*, pp. 134-135. «Si se piensa en el compromiso arbitral como una fórmula inevitable para acceder al arbitraje, estaremos generando una de las más importantes fuentes de litigios y demoras en su implementación, y uno de los más sólidos factores impeditivos para la aceptación del arbitraje como método alternativo de resolución de conflictos.»

otorgar un nuevo contrato –compromiso arbitral–. En otras palabras, mediante la aplicación de la figura del convenio arbitral, a las partes les bastará suscribir una «cláusula compromisoria» para que, sin la necesidad de suscribir otro documento, puedan derivar sus controversias al arbitraje cuando éstas se presenten²⁴.

Según tenemos entendido, la primera referencia al convenio arbitral se dio en el ámbito internacional en el Protocolo relativo a Cláusulas de Arbitraje, adoptado en Ginebra en 1923²⁵. Sin embargo, fue recién en 1958 cuando se adoptó el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, más conocido como la Convención de Nueva York de 1958, que adquirió vigencia mundial²⁶, habiendo servido esta convención como modelo para la modernización de otros instrumentos internacionales y de muchas legislaciones domésticas²⁷, las cuales han eliminado definitivamente la dualidad cláusula compromisoria-compromiso arbitral.

Igual sucede con la reciente legislación arbitral española de 1988, la cual, como bien indica García Rubio²⁸, «a partir de la entrada en vigor de la nueva LA el régimen dual deja de existir, englobándose ambas instituciones, pacto y compromiso, con idénticos efectos, en el más ge-

²⁴ SANDERS, Pieter, «Exposición en la clausura del Seminario de Arbitraje Comercial Internacional»: *El arbitraje comercial en Iberoamérica*, Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 1982, pp. 375-376. Este autor, al referirse acerca de las legislaciones arbitrales latinoamericanas, indica que «al contrario de la situación prevaleciente en el resto del mundo, la cláusula compromisoria, aunque legalmente obligatoria, necesita todavía complementarse con un compromiso, a redactar de una forma especial, una vez haya surgido una disputa. Esta situación también surgió en Francia hace unos cincuenta años, pero fue abandonada cuando la ley se cambió en 1926, de acuerdo con el Protocolo de Ginebra de 1923. Actualmente, la cláusula arbitral es suficiente por sí misma en cualquier parte; no existe la necesidad de reunir a las partes, una vez surgida una disputa, para redactar un acta de compromiso (sometimiento a arbitraje) ni de apelar a un tribunal cuando una de las partes no lo desee».

²⁵ El texto de dicho protocolo puede ubicarse en el excelente libro del Dr. Ulises MONTOYA ALBERTI, *El arbitraje comercial*, Cultural Cuzco S.A., Lima, 1988, pp. 301-303.

²⁶ El texto de la Convención puede ubicarse en el libro del Dr. Montoya, *op. cit.*, pp. 309-314. Sobre una explicación de los antecedentes de dicha convención, recomendamos leer: CANTUARIAS S., Fernando, «Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales: la Convención de Nueva York de 1958 y la ley modelo de UNCITRAL», *Themis, Revista de Derecho*, n.º 21, segunda época, Lima, 1992, pp. 17-24.

²⁷ Así, tenemos por ejemplo al Reino Unido (Arbitration Act, 1950), Estados Unidos de América (Federal Arbitration Act de 1925 y Uniform Act), Países Bajos (Código Procesal Civil, artículo 620, según la reforma de 1972) y Bélgica (Código Procesal Civil, de acuerdo con la reforma de 1972). En Francia, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de reconocer el convenio arbitral.

²⁸ GARCÍA RUBIO, María Paz, «El convenio arbitral en la ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1989», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, Editorial Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 73.

nérico término “convenio arbitral”. La principal consecuencia de la equiparación establecida es que, a partir de la entrada en vigor de la LA, la cláusula compromisoria no necesita el complemento del compromiso para dar nacimiento al arbitraje».

2.1 Contenido del convenio arbitral

Hemos apreciado cómo la expresión «convenio arbitral» comprende tanto a la «cláusula compromisoria» como al «compromiso arbitral». En ese sentido, resulta pertinente el preguntarse cuál es el contenido mínimo o esencial del convenio arbitral.

En la división tradicional de cláusula compromisoria y compromiso arbitral, los elementos esenciales de ambos contratos son los siguientes:

– Cláusula compromisoria: a) El pacto mediante el cual las partes se comprometen a arbitrar sus controversias, y b) La fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los futuros e inciertos conflictos.

– Compromiso arbitral: a) La identificación de las partes; b) La designación de los árbitros; c) La definición de la materia controvertida; d) La indicación del plazo para laudo, y e) La determinación del lugar donde se desarrollará el arbitraje.

De esta manera, si las partes han suscrito un contrato de cláusula compromisoria, como éste carece de la determinación de la materia controvertida y normalmente no se han nombrado a los árbitros, cuando se origine la controversia las partes deberán otorgar un compromiso arbitral, cumpliendo con los requisitos en cuanto a su contenido obligatorio.

Dentro de este contexto, ¿cómo es posible que se permita gracias a la creación de la figura del «convenio arbitral» que las partes con una simple cláusula arbitral acudan a arbitrar directamente sus controversias, si no se han designado a los árbitros, definido la materia controvertida, indicado el plazo para laudo y determinado el lugar del arbitraje? Pues simplemente reconociéndose que los elementos esenciales del convenio arbitral son sólo dos:

1) El compromiso inequívoco y claro de que las partes desean arbitrar sus controversias²⁹, y

²⁹ PARK, William W., «Arbitration of International Contract Disputes», *The Business Lawyer*, vol. 39, 1984, p. 1785. «Essential to a binding arbitration clause is, of course, an unambiguous and unequivocal reference to arbitration [...]»

2) La fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los futuros e inciertos conflictos. Es decir, será necesario determinar respecto de qué relación jurídica se acudirá a arbitrar en caso de que se presente un conflicto entre las partes³⁰.

Verifiquemos que ambos elementos esenciales están presentes al momento de suscribirse la «cláusula compromisoria», ya que, por un lado, la «cláusula compromisoria» implica por sí misma una renuncia a la jurisdicción natural de los jueces, y, por otro lado, en ella se determina la extensión máxima de los conflictos al fijarse la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán las controversias que se presenten. De esta manera, independientemente de que las partes pacten un convenio arbitral antes de que nazca la controversia o cuando ésta ya exista, las partes pueden acudir directamente a arbitrar sus conflictos, sin tener que otorgar ningún otro contrato.

Otros elementos que las partes podrán pactar en cualquier momento pero cuya omisión no obligará a suscribir un nuevo contrato, son, entre otros³¹:

a) *El número de los árbitros.*— En caso de no existir pacto, las leyes suelen establecer supletoriamente que el número de árbitros será impar, normalmente tres.

b) *La designación de los árbitros.*— En caso de no haber sido designados en su oportunidad, la ley suele establecer mecanismos supletorios de nombramiento, siendo el más común aquel que establece que cada parte nombrará un árbitro y entre éstos se designará al tercero que presidirá el tribunal arbitral.

³⁰ Ibid., p. 1785. Park expresamente indica que la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los conflictos no debe implicar la determinación exacta de los términos de la controversia, ya que ello se hará ante los árbitros.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *op. cit.*, p. 74. Explica la autora que «la exigencia de determinación [de la relación jurídica] conlleva la invalidez del acuerdo de arbitraje relativo a relaciones meramente materiales o económicas o el referido genéricamente a cualquier asunto que pueda surgir entre las partes en el futuro, por implicar, este último, una renuncia general a la acción judicial».

Para cumplir con los requisitos esenciales indicados, bastará la redacción de un convenio arbitral, como el siguiente: «Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes de o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio de arbitraje [...]» (Esta cláusula arbitral es la recomendada por la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).)

³¹ REDFERN, Alan, y Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1991, pp. 165-171.

c) *Lugar del arbitraje*.— Si las partes no lo pactan, normalmente las leyes establecen en forma supletoria la forma de determinarlo o dejan el tema en manos de los árbitros.

d) *Arbitraje de derecho o de equidad*.— Las leyes optan por uno de estos dos tipos de arbitraje, a falta de pacto entre las partes.

e) *El procedimiento arbitral*.— Siendo el arbitraje un procedimiento de resolución de conflictos basado esencialmente en la autonomía de la voluntad de las partes, generalmente las leyes reconocen en las partes la facultad de establecer su propio procedimiento arbitral. A falta de acuerdo, la ley suele trasladar esta facultad a los árbitros o determinar un procedimiento supletorio.

f) *Renuncia a la apelación*.— En aquellas legislaciones que reconocen la facultad de acudir en apelación ante las cortes, normalmente se permite su renuncia.

g) *Costos del proceso*.— La ley suele establecer normas supletorias para determinar los costos del arbitraje, a falta de pacto entre las partes.

Como podemos apreciar, la figura del «convenio arbitral» permite a las partes acceder al arbitraje directamente, sin la necesidad de suscribir previamente un compromiso arbitral. Esto, como veremos enseguida, elimina la intromisión del Poder Judicial en esta etapa del arbitraje.

2.2 ¿Cómo se ejecuta un convenio arbitral una vez surgida la controversia?

Aquí caben hasta siete posibilidades, dependiendo de si el convenio arbitral se suscribe antes o después de que nazca la controversia, de si el arbitraje es institucional o *ad hoc*, y en este último caso, de si existe entidad nominadora de árbitros. Analicemos rápidamente cada supuesto por separado³².

2.2.1 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, sujeto a la administración de una institución arbitral

En este caso, como existe una institución arbitral, bastará que al surgir la controversia el interesado presente la información requerida por el reglamento arbitral respectivo.

³² Sobre el tema recomendamos leer: CANTUARIAS S., Fernando, y Manuel Diego ARAMBURÚ Y., *op. cit.*, pp. 148-158.

El reglamento arbitral determinará la forma como debe procederse a la designación de los árbitros, regulará la manera como deben plantearse las pretensiones de las partes y establecerá todas las normas procedimentales pertinentes.

De esta manera, con un simple convenio arbitral suscrito antes de que nazca la controversia, sujeto a la administración de una institución arbitral, las partes podrán acudir a arbitrar directamente sus conflictos, sin tener que suscribir o integrar un nuevo contrato, ni acudir al juez.

2.2.2 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, sujeto a una entidad nominadora de árbitros (opcional: la sumisión a un reglamento arbitral)

En este caso, aun cuando se trata de un arbitraje *ad hoc*, cuando nazca la controversia, a la parte interesada le bastará solicitar a la entidad nominadora (que puede ser, por ejemplo, el colegio de abogados de la localidad o cualquier tercero) que proceda a designar a los árbitros³³. Nombrados los árbitros, si además las partes han incorporado a su convenio arbitral algún reglamento arbitral, el proceso arbitral se regulará de conformidad con dicho reglamento³⁴. Caso contrario, y dependiendo de la legislación arbitral aplicable, el proceso será regulado por los árbitros o por las normas supletorias de la propia ley arbitral.

De esta manera, cuando se ha designado una entidad nominadora y ella cumple con el encargo, no habrá necesidad de suscribir o integrar un nuevo contrato y menos acudir al juez.

³³ CREMADES, Bernardo María, «España estrena nueva ley de Arbitraje», *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V, Editorial Civitas, Madrid, 1988-1989, p. 37. «Al contrario que en el arbitraje institucional, donde existe un organismo competente [...] que a solicitud de una de las partes, cumple una serie de funciones –como la designación de árbitros– cuando la otra parte no lo hace, las reglas «ad hoc» establecen una «autoridad designadora», que puede ser una institución o persona dispuesta a actuar como tal.»

En este caso pueden presentarse innumerables posibilidades, ya que las partes pueden pactar, por ejemplo, que los tres árbitros serán nombrados por el tercero designador, o que cada parte nombrará un árbitro y el tercero sólo nombrará al presidente del tribunal arbitral, o que este tercero sólo actuará en caso de que alguna de las partes incumpla con designar a su árbitro, etc.

³⁴ Las partes pueden acordar, por ejemplo, que el reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima se aplicará a su arbitraje. En este caso, si bien el arbitraje no es institucional (ya que la Cámara de Comercio no lo va a administrar), los árbitros, en el arbitraje *ad hoc* que se siga, deberán aplicar el reglamento de arbitraje antes indicado, ya que las partes así lo decidieron.

2.2.3 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, basado exclusivamente en el pacto de las partes

Éste es el típico arbitraje *ad hoc* que normalmente genera graves problemas, ya que al no existir una entidad administradora del arbitraje (arbitraje institucional) ni una entidad nominadora de árbitros, cuando surja la controversia será necesario que las partes se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros³⁵, y, si ello no ocurre, normalmente habrá que acudir al juez.

Pero fijémonos que aquí la intervención del juez se va a dar siempre y cuando no se haya pactado un arbitraje institucional o no exista o se haya negado a actuar una entidad nominadora de árbitros o cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo en la designación de los árbitros. Es decir, en este caso el juez actuará como una entidad nominadora residual de árbitros, cuya única función será la de colaborar en la designación de los árbitros faltantes. De esta manera el juez no otorgará ni integrará un convenio arbitral; es más, el juez prácticamente no podrá negarse a cumplir este encargo y jamás determinará la materia controvertida³⁶.

Una vez instalado el tribunal arbitral, el proceso se regirá por las normas acordadas por las partes y, a falta de aquéllas, por lo que dispongan los árbitros o la ley de la materia.

2.2.4 Convenio arbitral suscrito una vez que ha surgido la controversia, sujeto a la administración de una institución arbitral

En este caso las cosas son muy simples, ya que las partes al estar de acuerdo en acudir al arbitraje para resolver sus actuales conflictos, generalmente designarán a los árbitros y determinarán de antemano la materia en disputa, dejando todo lo demás a cargo del reglamento arbitral de la institución administradora del arbitraje.

Obviamente en este caso no habrá que ir al juez para nada.

³⁵ Generalmente las leyes arbitrales modernas establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, los árbitros serán tres. Asimismo disponen que a falta de acuerdo entre las partes acerca del sistema de designación de los árbitros, cada una designará un árbitro y entre éstos se nombrará al tercero que presidirá el tribunal arbitral.

Fijémonos que si resulta de aplicación este sistema supletorio, puede suceder que el juez que intervenga únicamente tenga que designar al árbitro de una de las partes, ya que la otra parte (la que requirió) necesariamente debió designar previamente a su árbitro, y el tercer árbitro deberá ser designado por los otros dos árbitros.

³⁶ Ver *infra*, punto n.º 4.3.

2.2.5 Convenio arbitral suscrito una vez surgida la controversia, sujeto a una entidad nominadora (opcional: la sumisión a un reglamento arbitral)

Este supuesto es difícil que se presente, ya que cuando las partes pactan la sumisión al arbitraje existiendo el conflicto, generalmente ellas mismas designan directamente a los árbitros. Sin embargo, nada obsta para que soliciten la intervención de un tercero para que cumpla con dicho encargo.

Nombrados los árbitros, el proceso será el mismo que el indicado en el punto 2.2.2 *supra*. Aquí tampoco intervendrá para nada el Poder Judicial.

2.2.6 Convenio arbitral suscrito una vez surgida la controversia, basado exclusivamente en el pacto de las partes

Este típico arbitraje *ad hoc* tampoco debería generar problemas, ya que las partes al pactar en este momento el arbitraje, se supone que cuidarán de designar a los árbitros. Sin embargo, si no lo hacen, ese hecho no obligará a la suscripción de un nuevo contrato (como sucedía con la figura del compromiso arbitral) o a la «integración» del convenio arbitral (como sucedía con la LGA derogada). Lo que sí podrá pasar es que si las partes no se ponen de acuerdo para designar a los árbitros, habrá que acudir a la entidad nominadora residual de árbitros dispuesta por la ley. En todo caso, esta situación difícilmente se presentará, ya que ambas partes voluntariamente desean acudir al arbitraje.

Luego de designados los árbitros, se seguirá el trámite indicado en el punto 2.2.3 *supra*.

2.2.7 Convenio arbitral suscrito con anterioridad al nacimiento de la controversia y que luego de presentado el conflicto es ampliado y/o modificado por las partes

Imaginemos que «A» y «B» suscriben un convenio arbitral (sea institucional, con entidad nominadora o *ad hoc*) al momento de otorgar un contrato de compraventa y, adicionalmente a los elementos esenciales del convenio arbitral³⁷, acuerdan algunas disposiciones relativas al pro-

³⁷ Ver *supra*, punto n.º 2.1.

cedimiento arbitral. Sin embargo, al presentarse la controversia las partes desean modificar las normas de procedimiento por no ser las adecuadas para la resolución del conflicto surgido. ¿Es posible esto? ¿Estaremos ante una nueva relación jurídica?

Si aplicamos el criterio tradicional de cláusula-compromiso, el acuerdo previo al conflicto (cláusula) sólo tiene el efecto de obligar a suscribir un nuevo contrato (compromiso), el cual, como hemos indicado anteriormente, es indispensable para acudir al arbitraje. En cambio, con el criterio moderno de convenio arbitral, como este acuerdo existe y surte todos sus efectos desde que se otorga en la forma de cláusula, cualquier nuevo contrato que se suscriba no implicará la creación de una nueva relación jurídica, sino que, como bien indica la doctrina y la práctica arbitral, supondrá simplemente un agregado o modificación de la relación jurídica original, respecto de aquello no pactado en su momento o modificado por este nuevo acuerdo de voluntades³⁸. En otras palabras, el nuevo acuerdo de voluntades no será obligatorio y de existir sólo será considerado como una ampliación o modificación del pacto previo, el cual por sí solo hubiera bastado para arbitrar directamente las controversias³⁹.

³⁸ GRAIG, W. Laurence, PARK, William, y Jan PAULSSON, *International Chamber of Commercial Arbitration*, ICC Publishing, Paris, 1990, p. 49. «[...] it is not infrequent even where ICC arbitration has been stipulated in the contract, that the parties reach agreement after a given dispute has arisen with respect to certain particulars of the proceedings (place of arbitration, identity of the Chairman, mutually convenient procedural rules, and the like). Such agreements may better conform to the specific character of the case having arisen than the original arbitration clause. They are perfectly valid (after all, the parties could at any time agree to cancel the arbitration clause and bring the matter before an ordinary court). They are more realistically defined as amendments to the arbitration clause rather than as special submissions reflecting a partial novation of the arbitration clause. The new agreement will relate to modalities rather than the principle of arbitration [...]»

³⁹ Como el convenio arbitral existe, es oponible y permite acudir directamente al arbitraje desde que es suscrito en la forma de cláusula, las partes, al saber que no pueden escaparse del arbitraje (como sí sucede en el caso de que haya que ir al juez para que otorgue el compromiso o «integre» el convenio), tienen todos los incentivos para que, cuando surja la controversia, se sienten en la mesa de buena fe y traten de que el arbitraje se lleve a cabo de la mejor manera posible. Éste es otro de los grandes beneficios del convenio arbitral.

GRAIG, W. Laurence, PARK, William, y Jan PAULSSON, *op. cit.*, p. 49. «[...] it is because the parties know they cannot escape arbitration that they both have an incentive to make the experience as painless as possible.»

3 Contenido y ejecución del convenio arbitral en la derogada ley general de Arbitraje (decreto ley 25935)

El artículo 10 de la derogada LGA regulaba los requisitos esenciales del convenio arbitral nacional⁴⁰. Esta norma, como puede verificarse de una simple lectura, exigía no sólo los elementos que la doctrina y legislación comparada reconocen como esenciales para la existencia del convenio arbitral (es decir, el pacto expreso de las partes de acudir al arbitraje y la fijación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán las controversias), sino que, además, disponía la necesidad de nombrar a los árbitros (o fijar la forma de nombramiento de éstos) y la determinación de la controversia (o el traslado de esta responsabilidad a los árbitros), entre otros.

Los requisitos exigidos por la derogada LGA en cuanto al contenido mínimo del convenio arbitral, no sólo eran muy similares a los que las derogadas disposiciones del Código Civil demandaban para la configuración del contrato de compromiso arbitral⁴¹, sino que, además, y ello era lo más preocupante, los efectos de una cláusula compromisoria regida por las disposiciones del Código Civil, como de un convenio arbitral incompleto regulado por la derogada LGA, resultaron siendo prácticamente los mismos. Veamos: antiguamente, cuando existía una cláusula compromisoria y surgía una controversia, la parte interesada si no lograba que la otra parte suscribiera un compromiso arbitral nombrando a los árbitros y determinando la controversia, tenía que ir al juez para que éste otorgara dicho contrato en rebeldía. Lo mismo sucedió en aplica-

⁴⁰ «Artículo 10.- El convenio arbitral debe contener, *como mínimo*:

1.- Nombres de las partes y de los árbitros, o indicación del procedimiento de designación de éstos, o referencia expresa a la institución que, de acuerdo a sus reglamentos, organizará el arbitraje y designará a los árbitros;

2.- La controversia que se somete a decisión arbitral. Sin embargo, las partes pueden deferir la determinación de la controversia a la institución organizadora del arbitraje a cuyo reglamento preestablecido se hubieran sometido, o facultar a los árbitros para que la determinen;

3.- El lugar donde debe desarrollarse el arbitraje. A falta de estipulación, se entiende que será el lugar que los árbitros decidan, o el fijado por la entidad organizadora del arbitraje;

4.- El plazo de duración del proceso arbitral. A falta de estipulación o de referencia a un reglamento arbitral, el plazo máximo es de ciento veinte días hábiles, contados desde la aceptación del árbitro o de la instalación del tribunal arbitral.»

⁴¹ Artículo 1911 del Código Civil de 1984: «El convenio arbitral contendrá:

1.- El nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros. Si el árbitro designado fuese una persona jurídica se indicará su denominación o razón social y domicilio.

2.- La controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias.

3.- El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo.

4.- El lugar en que debe desarrollarse el arbitraje.»

ción de la derogada LGA, ya que si al convenio arbitral le faltaba la designación de los árbitros y la materia controvertida, de conformidad con el artículo 13 de dicha LGA, el interesado tenía que solicitar la colaboración de la otra parte para determinar la materia controvertida y designar a los árbitros, y si no lo lograba, pues tenía que acudir al juez para que éste «integrara» los elementos faltantes del convenio arbitral (artículo 15 LGA derogada)⁴². De esta manera, el interesado tenía que acudir al juez tal y como sucedía anteriormente cuando estaba vigente el contrato de compromiso arbitral (Código Civil de 1984)⁴³.

Otro efecto pernicioso que generaban los artículos 10, 13 y 15 de la derogada LGA, estaba referido a los supuestos en los que se podía basar el juez para denegar un pedido de «integración» del convenio arbitral. Veamos: imaginemos que «A» ante la negativa de «B» (empresa aseguradora) de integrar el convenio arbitral (art. 13), solicita al juez tal integración al amparo del artículo 15 de la derogada LGA. «A» le indica al juez que la materia controvertida estará referida a problemas suscitados en el pago de un siniestro, el cual en su opinión no fue cancelado íntegramente. «B», la compañía de seguros, se apersona al proceso y se opone a la «integración» afirmando que en su momento pagó y «A» no se opuso a tal pago, por lo que no existe materia alguna en conflicto. ¿Cómo debía resolver el juez en base a la derogada LGA? Como veremos más adelante⁴⁴, si la LGA derogada hubiera incorporado realmente la figura del convenio arbitral, el juez jamás hubiera tenido que integrar un contrato, sino limitar su intervención, en algunos casos, a actuar como entidad nominadora residual de árbitros sin entrar a determinar la materia controvertida.

⁴² Es cierto que la derogada LGA indicaba que el juez ya no «otorgaba» un nuevo contrato en rebeldía de las partes, sino que «integraba» el mismo contrato. Sin embargo, palabras más palabras menos, lo cierto es que el juez intervenía tal y como lo hacía en aplicación de las normas derogadas del Código Civil.

⁴³ LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., «Ley general de Arbitraje, unas glosas de urgencia» (en adelante simplemente «Glosas»), *Informativo Legal Rodrigo*, n.º 80, Lima, 1993, p. 2.9. El autor indica lo siguiente, en referencia a la derogada LGA: «el nuevo régimen legal [...] posibilita generosamente la eficacia del acuerdo arbitral [...] pues si las partes fracasan en coincidir sobre sus elementos, éstos podrán ser integrados por el juez, para lo que existe un trámite judicial más expeditivo que el anterior».

Verifiquemos cómo, para este autor, que fue uno de los ponentes principales de la derogada LGA, el cambio del sistema de cláusula-compromiso a convenio arbitral tuvo únicamente un efecto «cuantitativo»; es decir, a partir de la vigencia de la derogada LGA, el trámite judicial era simplemente «mas expeditivo que el anterior». Olvidó sin embargo el autor, que el principal efecto de incorporar realmente la figura del convenio arbitral es «cualitativo», en el sentido de que a partir de su vigencia jamás el Poder Judicial otorgará o integrará un convenio arbitral, simplemente porque éste está completo desde que se suscribe en la forma de cláusula.

⁴⁴ Ver *infra*, punto n.º 4.3.

Dentro de este contexto, en el presente caso el juez sólo hubiera podido negarse a nominar a los árbitros faltantes, si es que no se hubiera demostrado la existencia del convenio arbitral⁴⁵.

En cambio, siendo que en la LGA derogada el juez «integraba» un convenio arbitral, con el nombre de los árbitros y la materia controvertida, el magistrado tendía a verificar si existía o no controversia, por lo que si, en el caso planteado, el juez consideraba que ya se había pagado, podía negarse a amparar el pedido de integración. Según nos han informado varios colegas, esta situación se presentó en un proceso de integración seguido por un asegurado contra una compañía de seguros, en el que algunas instancias del Poder Judicial se negaron a amparar la integración solicitada bajo el argumento de que no existía controversia alguna porque el asegurado había recibido el pago sin reserva. Obviamente esta situación resulta inaceptable si se quiere promover la utilización del arbitraje.

Éstos y otros problemas identificados en la anterior LGA se debieron a una deficiente regulación legal⁴⁶, y en la práctica conllevaron a que se avanzara muy poco con respecto a la anticuada legislación arbitral contenida en el Código Civil de 1984. Obviamente esta situación motivó la urgente modificación legislativa que se acaba de producir hace unos días con la dación de la nueva LGA.

4 Contenido y ejecución del convenio arbitral en la nueva ley general de Arbitraje, ley 26572

La nueva LGA define correctamente al convenio arbitral como el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica contractual o no contractual (arts. 9 y 98 LGA). De esta manera, independientemente del momento en que se suscriba el

⁴⁵ Esta sabia disposición se encuentra contemplada en el inciso 1) del artículo 42 de la ley de Arbitraje española de 1988, que a la letra dice: «Art. 42.- 1. El juez únicamente podrá rechazar la formalización judicial del arbitraje cuando considere por los documentos aportados que no consta de manera inequívoca la voluntad de las partes.»

La norma es absolutamente coherente, ya que si el juez sólo interviene en algunos casos como entidad nominadora residual de árbitros, él no puede negarse a cumplir tal encargo, salvo si no se prueba la existencia del convenio arbitral.

⁴⁶ CANTUARIAS S., Fernando, y Manuel Diego ARAMBURÚ Y., *op. cit.* En este libro los autores analizamos los diversos errores detectados en la derogada LGA, proponiendo al mismo tiempo las correspondientes correcciones.

acuerdo arbitral (antes o después de surgida la controversia), sólo existirá un contrato: el convenio arbitral.

De la propia definición que da la LGA pueden desprenderse claramente los requisitos esenciales del convenio arbitral, siendo éstos: 1) La decisión de las partes de pactar el arbitraje, y 2) La determinación de la relación jurídica respecto de la cual se arbitrarán los actuales o potenciales conflictos.

De esta manera, elementos que la anterior LGA consideraba como esenciales y que previamente al arbitraje debían ser «integrados» (árbitros y materia controvertida), desaparecen definitivamente, convirtiéndose en supuestos a los que se arribará en ejecución del convenio arbitral, tal y como demostraremos a continuación.

4.1 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, sujeto a la administración de una institución arbitral

El artículo 6 de la LGA establece que «la organización y desarrollo del arbitraje pueden ser encomendados a una institución arbitral [... la cual] estará facultada para nombrar a los árbitros, así como para establecer el procedimiento y las demás reglas a las que se someterá el arbitraje, de conformidad con su reglamento arbitral»⁴⁷.

Para acceder a un arbitraje institucional bastará para el efecto apelar a las cláusulas arbitrales tipo que las instituciones arbitrales recomiendan. Así, por ejemplo, tenemos la sugerida por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima:

«Todas las desavenencias o controversias que pudieran derivarse de este contrato, incluidas las de su nulidad o invalidez, serán resueltas mediante fallo definitivo e inapelable, de conformidad con los reglamentos de conciliación y arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten en forma incondicional.»⁴⁸.

⁴⁷ En la sección correspondiente al arbitraje internacional no existe una disposición tan clara como la dispuesta en el artículo 6 de la LGA. Sin embargo, las mismas facultades se desprenden de los incisos 3) y 4) del artículo 93 de la LGA.

⁴⁸ El Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima tiene su sede en la avenida Gregorio Escobedo, n.º 398, Jesús María.

En caso surja una controversia, la parte interesada deberá presentar a la institución arbitral un documento conteniendo los requisitos exigidos en el reglamento arbitral respectivo. La designación de los árbitros, la manera de presentar las pretensiones, así como los demás temas relacionados con el arbitraje, se determinarán de conformidad con el reglamento arbitral correspondiente.

De esta forma, aun habiendo las partes suscrito un acuerdo arbitral antes de que nazca la controversia, no será necesario suscribir o integrar contrato alguno y menos tener que acudir al Poder Judicial. Simplemente, el Poder Judicial no intervendrá más.

4.2 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, sujeto a una entidad nominadora de árbitros (opcional: la sumisión a un reglamento arbitral)

Como indicamos anteriormente⁴⁹, si bien éste es un arbitraje *ad hoc*, las partes pueden nombrar en su convenio arbitral a una o más personas para que procedan únicamente a designar a alguno o a todos los árbitros, sea de manera directa o en defecto de las partes⁵⁰.

Generalmente las partes designarán para cumplir este encargo a una institución arbitral⁵¹ o a una entidad gremial, como puede ser el Colegio de Abogados de Lima⁵².

Nombrados los árbitros por las partes y/o por la entidad nominadora, si además las partes han incorporado a su convenio arbitral algún reglamento arbitral de alguna institución arbitral, el proceso arbitral, aun cuando siempre será *ad hoc*, se regulará de conformidad con dicho reglamento como si sus reglas hubieran sido pactadas expresamente por las partes⁵³. Caso contrario, el proceso será determinado por los árbitros, dentro del marco legal dispuesto por la LGA⁵⁴.

⁴⁹ Ver *supra*, punto n.º 2.2.2.

⁵⁰ Artículo 20 de la LGA: «Los árbitros serán designados por las partes o por un tercero, quien puede ser persona natural o jurídica, incluida una institución arbitral.»

⁵¹ Cuarta Disposición Complementaria y Transitoria de la LGA: «Las instituciones arbitrales deberán incorporar dentro de sus reglamentos arbitrales, disposiciones referidas a su actuación como entidades nominadoras de árbitros.»

⁵² Ver *supra*, cita n.º 33.

⁵³ Ver *supra*, cita n.º 34.

⁵⁴ Los artículos 33 y 108 de la LGA reconocen amplia libertad en las partes y, en su defecto, en los árbitros, para que determinen las reglas del proceso arbitral, dentro del marco mínimo dispuesto en la propia LGA. Este marco básicamente requiere que se trate a las partes con igualdad y que se dé a cada una plena oportunidad de hacer valer sus derechos. El proceso arbitral

De esta manera, aun cuando las partes hayan pactado un arbitraje *ad hoc* antes de que surja la controversia, existiendo entidad nominadora de árbitros que cumpla con su función jamás será necesario otorgar o integrar un nuevo contrato y menos acudir al juez.

4.3 Convenio arbitral suscrito antes de surgir la controversia, basado exclusivamente en el pacto de las partes

Como indicamos anteriormente⁵⁵, en este caso sí pueden presentarse problemas al momento de ejecutarse el convenio arbitral, ya que el arbitraje no es institucional y tampoco existe entidad nominadora de árbitros.

El problema principal se da al momento en que surge la controversia y una de las partes (obviamente, la interesada en que se active el arbitraje) requiere a la otra parte para que, de conformidad con el pacto de las partes⁵⁶ o, en su defecto, de acuerdo con las disposiciones supletorias de la LGA⁵⁷, proceda a la designación de los árbitros, negándose esta última a colaborar.

Ante la inexistencia de un arbitraje institucional (en el que, de conformidad con su reglamento arbitral, siempre se designarán a los árbitros) y ante la carencia de una entidad nominadora de árbitros⁵⁸, el arbitraje se paralizaría si la LGA no estableciera una entidad nominadora residual de árbitros, la cual legalmente tuviera la facultad de imponer a los árbitros faltantes y de esa manera constituir debidamente el tribunal arbitral. Justamente, para evitar la paralización del arbitraje, el artículo 23 ubicado en la sección sobre arbitraje nacional dispone que la entidad nominadora residual de árbitros será el juez de primera instancia al que

necesariamente deberá tener tres etapas: la alegatoria (en la que las partes presentan sus pretensiones); la probatoria (en la que se actúan las pruebas), y la decisoria (en la que se emite el laudo arbitral).

⁵⁵ Ver *supra*, punto n.º 2.2.3.

⁵⁶ Los artículos 21 y 101 de la LGA expresamente establecen que las partes podrán determinar libremente el procedimiento de designación de los árbitros. Esta libertad tiene como única condición que se respete el principio de igualdad de las partes. Es decir, cualquiera sea el sistema dispuesto por las partes, éste no puede autorizar a que una de ellas designe a todos o a la mayoría de los árbitros, siendo cualquier estipulación en ese sentido nula, de conformidad con el último párrafo del artículo 14 de la LGA.

⁵⁷ Si las partes no se han sometido a un arbitraje institucional o no han pactado el procedimiento de designación de árbitros, los artículos 21 y 102 de la LGA establecen un sistema supletorio mediante el cual cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

⁵⁸ Ver *supra*, puntos n.ºs 2.2.2 y 4.2.

las partes se hubieran sometido expresamente, o, en su defecto, el de la sede del arbitraje o, a falta, el del lugar del domicilio del emplazado.

Pero aquí resulta de fundamental importancia comparar el sistema dispuesto por la nueva LGA, con el establecido en el anterior marco normativo. En aplicación de la anterior LGA, aun cuando las partes hubieran pactado el arbitraje, surgida la controversia la parte interesada estaba obligada a remitir a la otra parte una carta notarial proponiéndole el nombre de todos los árbitros y la determinación de la materia controvertida (art. 13 LGA derogada). Si las partes no se ponían de acuerdo había que iniciar una demanda judicial de «integración» del convenio arbitral (art. 15 LGA derogada), demanda en la que se discutía la pertinencia de integrar un contrato. Este pleito podía llegar a la Corte Suprema de la República, pudiendo suceder incluso que el Poder Judicial se negara a la «integración» famosa por diversos motivos. Así, en el mejor de los casos, después de varios años de litigio, si el Poder Judicial amparaba la solicitud de integración, recién en ese momento el juez imponía a todos los árbitros y, lo que era más dramático aún, determinaba la materia que se sometería al arbitraje. Obviamente, este trámite era absurdo.

Con la nueva LGA, al juez se acude exclusivamente en busca de ayuda en el caso de que no se haya podido designar a todos los árbitros, correspondiéndole únicamente la función de nombramiento de los árbitros que falten designar. Es decir, ahora el juez actúa de la misma manera como actuaría una entidad nominadora de árbitros dispuesta contractualmente, mediante un simple trámite que no tiene la calidad de un proceso judicial (no hay litis alguna) y que por ello no es apelable⁵⁹. Obviamente dentro de este proceso no corresponde determinar materia controvertida alguna y, por tanto, tampoco corresponde que el juez se niegue a cumplir el encargo apelando a cuestiones referidas a la materia que se pretende arbitrar⁶⁰.

Es más, la LGA ha establecido que, tratándose de arbitrajes internacionales, la entidad nominadora residual de árbitros será cualquiera de las instituciones arbitrales ubicadas en el lugar donde deba realizarse el arbitraje o de las ubicadas en Lima, a elección del interesado (art. 102

⁵⁹ La apelación, sin embargo, sí está reconocida en el inciso 8) del artículo 23 de la LGA, pero únicamente para aquellos casos en que el juez se niegue a cumplir con su función de entidad nominadora residual de árbitros. Ver *infra*, cita n.º 60.

⁶⁰ El juez no puede negarse a cumplir con el encargo, salvo que considere, por los documentos aportados por las partes, que no consta la voluntad de las partes de acudir al arbitraje (inciso 5) del artículo 23 de la LGA). Siendo que el artículo 9 de la LGA establece que el convenio debe ser celebrado por escrito, el juez únicamente podría rechazar la solicitud si no se presenta el convenio arbitral por escrito.

LGA). De esta manera, en los arbitrajes internacionales no será necesario en estos casos acudir al auxilio del Poder Judicial⁶¹.

Una vez designado el tribunal arbitral, sea directamente por las partes o apelando al auxilio del Poder Judicial o de una institución arbitral, dependiendo de que el arbitraje sea nacional o internacional, el proceso se regirá por las normas acordadas por las partes o, en su defecto, por lo que dispongan los árbitros, siempre dentro del marco de la LGA.

4.4 Convenio arbitral suscrito una vez que ha surgido la controversia, sujeto a la administración de una institución arbitral

Aquí obviamente es de aplicación lo indicado en el punto 4.1 *supra*, no siendo necesaria la intervención del Poder Judicial.

Cabe sin embargo aclarar que, siendo que en este momento ya se conoce la controversia y las partes están dispuestas a recurrir al arbitraje, lo razonable es que designen a los árbitros⁶² y determinen la materia controvertida⁶³. Sin embargo, si no lo hacen no pasa nada, ya que los árbitros serán designados y la materia será determinada, de conformidad con las disposiciones arbitrales reglamentarias, dentro del arbitraje iniciado ante la institución arbitral.

4.5 Convenio arbitral suscrito una vez surgida la controversia, sujeto a una entidad nominadora (opcional: la sumisión a un reglamento arbitral)

Como indicamos en su momento⁶⁴, es difícil que las partes, pactando el arbitraje cuando ya conocen los extremos de la controversia, decidan diferir el nombramiento de todos o alguno de los árbitros a una entidad nominadora de árbitros, en vez de designarlos directamente.

⁶¹ El artículo 103 de la LGA establece que el Poder Judicial intervendrá sólo en caso de que las partes hayan expresamente decidido su participación para estos efectos.

⁶² Es razonable, porque ello evitará potenciales demoras mientras, en aplicación del reglamento arbitral, se corre traslado a las partes para que designen a sus árbitros. Sin embargo, es importante que, antes de proceder a la designación directa de los árbitros, se verifiquen las disposiciones arbitrales de la institución arbitral a la que se ha sometido el arbitraje, ya que algunas veces estas instituciones se reservan la designación de alguno de los árbitros o requieren que los árbitros cumplan con ciertos requisitos especiales.

⁶³ Es razonable que ambas partes determinen de común acuerdo la materia controvertida, por cuanto ello evitará que más adelante alguna de ellas impugne la competencia de los árbitros aduciendo que tal o cual materia no ha sido sometida al arbitraje.

⁶⁴ Ver *supra*, punto n.º 2.2.5.

Sin embargo, si así lo acuerdan, habrá que esperar que la entidad nominadora nombre a los árbitros, luego de lo cual se instalará el tribunal arbitral y se iniciará el proceso arbitral, sin la necesidad de la intervención del Poder Judicial⁶⁵.

4.6 Convenio arbitral suscrito una vez surgida la controversia, basado exclusivamente en el pacto de las partes

Como indicamos anteriormente⁶⁶, si las partes quieren arbitrar sus actuales controversias lo razonable es que designen a los árbitros y determinen la materia controvertida. Sin embargo, si no nombran a todos los árbitros habrá que recurrir al Poder Judicial o a una institución arbitral, dependiendo de si el arbitraje es nacional o internacional, para que, actuando como entidades nominadoras residuales de árbitros, procedan a colaborar en la constitución del tribunal arbitral. Instalado que fuera el tribunal arbitral, la materia controvertida será determinada ante los árbitros, si es que ésta no fue previamente acordada por las partes en su convenio arbitral.

5 A modo de conclusión

La inclusión de la figura del convenio arbitral dentro del marco legal dispuesto por la nueva LGA implica un cambio cualitativo de suma importancia para el desarrollo de la práctica arbitral en nuestro país, por cuanto elimina el nefasto intervencionismo del Poder Judicial que se generaba con el otorgamiento del compromiso arbitral (Código de Procedimientos Civiles y Código Civil) o con la «integración» del convenio arbitral (LGA derogada), reservando la participación judicial únicamente para que auxilie en la designación de los árbitros faltantes. De esta manera, el Poder Judicial actuará, de ahora en adelante, en favor del arbitraje.

Esperamos que este cambio cualitativo, conjuntamente con otros que contiene la nueva LGA, posibiliten la consolidación de la práctica arbitral en nuestro país.

⁶⁵ Obviamente existe el riesgo potencial de que la entidad nominadora no cumpla con el encargo. En ese caso, es de esperar que, como las partes quieren arbitrar sus controversias, procedan ellas mismas a nombrar a los árbitros faltantes. Caso contrario, en aplicación de los artículos 22 y 103 de la LGA, no quedará otro camino que recurrir al Poder Judicial o a una institución arbitral, dependiendo de que el arbitraje sea nacional o internacional.

⁶⁶ Ver *supra*, citas n.ºs 62 y 63.

Competencia notarial de los asuntos no contenciosos

Lourdes FLORES NANO¹

El 23 de febrero de 1996 se ha presentado a la mesa de partes del Congreso el proyecto de ley de Asuntos no Contenciosos de Competencia Notarial, proyecto que transfiere la competencia de los asuntos que no importan contención a la esfera notarial.

El tema en cuestión ha sido trabajado con mucha seriedad en el Perú por los doctores Liova Schiaffino de Villanueva, Alberto Flores Barrón y Fernando Dupuy, entre otros. Responde a una inquietud concreta cuya utilidad práctica y efecto inmediato es la descongestión de los casos que atiende el Poder Judicial, permitiendo a los jueces concentrar esfuerzos para atender aquellos casos que les son propios y así aliviarlos de una actividad que no es propiamente jurisdiccional.

La competencia judicial de los asuntos no contenciosos obedece a condicionamientos históricos, fruto de épocas en que jurisdicción y administración estuvieron encomendadas a las mismas personas; hecho que, como veremos en el presente trabajo, ha variado en muchos países beneficiando fundamentalmente a los particulares: quienes recurran a los notarios se verán beneficiados por la celeridad del trámite notarial; quienes tengan que recurrir al Poder Judicial para asuntos contenciosos se verán beneficiados, de igual forma, por la celeridad, ya que los jueces dispondrán de una menor carga de trabajo para dedicarse a estos procesos, dándoles la celeridad que merece la administración de justicia para ser justa y eficaz.

¹ Para la elaboración de este trabajo también he contado con la participación de Milagros Campos Ramos, mi asesora en el Congreso.

1 Antecedentes

Los autores consultados encuentran que el origen de la denominada *jurisdicción voluntaria* se halla en el Derecho romano, en el que ya se distinguía entre jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria. La primera, que compete al magistrado, consistía en la facultad de instaurar un procedimiento judicial dirigido a resolver las controversias privadas. Esa función fue ejercida por el *Rex* y en la República por el *Pretor*, o por uno de los magistrados mayores con *imperium* y que aplicaba el Derecho.

Opuesta a la jurisdicción contenciosa se halla la jurisdicción voluntaria. Gutiérrez Álviz la define como aquella en la que el magistrado interviene sin litigio o conflicto, colaborando en la celebración de un acto o negocio jurídico.

El magistrado romano no estaba facultado para realizar actos de jurisdicción contenciosa sino sólo dentro del perímetro de su competencia territorial y en su tribunal; por el contrario, estaba facultado para ejercer la jurisdicción voluntaria en cualquier lugar.

Rafael Gómez Ferrer Sapiña cita las siguientes características que describen la jurisdicción voluntaria:

A) *Voluntariedad para las partes, no para el magistrado*. El vocablo «voluntaria» no alude –según afirma Fernández de Bujan– a que el magistrado, por propia voluntad, pueda conceder o negar su participación, porque ésta constituye un deber cuando la participación del magistrado se ejerce entre personas que espontánea y voluntariamente reclaman su intervención y que están de acuerdo de antemano sobre el resultado de la misma, con la particularidad de que tal acuerdo debe persistir hasta el momento de la resolución del magistrado, sin que del mismo se derive un perjuicio para los derechos de terceras personas.

B) *Ausencia de conflicto de intereses entre las partes*. En los supuestos de jurisdicción voluntaria no hay un conflicto de intereses entre las partes sino que el magistrado se limita a sancionar, ratificar, legitimar o colaborar en la constitución de una situación o relación jurídica; vale decir, en palabras de Volterra, que la actividad del magistrado consiste sólo en recibir y sancionar con su presencia las declaraciones y la postura pasiva de las partes, suponiendo todo ello una especie de control de legalidad de la actuación del concurrente o de los concurrentes.

C) *Asesoramiento de las partes*. No existiendo partes adversas, la participación del magistrado consistía, incluso en los tiempos más antiguos, en el asesoramiento de los concurrentes.

El *Tabullario*, antecedente del notario, era un magistrado. En el Derecho castellano se separa la función de escribano y chanciller («notario», en latín). El primero era el redactor de los actos y contratos que en la actualidad se conocen como de jurisdicción voluntaria. Para su sanción necesitaban de la intervención del segundo de los nombrados, quien guardaba los sellos del señor y le indicaba el que debía usar en cada ocasión. Dupuy encuentra en la fusión de estos personajes el antecedente castellano de los notarios. La referencia al Derecho castellano resulta particularmente interesante por ser el vigente durante el virreinato. Sin embargo, el momento político que se vive con el advenimiento de la república aleja el Derecho castellano para acercarse más al pensamiento francés y al *Code*, que había unificado la legislación civil.

Dupuy da cuenta de cómo los procedimientos no contenciosos, que históricamente se habían realizado ante notarios, se incluyeron en el Código de Procedimientos Civiles como atribuciones del Poder Judicial, a pesar de que, según señala Miguel de la Lama, en la exposición de motivos se dejó constancia de que:

«El proyecto dedica su última sección a todos los actos declarativos de un derecho no contradicho inmediatamente y que tiene lugar ante la autoridad judicial. La intervención de ésta determina la diferencia entre estos actos y los puramente administrativos, y la carencia de contención que los separa de lo controvertible. En los procedimientos de que se ocupa esta sección, no se trata de resolver cuestiones jurídicas sobre derechos objetados, ni de hacer efectivas obligaciones contradichas: se solemniza un acto por voluntad espontánea de los interesados únicamente.»².

La doctora Liova Schiaffino da cuenta de que en el Perú no existe una definición precisa sobre jurisdicción voluntaria. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, desde el Código de Procedimientos Civiles del año 1912 se consignan los procedimientos no contenciosos, diferenciándolos de los procesos jurisdiccionales. Esta distinción se mantiene en el Código Procesal Civil al señalar en el artículo 749 cuáles son los procesos no contenciosos.

² Citado por DUPUY, Fernando *La jurisdicción voluntaria en el Perú*, p. 160.

2 ¿Es la llamada jurisdicción voluntaria una verdadera jurisdicción?

De conformidad con el artículo 138 de la Constitución Política del Perú, la potestad de administrar justicia se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. El artículo 1 de la ley orgánica del Poder Judicial, aprobada por decreto legislativo 767, ratifica lo establecido por la norma constitucional citada. El artículo 2 del Código Procesal Civil encarga al Poder Judicial la «solución de los conflictos de intereses intersubjetivos» o de «incertidumbre jurídica». Vemos que la función conferida al Poder Judicial por el ordenamiento jurídico es la de discernir justicia en nombre del Estado, dirimiendo los conflictos de intereses o aplicando sanciones cuando se altera la paz social mediante la violación del Derecho. Es en virtud de esta legislación positiva que la función jurisdiccional en el Perú se orienta a la solución de conflictos de intereses y contiendas. A decir del doctor Mario Alzamora Valdez, en su obra *Derecho procesal civil. Teoría del proceso civil*, «si esa jurisdicción se ejerce cuando no existe conflicto, [...] no es propiamente tal.»

Recurrir al Poder Judicial para encontrar una solución es propio de las relaciones jurídicas en conflicto; no es la forma natural de las relaciones sociales. Sólo en caso de desacuerdo de los litigantes se debe dar el proceso judicial.

En los llamados procesos no contenciosos el elemento de conflicto inter partes está ausente. Por esta razón, muchos autores han considerado a la jurisdicción voluntaria como una de carácter administrativo. El autor Rafael Gómez Ferrer, en su obra *Jurisdicción voluntaria y función notarial*, cita diversas opiniones en tal sentido. El procesalista Guasp señala que: «la jurisdicción voluntaria no es una figura jurídica procesal auténtica, sino una figura administrativa que por razones de diversa índole se confía a órganos judiciales». En similar sentido se manifiestan Carnelutti, Chioventa y Alsina. Para Chioventa «no puede incluirse entre las actividades jurisdiccionales a la llamada jurisdicción voluntaria, que no es en absoluto jurisdicción», calificando la contraposición entre jurisdicción voluntaria y contenciosa como impropia. Alsina sostiene que la llamada jurisdicción voluntaria es uno de los «supuestos en los que el juez ejerce funciones administrativas». Entre los autores peruanos, Francisco Velasco Gallo afirma que: «la jurisdicción graciosa o jurisdicción administrativa, llamada voluntaria, es aquella en la que el juez realiza funciones administrativas y las ejerce cuando los particulares solicitan su intervención para el perfeccionamiento o legalización de determinados actos [...] se ejerce siempre [...] a solicitud o por consentimiento de las dos partes».

Por esta razón gran parte de la doctrina se ha manifestado en contra del término *jurisdicción voluntaria* y prefiere referirse a *actos no contenciosos*. Sostienen los autores que no se trata propiamente de una jurisdicción por no suponer conflicto ni litigio alguno, por no existir partes con intereses contrapuestos y porque la resolución que se expide no compone ninguna litis.

3 Los asuntos no contenciosos en la legislación comparada

La asignación de competencia a los notarios en los asuntos no contenciosos ha sido vista por diversos Estados como una alternativa impostergable a los problemas originados por la congestión del trabajo jurisdiccional y en procura de una mejor asignación de recursos y concentración de los mismos en asuntos litigiosos. Es así que muchos países han transferido la competencia de los asuntos no contenciosos a la esfera notarial. Podemos citar entre ellos a Alemania, Austria, España, Luxemburgo e Italia. Entre los latinoamericanos cabe destacar de manera especial las legislaciones de Guatemala y Colombia, aunque también han regulado este tema en igual sentido Argentina, México y El Salvador.

Si bien es cierto que la cantidad de los asuntos no contenciosos transferidos a los notarios no es igual en todos los casos, a manera de ilustración podemos mencionar algunos de ellos:

- 1) Inscripción y rectificación de partidas.
- 2) Cambio de nombre a menores de edad.
- 3) Patrimonio familiar.
- 4) Disposición de bienes de menores, incapaces y ausentes.
- 5) Adopción.
- 6) Separación de cuerpos por mutuo disenso.
- 7) Divorcio por mutuo disenso.
- 8) Declaración de ausencia.
- 9) Comprobación de estado de gravidez.
- 10) Apertura de testamentos cerrados.
- 11) Protocolización de testamentos ológrafos.
- 12) Partición extrajudicial de herencia.
- 13) Declaratoria de herederos.
- 14) Inventarios.

Vemos cómo con la aprobación de este proyecto el Perú se insertaría en la corriente de las legislaciones modernas, que encuentran en este

camino, entre otras, la ventaja de descongestionar los juzgados y agilizar, como efecto directo e inmediato, los procesos contenciosos.

De otro lado, es importante mencionar que en octubre de 1994, según da cuenta el doctor Alberto Flores Barrón, en la ciudad de Ginebra se firmó un acuerdo entre la Unión Internacional de Magistrados y la Unión Internacional del Notariado Latino, de la cual el Perú es miembro desde su fundación. La finalidad de tal acuerdo es «derivar todas las cuestiones no contenciosas al notariado, ya que se ha reconocido que está compuesto por profesionales probos, experimentados y capaces, que pueden solucionar en forma rápida y efectiva los procedimientos sin contienda hasta ahora a cargo de los juzgados y tribunales».

4 El proyecto de ley

El proyecto consta de setenta y siete artículos e importa la modificación de una serie de normas civiles sustantivas y adjetivas. Los temas incluidos luego de un estudio preliminar son:

- 1) Rectificación de partidas.
- 2) Separación convencional y divorcio ulterior.
- 3) Autorización para disponer derechos de incapaces.
- 4) Adopción de mayores de edad con capacidad de goce y de ejercicio.
- 5) Constitución de patrimonio familiar.
- 6) Inventarios.
- 7) Administración de bienes.
- 8) Comprobación de testamentos.
- 9) Sucesión intestada.
- 10) Rectificación o delimitación de áreas o linderos.
- 11) Constatación de posesión.
- 12) Ofrecimiento de pago y consignación.

El requisito indispensable para realizar alguno de estos trámites ante notario público es el consentimiento unánime de todos los interesados. Si alguna de las partes en cualquier momento de la tramitación manifiesta su desacuerdo, el notario deberá suspender inmediatamente su actuación. En tal caso, debido al carácter contencioso que asume al trámite, a la aparición del conflicto es el juez quien deberá conocer y tramitar el proceso. En los casos en los que los efectos puedan modificarse, como el nombramiento de un administrador, se podrá seguir el mismo trámite siempre que los interesados manifiesten su consentimiento unánime.

Esperamos que el proyecto sea debatido en la próxima legislatura. Su aprobación contribuiría a la reorganización del Poder Judicial agilizando la justicia y logrando la especialización de los jueces en los procesos que importan la solución de un conflicto.

Bibliografía

DUPUY MONTORI, Fernando

1995 *La jurisdicción voluntaria en el Perú*, tesis para optar el título profesional de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.

FLORES BARRÓN, Alberto

1995 *La jurisdicción voluntaria*, Lima.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael

Jurisdicción voluntaria y función notarial, Gráficas Minaya, España, s/a.

SCHIAFFINO DE VILLANUEVA, Liova

1993 «Jurisdicción voluntaria o no contenciosa», separata *NOTARIUS*, Revista del Colegio de Notarios de Lima, n.º 3, Lima 1992/93.

OMEBA

1954 *Enciclopedia Jurídica*, Buenos Aires.

Para un dictamen consultivo de la CIJ sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa

Sandro SCHIPANI

1

El acta conclusiva de la reciente XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, celebrada en San Paulo del 3 al 7 de mayo de 1993, retoma dos veces el tema de la deuda externa de América latina.

La primera ocasión (punto 26), para recalcar la permanente gravedad de tal deuda; las consecuencias humanas directas e indirectas, por «la agudización de la pobreza» y la dificultad funcional de las infraestructuras sociales y productivas; la imposibilidad de cumplimiento. Y para «pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta de que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite a la Corte Internacional de La Haya un dictamen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico que debe regular los términos de los préstamos internacionales».

La segunda ocasión (punto 33. g) en el ámbito de la previsión de mecanismos de coordinación entre los dos parlamentos, para dar continuidad y operatividad al diálogo en cuestión, para auspiciar un estudio conjunto, de ambos parlamentos, sobre el tema¹.

El tema de la deuda externa de América latina y del recurso consultivo ante la Corte Internacional de Justicia fue presentado en tal conferencia por el presidente del Consejo Consultivo del Parlamento Latinoamericano, A. F. Montoro², y hecho propio por la europarlamentaria G. Ruiz Giménez, vicepresidente de la Comisión América del Sur del Par-

¹ Cfr. el texto de estos puntos en el Apéndice, I. Cfr. comentario en *Foba de Sao Paulo*, del 6.5.1993, pp. 1-12, y en *L'Observatore Romano*, 19.6.1992, p. 2.

² Cfr. el texto en el Apéndice, II.

lamento Europeo. Discutido vivamente³, ha sido aprobado por unanimidad con una enmienda propuesta por los parlamentarios del Uruguay⁴.

En estos últimos pocos años, una parte de los gobiernos de los países acreedores y de la opinión pública internacional ha pretendido que el problema de la deuda externa ya está superado. Contra tal postura, resulta muy significativa esta unánime preocupación manifestada por los parlamentarios de los dos continentes, que denuncian «el esfuerzo que están realizando los países latinoamericanos para hacer frente al servicio de la deuda externa», e indican sus graves consecuencias. Aún más revelador es que ellos hayan considerado necesario auspiciar que una entidad como la Corte Internacional de Justicia deba ser implicada para puntualizar cuáles son los principios jurídicos, preexistentes a los contratos de donde emana la deuda, que deberían regularla en modo tal que dicha deuda no produzca consecuencias de grave violación a los derechos humanos en la mayoría de los países implicados.

2

La postura de la Conferencia Interparlamentaria CE-AL se vincula al debate desarrollado en ambientes académicos y políticos, tanto latinoamericanos como europeos, del cual deseo recordar, por una parte, el Congreso del IHLADI, en Santo Domingo en 1989; el VII Seminario Roma-Brasilia, celebrado en Brasilia en 1990 bajo el auspicio de las dos ciudades; el Foro científico de la XV Asamblea del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), en Viena en 1991, inaugurado con un discurso del expresidente de Venezuela, el Dr. R. Caldera; el Seminario jurídico internacional organizado en Roma en 1992, el mismo que retomaré más adelante, y la reunión, siempre en 1992, en la Pontificia Universidad Lateranense, de la Comisión de estudio sobre la deuda externa, constituida por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del CEISAL (cfr. el documento conclusivo en el Apéndice,

³ Entre las intervenciones públicas a favor, es de señalar la del diputado venezolano Luis Corona, secretario general del Parlamento Latinoamericano, y la de los europarlamentarios L. Castellina y R. Linkohr, respectivamente primero y segundo vicepresidentes de la Comisión Centro América y México del Parlamento Europeo, el último, en particular, atento a subrayar la utilidad de profundizar en el estudio del tema.

⁴ El texto propuesto no hacía una referencia a la agudizada «pobreza» y terminaba con las palabras «[...] un dictamen sobre el problema de la deuda en el marco del Derecho internacional».

III)⁵; por otra parte, el voto del Parlamento Latinoamericano del 25.1.1992⁶.

Es verdad que la tendencia prevaleciente es la de examinar el problema de la deuda externa sobre la única base de «las leyes de la economía», y, en particular, de la exigencia de utilidad, que no pueden dejar de ser aceptadas en la difundida y afanosa búsqueda de grandes capitales en este decenio.

Pero también es cierto que estas «leyes» —que tampoco son un cuerpo unitario, y que varían según la perspectiva que adopten: de las finanzas, del comercio, de la industria, etc.— operan en una interacción dinámica dentro de un marco institucional y jurídico, y esto incide sobre las mismas; así como que no se pueden menospreciar las exigencias que ellas representan.

No es contrario a las «leyes económicas» buscar, como ha indicado la conferencia interparlamentaria citada, encuadrar en términos éticos y jurídicos integrales la deuda externa. Volver, por tanto, a los principios

⁵ En cuanto al perfil jurídico de la deuda externa de América latina, en particular, se ha dedicado un programa de investigación del ASSLA, coordinado por mí, sostenido gracias al Ministerio Italiano de la Universidad y la Investigación Científica, para la realización del cual se han promovido diversas iniciativas y para cuya realización ha participado también el C. N. R. y otras entidades: cfr. la conferencia pronunciada en Roma por A. F. Montoro, 1987; las sesiones dedicadas al tema en congresos, de Derecho romano (Mérida, 1987, y Río de Janeiro, 1990), de Derecho civil (Lima, 1988, y Burgos, 1989), de Derecho internacional (Milán, 1988), y sobre todo los congresos antes citados. Una parte de estas aportaciones se han reunido en *Ricerche Giuridiche e Politiche, Materiali*, VII/ 1 y 2 ASSLA, Sassari, 1991, 1992; CEISAL-Grupo de Trabajo de Jurisprudencia, *La deuda externa de los países latinoamericanos. Perfiles jurídicos, económicos y sociales*, 1992; cfr. en Apéndice, IV, el elenco.

En cuanto al perfil jurídico, independientemente de las iniciativas vinculadas a la investigación citada, han contribuido otras, y no pocas, entidades y estudiosos: baste recordar en América latina el coloquio internacional celebrado en México en 1990, por iniciativa de la UAM y del Goethe-Institut, los estudios monográficos de J. Rojas Díaz, R. G. Mac Lean, J. C. Magalhães, J. E. Romero, F. A. Vásquez Pando, etc; y en Europa los cursos realizados en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1989 y 1992; y sobre todo el citado congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano, del cual emanó también una iniciativa de carácter diplomático que, en 1989, ha elevado una primera propuesta de solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, presentada por la República Dominicana, turnada para la orden del día de la Comisión para las Cuestiones Económicas de la Organización de las Naciones Unidas, pero nunca discutida (las decisiones de la IHLADI se han publicado en el Apéndice del citado ejemplar de *Materiali*, VII/1).

⁶ Cfr. también J. R. VANOSI, «Proyecto de declaración. Fundamentos», Cámara de Diputados de la Nación [Argentina], 10.3.1989, en *Trámite Parlamentario*, 210, 4599 ss.; F. de la RUA, «Proyecto de declaración. Fundamentos», Senado de la Nación [Argentina], 7.11.1989; M. A. LOSADA, «Proyecto de comunicación», en Senado de la Nación [Argentina], *Diario de asuntos entrados*, VI, 162, 19.3.1991, p. 1855; F. H. CARDOSO, Senado Federal-República Federativa del Brasil, 16.8.1991; y los votos de numerosas municipalidades, partidos y de centrales sindicales, etc.

de justicia por los cuales debemos ser gobernados, para buscar aquellos que eviten consecuencias que constituyan violaciones a los derechos humanos y de los pueblos, y afirmar, nuevamente, con mayor certeza y estabilidad, tales reglas para la vida económica, no es contrario, lo repito, a las «leyes de la economía». Creo, al contrario, que tal actitud se encuentra con las más validas de éstas, y con los intereses económicos orientados a conseguir su utilidad, en el marco de los objetivos globales y sustentables de la sociedad.

Ha sido sobre todo la iniquidad en las relaciones acreedor-deudor la que, en las situaciones que estamos examinando, ha generado desastres económicos, con la consecuente incerteza; la que ha producido también, desde un punto de vista global, una enorme frustración de energías humanas. La misma variedad de opiniones sobre las posibles vías de solución del problema parece en parte depender, o por lo menos estar condicionada, por la en parte real y en parte pretendida falta (o rechazo de aceptar la existencia) de coordenadas jurídico-institucionales adecuadas y claras, con la misma validez para todos por igual, que brinden una mayor garantía a los derechos de los más débiles.

Un atento encuadramiento del problema de la deuda externa de América latina no puede, por tanto, mantener aislado ni eludir el examen de los pertinentes perfiles jurídicos.

3

Una primera oportunidad para continuar profundizando en el estudio de este tema, puede ser la reciente publicación del volumen *Debito internazionale. Principi generali del diritto. Corte Internazionale di Giustizia* (bajo la dirección de D. J. Andrés y S. Schipani, Roma, Librería Editorial Vaticana-Librería Editrice Lateranense, julio de 1993), y esta reunión.

El volumen contiene la mayor parte de las ponencias presentadas en el mencionado Seminario jurídico internacional organizado por la Universidad de Roma Tor Vergata, por la Pontificia Universidad Lateranense y por la ASSLA, en 1992, bajo la línea de investigación del programa antes mencionado⁷. El volumen ha sido elaborado según una perspectiva que vincula la reconstrucción del hecho y de las reglas económicas que lo han guiado, con su examen desde el punto de vista ético y jurídico. Se concluye con la discusión de la hipótesis de que se presente la

⁷ Me refiero al programa de investigación ASSLA citado en *supra* n.º 5.

solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia, examinado bajo el perfil del procedimiento, de las cuestiones por presentar y de sus ventajas.

Ello es expresión de un «discurso necesaria y voluntariamente científico», así como también de una atención particular al tema de parte de las entidades organizadoras —el que ha sido subrayado por los respectivos representantes de las mismas, en sus diferentes roles e investiduras: el cardenal C. Ruini y el padre U. Betti, por la Pontificia Universidad Lateranense («La Universidad del Papa»); el profesor E. Garaci, por la Universidad de Roma Tor Vergata, y el profesor P. Catalano, por la ASSLA.

No se puede dejar de subrayar la coincidencia de la finalidad de esta obra colectiva con la de la citada conferencia; es decir, el acercamiento, a través de una colaboración interdisciplinaria, a una mayor definición del marco ético y jurídico según el cual se pueda regular el hecho puesto en consideración: la solicitud de un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia.

No se puede dejar de mencionar tampoco que la autoridad de las instituciones científicas y de los estudiosos que con ese fin se han reunido (en cuanto a los segundos me es grato mencionar en concreto a los profesores internacionalistas F. Pocar, presidente del Comité de la ONU para los Derechos Humanos; H. Gros Espiell, entonces ministro de Relaciones Exteriores del Uruguay; E. Jiménez de Arechaga, expresidente de la Corte Internacional de Justicia de La Haya; su excelencia Ferrari Toniolo, delegado pontificio ante la FAO; M. A. Espeche Gil, embajador de la Argentina, y M. Panebianco; el civilista J. L. de los Mozos, juez del Tribunal Constitucional (Madrid); los economistas F. Forte, presidente de la Comisión de Balance del Senado italiano, y R. Panizza; su excelencia J. Mejía, vicepresidente del Consejo Pontificio Iustitia et Pax; Ernesto Gallina, delegado de la Secretaría de Estado para la ONG; el senador A. C. Montoro, exgobernador del estado de San Paulo en Brasil), constituye también, en la dialéctica de los diversos roles, motivo de ulterior reflexión, para quien goce de la específica competencia y responsabilidad política e institucional, sobre la oportunidad de turnar concretamente la solicitud de tal dictamen.

En esta breve exposición utilizo parcialmente las aportaciones de este volumen, sin pretender hacer una recensión exhaustiva, y considerando mi limitadísima competencia.

Una afirmación, que encontramos en este volumen, llama la atención por su claridad. Se trata de la ponencia de un miembro de la Secretaría de Estado, que participó en los trabajos de la mencionada discusión conclusiva sobre el recurso a la Corte Internacional de Justicia: «La

cuestión de la deuda externa es una cuestión de anti-desarrollo, y para nosotros el anti-desarrollo es el nuevo nombre de la guerra. Nosotros no la queremos. En cuanto a la solicitud de un dictamen consultivo a la Corte Internacional de Justicia [...] la Santa Sede subraya la obligación ética, el deber de resolver con justicia y humanidad el problema de la deuda. Una obligación que vincula también a quien formula el dictamen. La doctrina del papa sobre la deuda es constante. Él no se ha limitado a dar un simple dictamen consultivo, sino que ha manifestado un fuerte juicio y una amonestación precisa. A los competentes, la tarea de encontrar la modalidad; pero es necesario encontrarla [...] un dictamen favorable de esta Corte sería un auspicio: el Derecho reforzaría la moral.»⁸.

4

Es cierto que, bajo el perfil jurídico, la «deuda externa de América latina está caracterizada por encontrarse en su seno numerosas e importantes diferencias. Así, no se puede ignorar que es posible distinguir con relación a:

- los sujetos implicados (para los deudores: el Estado, las entidades paraestatales, sociedades mercantiles privadas, personas físicas; para los acreedores: organismos internacionales como el Banco Mundial, organismos públicos, bancos comerciales, y también otras entidades cuya actividad principal no es el crédito, etc.);

- el tipo de operación realizada (acuerdos internacionales, contratos con y entre privados, de préstamo, de suscripción de acciones o cuotas sociales, de financiamiento, etc.);

- la variedad de ramas del Derecho implicadas (Derecho internacional, internacional privado, constitucional, fiscal, financiero, monetario, administrativo, bancario, mercantil, civil, procesal, etc.);

- la interconexión entre las operaciones (v. g., la inserción, en los contratos, de cláusulas como las de «incumplimiento cruzado», que subordinan efectos tan relevantes, como la suspensión del crédito o la restitución anticipada, al caso de incumplimiento frente a otros acreedores; o aquellas que hacen depender los efectos, como los mencionados «buenos términos» en los que se debe mantener el deudor con el F. M. I., transformando así las indicaciones «políticas» de este último en verdaderos y auténticos gravámenes en su sentido técnico privatístico, etc.).

⁸ E. GALLINA, *Considerazioni generali sul tema centrale del convegno* (síntesis), 356 ss.

Se podrían introducir otras distinciones.

Además, la compleja serie de casos de la deuda externa de América latina hace surgir una serie de problemas de gran variedad, relativa a los diversos momentos y aspectos en que ésta se presenta.

Existen problemas de responsabilidad por la conducta precontractual de las partes; por las modalidades y legitimación en la asunción de la deuda; sobre los criterios de uso de los fondos, por evaluar, sea en relación a las modalidades utilizadas, sea en relación a las modalidades sobre las cuales la concesión se concluyó o condicionó; existen problemas de la responsabilidad por la suspensión de pagos y también por la reacción frente a ésta, con los efectos devastadores, etc. Pero también otros aspectos ameritan ser considerados: piénsese en la pretensión de considerar al Estado deudor prescindiendo de sus prerrogativas de ente político soberano, como mero operador económico, con el fin de someterlo a una jurisdicción extranjera, con la violación de principios de Derecho que esto implica; piénsese en la necesidad de evaluar también las «prestaciones» de otra índole (tanto mercantil, como, en sentido amplio, «política»), efectuadas por Estados «deudores débiles» y obtenidas por Estados acreedores en el «articulado intercambio» de los comportamientos presentes en las diversas situaciones de las relaciones internacionales, etc.

Sin olvidar tales aspectos y problemas, también es necesario un examen que tenga presente, sobre todo, algunos rasgos comunes que permitan una visión unitaria del fenómeno en su entorno macroscópico y dominante, que en su relevancia objetiva no implica necesariamente a personas concretas o grupos específicos en sus intenciones particulares y respectiva responsabilidad.

5

La deuda de América latina ha puesto de frente al jurista, sobre todo, ante una característica esencial: la inadecuación de los contratos utilizados (con referencia a la variedad antes mencionada, preciso que acudo a la noción de «contrato» en su sentido amplio, incluyendo también los «acuerdos» entre Estados, o entre éstos y entidades internacionales, para subrayar con tal expresión la «bilateralidad funcional» que los caracteriza⁹), y de la interpretación misma de los contratos, para la gestión de la

⁹ Como se sabe, es ésta la perspectiva propuesta por Labeón (D. 50,16,19), a la que se ha sobrepuesto la fundada sobre la estructura del acto («bilateralidad estructural») que encabeza el perfil del acuerdo o convenio. Esta afirmación no ha venido a menos y es importante en el

llamada «onerosidad sobrevenida» o «imprevisión» en este tipo de relaciones, interpretación aceptada sin someterla a crítica alguna.

Como se ha puesto de relieve (me refiero a las aportaciones de F. Forte y R. Panizza, con que inicia el citado volumen)¹⁰, en los años setenta, de un modo cuantitativamente nuevo, bancos y consorcios de instituciones financieras privadas, que disponían de una enorme cantidad de los llamados «petrodólares», intervenían en el financiamiento de obras en países en vías de industrialización, especialmente en América latina. En ese momento no se sometió a examen la necesidad de una constitución económica y fiscal paralela a tales operaciones financieras, que abordara el problema de una forma «global», ni tampoco existió una análoga regulación monetaria, medida efectivamente difícil. Para la moneda, por el contrario, al inicio de los años setenta habían madurado nuevos presupuestos que incrementaron la autonomía del gobierno en materia monetaria en cada uno de los países, fenómeno que inevitablemente puede producir consecuencias en los contratos internacionales. Y tampoco sobre este cambio se tuvo en cuenta la consideración jurídica sobre la prestación pecuniaria, que ningún hecho urgente concreto apresuraba a revisar y que permanecía entonces prevalecientemente anclada a una perspectiva fraccionada, que se movía dentro de los problemas de cada uno de los «ordenamientos monetarios», expresiones de «soberanía» del Estado, sin conducirla a un punto de vista «global» (por ejemplo, dentro de tal cuadro fraccionado se persistía en afrontar el problema del principio nominalístico en relación a la fluctuación del valor de la moneda y prevalecientemente a las devaluaciones).

La política monetaria y económica de los Estados Unidos, de los inicios de los años ochenta, combinó un excepcional aumento de los intereses reales con una excepcional cotización del dólar frente, incluso, a la mayoría de las monedas de los países industrializados. Esto, en las relaciones económicas internacionales, ha producido efectos diferenciados. Entre los países industrializados, no obstante la notable ausencia de una adecuada consideración jurídica de las novedades, los efectos pudieron ser sostenidos, también gracias a la cierta armonización que tales países realizan en sus respectivas políticas económicas y financieras. Situación

ámbito del problema en examen, porque bajo tal perspectiva se encuentra el equilibrio de intereses de las partes.

¹⁰ Cfr. F. FORTE, «Debito internazionale dell'America Latina: origini e sviluppi», 17 ss.; R. PANIZZA, «Politiche neolibériste, finanziarizzazione dell'economia mondiale e problema del debito estero del Terzo Mondo», 33 ss. (del mismo v. también, «All'origine del debito estero dei Paesi del Terzo Mondo», en *Materiali*, VII/1, cit., 323 ss.; «En el origen de la deuda externa de los países del tercer mundo», en *La deuda externa*, cit., 19 ss.).

distinta, en cambio, a la de los países de América latina, en razón de que gran cantidad de su deuda fue contraída en dólares USA, en proporción a su PBI y al nivel de sus exportaciones –cuyo valor, en aquel tiempo, también sufría, por diversos motivos concurrentes, una fuerte pérdida–. Esto manifestó un efecto devastador, y se señala el año 1982 como la fecha que marca el momento en que, por las prestaciones conexas a la deuda, ésta se convirtió en excesivamente onerosa y explotó un proceso incontrolado de crisis económicas en los países deudores y de renegociaciones en condiciones de necesidad.

Después de más de diez años en que la deuda se estuvo renegociando y donde, como se sabe, tal renegociación fracasó en sus intentos, como revelan los motivos indicados también por la conferencia interparlamentaria citada, no es posible dejar de preguntarse con insistencia cómo puede y debe –y cómo se hubiese podido o debido– gestionarse el mismo contrato, en diferente forma en relación a tales hechos; cuáles deben –y debieron– ser los criterios para colocar el riesgo; cuál puede ser la concreta operatividad de los derechos del hombre en tal ámbito, etc.

6

Efectivamente, los contratos en cuestión, de financiamiento internacional de programas y proyectos para países económicamente débiles y en vías de industrialización, habían previsto instrumentos para evitar las consecuencias de eventos sobrevinientes, por medio de la inclusión de cláusulas, usuales también en el tráfico mercantil interno de varios países, como la cláusula de intereses a una tasa fluctuante referida a los índices acostumbrados para cierto sector¹¹, y la cláusula de referencia a una moneda extranjera; la primera, para favorecer la adecuación de los intereses a ciertas variaciones que podrían ser consideradas desventajosas para el acreedor o para el deudor¹²; la segunda, para asegurar la máxima posible estabilidad, a nivel internacional, del valor de la prestación del deudor con respecto a una inflación que podría alterar notablemente el valor de su moneda en el curso del previsto proceso de desarrollo.

¹¹ No pretendo examinar el problema de anomalías en la elección de los índices de referencia, problema de evidente y enorme relevancia: cfr. F. FORTE, «Debito internazionale», cit., 23.

¹² No pretendo examinar el problema del fundamento de justicia de la fluctuación de la tasa de intereses reales en préstamos con fines ya citados y a largo plazo, relativos a períodos en el marco de los cuales las variaciones normalmente se neutralizan; pero creo que también este problema debería ser profundizado. (V. acotación *infra* en nota.)

6.1

Preliminarmente, me parece que en la valoración jurídica de las cláusulas relativas a intereses no se puede omitir la consideración de la existencia de una prohibición de los intereses usurarios, que constituye un principio general ampliamente conocido (me refiero sobre todo a la aportación de M. A. Espeche Gil¹³), ya que las aplicaciones de tal principio constituyen uno de los problemas centrales y cuya adecuada solución no puede quedar sin efecto, por lo menos con relación a los límites de licitud de la operatividad de la cláusula relativa. Las consideraciones contenidas en el volumen (E. Jiménez de Arechaga, E. Quadri, U. Santarelli, H. Gros Espiell¹⁴) ponen de manifiesto la necesidad de una posterior profundización mayor sobre el tema, también en lo que atañe al problema del valor «real» de los intereses y, de otra parte, a los índices de referencia y en la medida en que puedan ser considerados objetivos y neutrales para las partes. En fin, en la medida en que la referencia a tales índices pueda hacer lícita la ausencia de todo límite, directamente fijado, a la posibilidad de elevar los intereses. Yo considero que la ausencia de tope máximo no es lícita¹⁵.

¹³ M. A. ESPECHE GIL, *Pedido de una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia de La Haya*, 339; del mismo cfr. también *Ilicitud del alza unilateral de los intereses de la deuda externa*, Madrid, 1989, y las «cuestiones» sobre tales bases aprobadas en el citado congreso de la IHLADI. V. también C. SEMERARO, *La Chiesa e il debito internazionale. Appunti di storia della cultura e del pensiero cristiano di fronte al denaro e all'usura*, y T. BERTONE, «Uso del denaro e dei beni terreni. Giustizia sociale-indebitamento internazionale: aspetti canonistici e magisterali più recenti», en *Materiali*, VII/1, cit., 261 ss.; 273 ss.

El problema sobre cuál sea el límite para que los intereses sean usurarios, debe resolverse atendiendo a una pluralidad de criterios que pueden hacer difícil, mas no imposible, su determinación. Muy sugerente se presenta la vigente Constitución de Brasil, en su art. 192 / 3, al establecer el límite de los intereses anuales en un 12%; sobre el tema cfr. F. GASPARIAN, *A luta contra a usura, O limite constitucional dos juros anuais de 12% está em vigor*, s.d

¹⁴ Cfr. respectivamente pp. 164; 200 ss.; 209 ss.; 246.

¹⁵ Pienso, además, que en los futuros estudios sobre el tema, en relación a la elaboración de los tipos de contratos más idóneos, en cuanto se refiere a los intereses, no se podrá pasar por alto la contribución que puede derivarse del sistema jurídico islámico de prohibición de intereses, que los sustituye por la participación de utilidades; esto es sobre todo para ser considerado por cierto tipo de financiamiento a países en vías de desarrollo, para los cuales este punto de referencia podría servir de pauta. Cfr. G. M. PICCINELLI, «Rapporti creditor e debitori senza interessi: gli strumenti operativi del sistema islamico», en el volumen en consideración, 215 ss.; F. CASTRO, «Un 'ipotesi de lavoro: gli istituti finanziari islamici come possibile modello per una cooperazione economica nord-sud», en *Materiali*, VII/2, cit., 291 ss.

Así, además podrá ser profundizada la convergente reflexión de F. FORTE, de ligar la tasa de interés al valor de las mercancías exportadas, con las que el deudor consigue la divisa para pagar; es decir, de ligarla a su capacidad de pago.

6.2

Pero, sobre todo, como ya se ha indicado, la presencia de estas cláusulas demuestra la atención al problema de la onerosidad sobrevenida, a la apertura de la problemática del principio *rebus sic stantibus*, que obviamente ha sido traducida a cláusulas típicas que se han incluido en los contratos sólo cuando se han tenido presentes los problemas, entonces previstos y predecibles, en su dimensión cualitativa y cuantitativa. La inadecuación de estas cláusulas, respecto a los acontecimientos efectivamente sucedidos, ha convertido la regulación contractual en un inadecuado instrumento para regir las nuevas circunstancias. Hubiera sido necesaria una adecuada interpretación, para que el deudor no pudiera afirmar *non in haec foedera veni*, y solicitar una *reductio ad aequitatem*.

6.2.1

Por un lado, «es un error —como observa H. Gros Espiell en el volumen citado— situar la cuestión de la deuda externa en el Derecho internacional únicamente como un caso de aplicación del principio *pacta sunt servanda*»¹⁶; una interpretación del contrato, que aísla el conjunto de las cláusulas concordadas, de los presupuestos normativos y de hecho, que son la base de su valor vinculatorio para las partes; esto es, pretender que el principio del «*pacta sunt servanda*» es absoluto. Esto no resulta correcto en líneas generales. El principio del valor vinculatorio del acuerdo entre las partes de un contrato no es un principio aislado, ni aislable; es un segmento de un articulado sistema de principios, instituciones y normas, que forman parte del contrato en cuanto constituyen el contexto del válido ejercicio de la autonomía contractual en todas las fases de su explicación. La posibilidad y necesidad de heterointegración de la regulación contractual es un criterio hermenéutico esencial del contrato mismo, y la exigencia de heterointegración es más importante cuando sea menor la tutela, para el ejercicio de la autonomía de las partes contratantes amparada por otras formas. En particular, el uso del principio «*pacta sunt servanda*», por oponerse a la consideración de la onerosidad sobrevenida relativa a las circunstancias no explícitamente previstas en la regulación contractual, puede estar presente, históricamente goza de mayor suceso en los momentos históricos y en los ordenamientos, o en

¹⁶ «La deuda externa y el Derecho internacional. Principios jurídicos aplicables», 243 ss.

particulares sectores de éstos, que ya han realizado una elevada estabilidad e igualdad efectiva de base a los operadores; tal uso sigue la existencia de esas condiciones, y tácitamente las presupone. Una tal estabilidad e igualdad no existe en la actual fase histórica de las relaciones internacionales. El contrato, en cualquiera de sus cláusulas, está por ser interpretado, y también por ser heterointegrado a la luz del conjunto de los «principios generales del Derecho». Éstos preexisten a los contratos concretos, y se articulan en relación a la especificidad de las diversas circunstancias.

Del común tronco del *ius romanum*, el núcleo de estos principios, radicados histórica y estructuralmente en las relaciones civiles entre personas, y que han sido además asumidos como primer fundamento de las relaciones entre los Estados, ha formado un fondo de «principios generales del Derecho» al servicio del hombre y de los pueblos y de sus derechos, que continúa creciendo en el actual encuentro de tantos pueblos y con el desarrollo del nuevo orden económico internacional. Tales principios, citados también en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (art. 38) —y al cual en modo diverso marcan reenvío, como a una fuente informadora e integradora del propio Derecho, los ordenamientos estatales de tantos países—, constituyen el marco jurídico por cuyos términos debe ser regulada la deuda externa, y según los cuales deben ser concretamente interpretados los actos que nos ocupan, para no llegar a resultados que comporten violaciones a los derechos humanos.

La mayor onerosidad «sobrevvenida» de la prestación, excesiva e imprevisible, que deriva del alza de la divisa de referencia, que había sido elegida para garantizar, en cambio, la estabilidad del valor real de la prestación misma, y que se combinaba, al mismo tiempo, con un enorme e imprevisible aumento de las tasas de interés reales; el profundo desquiciamiento del inicial equilibrio de intereses logrado por las partes en los contratos no «aleatorios», trae a colación el principio *rebus sic stantibus* en sus diversas formulaciones (estos aspectos, en el volumen citado, se examinan en particular por J. L. de los Mozos, E. Jiménez de Arechaga, H. Gros Espiell¹⁷).

No obstante que efectivamente no se trate de puntos de vista iguales, se puede recordar que es posible abordar el problema en términos de «presuposiciones» (*Voraussetzung*); o en términos de, o cambio substancial de las circunstancias por las cuales la deuda se había contraído, del «fun-

¹⁷ Sobre el tema, cfr. también A. SERRA, «Responsabilità del debitore e limiti alla pretesa del creditore (Alcune riflessioni sul debito dei Paesi Latinoamericani)», en *Materiali*, VIII/1, cit., 383 ss.

damento» del contrato (*Wegafall der Geschäftsgrundlage*), en su configuración de la sobrevenida ruptura de la relación de equivalencia originaria entre las prestaciones (*Äquivalenzstörung*); o de la excesiva onerosidad sobrevenida de una prestación¹⁸. O pueden utilizarse otros principios, como aquellos relativos a la prohibición del abuso del derecho, o al enriquecimiento ilícito (sin causa), o a la equidad, o a la solidaridad y cooperación, en particular en la colocación de las consecuencias de hechos no provenientes de culpa. El objetivo es, en todos estos casos, la substancial redeterminación judicial de la prestación, una vez reconstruido, en la medida de lo posible, el equilibrio originario de intereses. Esto también para evitar que la misma ruptura de tal equilibrio de intereses comporte la contrariedad de los efectos respecto a la causa, la imposibilidad del objeto contractual por el cual se han celebrado contratos de financiamiento destinados a favorecer globalmente el desarrollo económico e industrial de los países a quienes el crédito era concedido (*Zweckvereitelung*).

Me parece interesante, sobre este punto, recurrir al artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (E. Jiménez de Arechaga) y, a manera de ejemplo, al proyecto elaborado por el UNIDROIT, de «Principios para los contratos mercantiles en materia internacional», con el que se intenta codificar los principios ya generalmente aceptados, el mismo que dispone, en una específica sección¹⁹:

Artículo 6.2.2
Definición de hardship
(excesiva onerosidad sobrevenida)

Existirá hardship (excesiva onerosidad sobrevenida), cuando el equilibrio de las prestaciones es alterado de una manera esencial, ya sea por un incremento en el costo de la prestación a cargo de una de las partes o por una disminución del valor de la prestación debida a una de ellas, y cuando además:

- a) los hechos tienen lugar o son conocidos por la parte perjudicada con posterioridad a la celebración del contrato;
- b) la parte perjudicada no haya podido razonablemente tener en cuenta dichos hechos al momento de la celebración del contrato;

¹⁸ El problema es diverso cuando se trata de grave desequilibrio originario de las prestaciones, cuya problemática se debe tener presente, y que tanto en la práctica como en la teoría presenta interferencias.

¹⁹ UNIDROIT, Roma, 1993.

- c) los hechos escapan al control de la parte perjudicada; y
- d) la parte perjudicada no haya asumido el riesgo de que dichos hechos pudieran sobrevenir.

Artículo 6.2.3

Efectos del hardship

(Efectos de la excesiva onerosidad sobrevenida)

- 1) En caso de hardship, la parte perjudicada puede requerir la renegociación del contrato. Esta requisitoria deberá formularse sin demora injustificada y señalar los fundamentos en la cual se basa.
- 2) Este requerimiento no autoriza por sí mismo a la parte perjudicada a suspender el cumplimiento de sus obligaciones.
- 3) En caso de no llegar a un acuerdo dentro de un período razonable, cualquiera de las partes puede recurrir a un tribunal.
- 4) En caso de presentarse una situación de hardship, el tribunal está facultado, siempre que lo considere razonable, para:
 - a) declarar la resolución del contrato en una fecha y en los términos que determine el tribunal; o
 - b) adaptar el contrato a fin de restablecer el equilibrio de las prestaciones.

Dado el fin de los contratos de financiamiento en examen, la tutela del deudor debería quizá ser mayor de la aquí prevista; pero estaría fuera de lugar examinarlo en este momento.

6.2.2

Por otra parte, aunque no se hubiera aceptado reconocer que el principio de la onerosidad sobrevenida tenga valor general y se deseara permanecer en el principio del *pacta sunt servanda*, ha sido ya ampliamente sostenido (me refiero a la participación de E. Quadri) que sería posible una interpretación «correctiva» de la cláusula de referencia monetaria, cuando la moneda elegida no desarrollara ya la función de parámetro de referencia estable por la cual fue elegida, con el fin de garantizar lo realmente querido por los contratantes y restablecer el equilibrio económico por ellos fijado inicialmente, con mayor razón en los contratos cuyo fin no es «especulativo». Tal interpretación debería ser efectuada por parte de un juez neutral. «Un similar encuadramiento podría también encontrar hoy apoyo, en la cada vez más acentuada y mundialmente difusa valorización del principio de la buena fe, como criterio de inter-

pretación del contrato y, al mismo tiempo, de valorización de la acción de las partes, sobre todo, precisamente en las situaciones en las cuales el poder de una de ellas se caracteriza por márgenes notables de discrecionalidad, en función de un re-equilibrio de la disparidad de fuerza de las partes.»²⁰.

6.2.3

En substancia, deben aplicarse los diversos corolarios del principio de la buena fe, principio cardinal en materia contractual tanto en el Derecho interno como en el internacional (así lo han manifestado E. Jiménez de Arechaga y H. Gros Espiell, con una referencia a la Carta de la ONU, artículo 2, párrafo 2; a la Convención de Viena de 1970 sobre el Derecho de los Tratados, artículo 26; a la resolución 2625 de la XXV Asamblea General de la ONU, Declaración relativa a los principios de Derecho internacional y a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, artículo 2, párrafo 2, y a algunos casos examinados por la CIJ): la buena fe es el fundamento del valor vinculatorio del contrato mismo, precede a la ejecución del mismo y concurre a determinar el contenido de las prestaciones.

6.3

En conclusión, hay que respetar el canon de fondo del Derecho de las obligaciones, que, salvo una adecuada justificación, en este caso no subsistente, brinda los medios para evitar conducir a la ruina al deudor (ruina a la cual el mismo Derecho privado más tradicional pone unos cuantos límites vinculados a la salvaguardia de las exigencias vitales del mismo). Y es de remarcar, y de profundizar, cómo esta conclusión converge con la tutela de los derechos fundamentales, de los derechos humanos y de los pueblos, los mismos por los que debe venir sustentada.

²⁰ E. QUADRI, «Referimento ad una moneta straniera, mutamento delle circostanze e controllo dell'autonomia contrattuale nei rapporti creditizi interessanti Paesi in via di sviluppo», en *Debito internazionale*, cit., 202 ss., quien al final anota: «resulta superfluo afirmar, una vez más, el desequilibrio de las fuerzas existentes en la relación que nos ocupa; desequilibrio todavía más acentuado por el co-interés de la autoridad competente en gobernar la moneda de referencia con respecto a una de las partes contractuales, por lo menos desde el punto de vista de una realista consideración de los intereses substanciales en juego; co-interés que no puede permanecer al margen de un adecuado relieve en la reconstrucción judicial de la relación, a la luz, sobre todo, del principio de la buena fe».

Los derechos fundamentales, los derechos humanos y de los pueblos —y entre estos últimos, en particular, el derecho a la autodeterminación—, no gozan simplemente de un valor programático (las perspectivas y principios madurados en el ámbito del Derecho internacional se han analizado tanto en las participaciones ya citadas como en las de su excelencia J. Mejía, A. Ferrari Toniolo, y por el colega F. Pocar). Tales derechos, además deben operar directamente frente a todas las entidades que ejercitan los poderes económicos de supremacía. (También este perfil me parece que debe ser profundizado.)

En este caso sostengo que, de cualquier forma, tales derechos, en primer lugar, deben reforzar el fundamento y la operatividad de criterios de colocación de las consecuencias de la excesiva onerosidad sobrevenida, para evitar un mayor sacrificio del deudor; en segundo lugar, deben constituir un límite a su propia ruina; en tercer lugar, su violación, o el peligro de ella, debe constituir un «estado de necesidad» o un «estado de peligro», relevante a los fines de la valoración de un nexo del vínculo obligatorio, en su génesis y en su cumplimiento, al estado de necesidad (nexo que daría lugar a un impedimento de la prestación, asimilable a la imposibilidad, o, en el caso de lesión enorme, a las consecuencias conexas).

6.4

En suma, en la situación específica, en primer lugar, sobre tales bases la no prevista ni previsible utilidad sobrevenida para el acreedor no se presenta quizá digna de tutela frente al daño sufrido por el deudor, y un correcto encuadramiento jurídico de la deuda externa de América latina podría probablemente llevar a proceder a una revisión matemática del monto debido, tanto por el servicio de la deuda como por el capital, no respecto al dólar o las tasas de interés fijadas en base a esta divisa, sino respecto a una canasta definida, tanto por lo que atañe a la divisa como a la tasa de interés, de modo tal que se garantice la permanencia del equilibrio de las prestaciones acordado por las partes en el momento mismo de contraer la deuda. De tal forma debería poderse averiguar si la deuda ya habría sido pagada en gran medida. Y podría someterse después a una prudente renegociación la tarea de evitar el eventual surgimiento de otros procesos incontrolados de crisis de la finanza internacional, para evitar los cuales parece que no deben faltar los instrumentos en los países industrializados (considérese que la deuda externa es gravísima en relación al PBI de los países endeudados, pero no lo es en la misma medida en relación al de los países acreedores).

En segundo lugar, un correcto encuadramiento debería brindar cri-

terios para la elaboración de tipos contractuales adecuados a las presentes exigencias, que, por ejemplo, incluyan una cláusula encaminada a neutralizar los efectos de políticas monetarias nocivas al deudor más débil, en concreto, a los países en vías de desarrollo, los que, por lo general, no concurren a la concertación de la política económica o monetaria global. Todo esto con el fin de evitar iniciativas económicas y financieras que al aplicarse produzcan especulación y despojo; además de dar una adecuada tutela y espacio a las correctas inversiones. Unas cláusulas para regular adecuadamente –esto es, haciendo referencia a un juez o árbitro que efectivamente se encuentre en un nivel superior al de las partes– otros mecanismos para la distribución de la onerosidad sobrevenida relativa a los aspectos no previstos por las partes.

7

Cierto, un colegio de jueces no puede sustituir una actividad de gobierno.

Y es, por lo tanto, de primera importancia, un gobierno global de la moneda, a condición de que tenga un adecuado fundamento democrático y sepa estar atento a las exigencias de los países más débiles. Son fundamentales, para proceder en tal dirección, todas las aportaciones que maduran en el ámbito de la comunidad internacional.

Un colegio de jueces puede garantizar la aplicación del Derecho existente, y, entonces, un ordenado desarrollo de las acciones y de la participación de los miembros de una comunidad; además de la justa solución de los conflictos de intereses emergentes: la *conservatio legitimaе atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis* propuesta por Cicerón (de Orat. 1.42,188). Dicho colegio de jueces puede también recoger el impulso, que mana de los principios generales del Derecho y de las aspiraciones de los pueblos, para la realización substancial de la igualdad. En la actual sociedad internacional, que «es una comunidad de desiguales, y de profundamente desiguales en el plano económico, social, cultural [...] el derecho formal –ha observado F. Pocar– debe ser valorizado a la luz de los principios que restablezcan el equilibrio en las situaciones, tomando en cuenta la profunda diversidad de los sujetos que la componen. No hay duda –prosigue– que este nuevo equilibrio pueda verificarse modificando normas formales, pero puede hacerse también incluyendo tales normas en el ámbito de los principios generales que tiendan a lograr el equilibrio de las posiciones de los sujetos».

El reconocimiento y afirmación, por parte de un imparcial y competente colegio judicial, de los «principios» jurídicos que serían aplicables

a la deuda externa, concurriría en un modo altamente constructivo a un planteamiento del problema, más justo y también más digno para todas las partes.

La hipótesis de un recurso consultivo por parte de la Asamblea General de la ONU a la Corte Internacional de Justicia de La Haya, ya ha sido sostenida por la IHLADI a propuesta del embajador M. A. Espeche Gil, y ha motivado la iniciativa de la República Dominicana. Después ha sido apoyada, con la consideración de las más difusas violaciones de los principios generales del Derecho, en el Seminario Roma-Brasilia y compartida por el Fórum de Viena. En sede política, ya ha tenido el apoyo, entre otros, del Parlamento Latinoamericano, como mencionaba al inicio. En el volumen al que estoy haciendo referencia, ella ha sido profundizada con la autoridad de eminentes participantes en sus diversas intervenciones (recuerdo a F. Pocar, H. Gros Espiell, E. Jiménez de Arechaga), y después ha sido compartida por todos los participantes en la mesa redonda conclusiva: el ya recordado embajador M. A. Espeche Gil, su excelencia E. Gallina, el senador A. F. Montoro, y el colega M. Panebianco. Además ha sido hecha propia por el Grupo de Trabajo de Jurisprudencia del Consejo Europeo de Investigaciones Sociales sobre América Latina (CEISAL), que ha formado a tal fin una comisión que, además de juristas europeos, está excepcionalmente integrada también por un restringido grupo de juristas latinoamericanos que han colaborado en la investigación.

Si es verdad que en 1992 los niveles de tasas de interés, sobre todo relativos al dólar USA, y el valor de tal moneda en relación con otras monedas de países industrializados, han atenuado parcialmente los niveles más dramáticos de la crisis, es falsa la afirmación de que ya se haya solucionado. La hipótesis de que la moneda de referencia pueda nuevamente elevarse, y/o las tasas de interés estipulados puedan dispararse, hace indispensable una decisiva aclaración del Derecho aplicable, y la incorporación de cláusulas idóneas en los mismos formularios contactuales, para que no se reagudicen las situaciones ahora examinadas y no se asista a la repetición de éstas, también en cuanto concierne a otras áreas y a nuevas deudas.

El querer un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya es expresión de una cultura político-jurídica que conoce y confía en la misión del Derecho. Es expresión de una tradición latinoamericana del Derecho internacional, que honra a las doctrinas de utilidad general para la paz (baste mencionar la «doctrina Drago» y la «cláusula Calvo»).

Una solicitud de un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia, que se formulara tomando ocasión de la experiencia de Amé-

rica latina, interesa a todo el globo, en su gran división de Norte-Sur, la misma que últimamente ha incluido también a los países antes socialistas, a efecto de la transformación profunda, revolucionaria, de los órdenes europeos. Aquello que viene puesto al centro de la atención es el problema no sólo de la deuda en vías de cumplimiento, o que posiblemente ya ha sido cumplida, no obstante se siga pagando, sino también el de las cláusulas contractuales; de los principios jurídicos en los que se inspira, se está inspirando, la concesión de grandes financiamientos para la reestructuración económica. Es verdad que se deberían evaluar analíticamente las eventuales particularidades de los diversos países y de las diversas áreas, pero parece en todo caso imprudente no profundizar el tema desde ahora.

Atinadamente R. Caldera, en la apertura del Fórum de Viena, había indicado: «Esta situación intolerable se ha producido con violación de principios y normas jurídicas de valor universal. Es precisamente lo que saldrá a brillar de este «fórum científico» [...]. Las objeciones son tantas, que es pertinente la idea, que no debe dejarse dormir por más tiempo, de solicitar a la Corte de Justicia Internacional un pronunciamiento acerca de la ilegitimidad de las cláusulas contrarias al Derecho impuestas a los países deudores. Lograrlo sería un gran triunfo para la Humanidad.»

El uso de títulos de deuda externa como medio de pago en la venta de empresas públicas

Jaime ZEGARRA GUEVARA

1 Marco legal

Las normas que regulan el mecanismo de canje de deuda por acciones de capital de empresas públicas¹ son la ley 26250 y su reglamento, el D.S. 17-94-EF, modificado por el D.S. 117-94-EF. Destacaremos sus aspectos más importantes.

1.1 Concepto de obligaciones elegibles

Son todas las deudas externas del Estado peruano, en calidad de deudor original o por haberlas asumido.

Se requiere que la deuda no sea materia de juicios pendientes. En cambio, se acepta aquella deuda establecida por sentencia judicial de tribunales peruanos que se encuentre en estado de cosa juzgada al 26.11.93 o antes de esa fecha.

Se exige, en el caso de deuda sindicada de bancos, el otorgamiento de los «*waivers*»² correspondientes. Tratándose de deuda del Club de París, la aplicación en canjes de deuda debe estar prevista en los convenios bilaterales receptivos y debe cumplirse con los requisitos que señalen estos convenios.

¹ Al que llamaremos «mecanismo de canje» o «programa de canje» o «programa de utilización de obligaciones elegibles».

² Dispensas que deben ser aprobadas por los sindicatos.

1.2 Monto de comparación de las obligaciones elegibles

Se mide en dólares norteamericanos, al tipo de cambio establecido por la Superintendencia de Banca y Seguros mensualmente. Sólo comprende el 100% del valor nominal del principal adeudado que se encuentre *vencido e impago* al momento de presentación de la oferta económica. A este monto hay que multiplicarlo por el coeficiente de referencia que determine el Comité de Deuda Externa para obtener el valor de la oferta económica en títulos de deuda externa.

En el caso de las obligaciones sindicadas con la banca internacional, toda esta deuda está *vencida*, por lo que cumple fácilmente con este requisito. Donde esta exigencia va a cobrar importancia es cuando se concluya un Acuerdo Brady, ya que, como se sabe, dicho acuerdo va a contemplar, como una de sus opciones, *swaps*³ de deuda con bonos brady. Pero éstos van a representar obligaciones *no vencidas* al operar la novación. Obviamente, se tendrá que modificar las normas actuales.

1.3 Plazos

No existen plazos perentorios para la presentación de las obligaciones elegibles ante la Dirección General de Crédito Público (DGCP) por parte del postor ganador de una subasta; tampoco, para completar el monto de estas obligaciones, de ser el caso.

En cambio, la Dirección General de Crédito Público sí está sujeta a plazos perentorios: cuenta con *siete días*, contados desde que el postor le presenta las obligaciones elegibles, para indicar si la documentación sustentatoria está completa; y con *treinta días*, posteriores a este pronunciamiento, para certificar la titularidad y elegibilidad de las obligaciones propuestas. El incumplimiento de estos plazos produce la aprobación automática de los trámites correspondientes. Es decir, opera el llamado silencio administrativo positivo.

1.4 Medio de pago

Es con obligaciones elegibles que se aplican como tal a través de un *convenio* a suscribirse entre el postor ganador y la Dirección General de

³ Las operaciones *swaps* consisten, gruesamente, en el intercambio de activos. Una modalidad son los *swaps* de deuda por acciones de capital. Véase una definición más amplia en BCR (1995), p. 191.

Crédito Público, que se aprueba por resolución ministerial y que es hasta por el monto de comparación que se consigne en el mismo, el que podría ser diferente al señalado en la oferta económica. La diferencia por defecto, debe ser cubierta por una *carta de crédito «stand by»*, irrevocable, de realización automática y a plazo indefinido. Esto ocurrirá sólo en el caso de discrepancia en cuanto al monto de comparación o si una parte de los títulos de deuda externa no califican como obligaciones elegibles.

Durante el plazo de vigencia de la carta de crédito el postor ganador puede celebrar con la DGCP el número de convenios que sea necesario para poder completar el monto de las obligaciones elegibles de su oferta económica.

1.5 Documentación sustentatoria de los títulos de deuda externa

Debe probar dos aspectos:

- a) Que el solicitante (el postor ganador) es titular de las obligaciones propuestas.
- b) Que éstas cumplen con los requisitos legales para ser consideradas obligaciones elegibles.

Para probar el punto a) es suficiente que los *acreedores originales* presenten los contratos de crédito y/o los pagarés o títulos negociables. En cambio, los *acreedores secundarios* tienen que adjuntar la documentación que muestre la *cadena de cesiones* de contratos y/o títulos negociables, según el caso.

La Dirección General de Crédito Público lleva un registro de deuda pública externa, en el que deberían constar las cadenas de cesiones. Pero este registro está incompleto. Las dificultades derivadas de esta situación consisten, por ejemplo, en que algunas cesiones –dentro de una cadena– no han sido registradas o sus registros no son habidos. En este caso, la reconstrucción parcial de la cadena debería producir la *presunción legal de titularidad* en favor del último cesionario o tenedor (el solicitante). Éste parece haber sido el criterio de la DGCP, a juzgar por la información que solicita en el formato n.º 2 («Relación de obligaciones elegibles»), aprobado por R.M. 182-94-EF/75: consignar, entre otros datos, el nombre del *acreedor original* (rubro 8), y el nombre del *tenedor previo* (rubro 9).

La necesidad de contar con un registro de tenedores confiable ha llevado al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a contratar la ase-

soía del banco J. P. Morgan como agente de conciliación y cierre del Acuerdo Brady. El registro que elabore este banco facilitará mucho –aunque tardíamente– la probanza de la titularidad de los tenedores secundarios.

Para probar el punto b) se pide acreditar que la deuda haya sido asumida por el Estado. Acá bastará mencionar la norma legal en virtud de la cual ha operado la asunción.

1.6 *Consents*

Es necesario adjuntar el consentimiento expreso por parte del acreedor a estas asunciones. Para facilitar el cumplimiento de este requisito el propio ministro de Economía envió los correspondientes formatos al Advisory Committee⁴, con su comunicación de fecha 12.1.94. Estos documentos fueron a su vez transmitidos por el Advisory Committee a todos los bancos acreedores el 13.1.94.

A través de otra comunicación, de fecha 16.12.94, dirigida a todos los bancos agentes de los créditos sindicados, el ministro de Economía hace de su conocimiento que se han modificado los «*forms of consent*» (*Schedules I y II*), en el sentido de que el consentimiento otorgado es válido por seis meses, desde la fecha en que es recibido por la República del Perú. Adjunta a esa comunicación los nuevos «*forms of consent*». Es evidente que los *consents* se van a renovar cada seis meses las veces que sea necesario; sin embargo, la modificación es de una discutible validez legal, por cuanto debió hacerse a través de un decreto supremo, ya que el requisito original fue establecido por una norma de esta jerarquía (el D.S. 17-94-EF).

1.7 *Waivers*

Es un requisito sólo aplicable a los préstamos sindicados. El requisito de retiro de las demandas judiciales ya se ha cumplido. El tema de los «*waivers*» también está resuelto. El primer hito fue la publicación del D.S. 110-95-EF, en virtud del cual se aprobó el contrato de 1.6.95 celebrado entre la República del Perú y un grupo de bancos representados por el Citibank N. A., mediante el cual se modificó el Convenio de Refinanciación de 31.5.83, suscrito entre las mismas partes.

⁴ «Comité Asesor de Bancos», también conocido como «*Steering Committee*».

Las modificaciones consisten en que todos los bancos suscriptores del convenio original consintieron en otorgar las dispensas (*waivers*) para que sus acreencias pudieran ser utilizables como medios de pago en las subastas de empresas públicas dentro del mecanismo establecido por la ley 26250 y su reglamento. Se han levantado, por tanto, las restricciones impuestas por las «cláusulas cruzadas». Lo que se ha aprobado, en rigor, es un conjunto de «*amendments*»⁵ al contrato original, para lo cual era necesario el consentimiento expreso del deudor (la República del Perú). La deuda involucrada por este acuerdo –que se dio en el contexto de la negociación con el Comité Asesor de Bancos– asciende a alrededor de US \$ 900 millones de deuda sindicada de largo plazo en principal perteneciente al sindicato Citibank, el más importante dentro del Comité Asesor. En la coyuntura actual, es seguro que los otros sindicatos, de ser el caso, van a seguir este mismo camino.

Ahora bien, el contrato modificatorio de 1.6.95, aprobado por el D.S. 110-95-EF, y los otros contratos similares que vayan a celebrarse, no convierten automáticamente a los títulos de deuda comprendidos, en «obligaciones elegibles», sino que permiten cumplir sólo con uno de los requisitos que exige la ley 26250 (artículo 2, inciso b, referente a las «dispensas»), quedando, los bancos, obligados a cumplir con los demás requisitos de esta ley y su reglamento, para que recién sus títulos puedan adquirir la calidad de «obligaciones elegibles» y así puedan funcionar como medio de pago en privatizaciones.

Este trámite, desde luego, va perdiendo importancia y sentido conforme nos acercamos a un Acuerdo Brady, puesto que éste va a determinar reglas distintas al uso del mecanismo de canje de deuda por privatización. No obstante, la fecha de acuerdo es algo incierta: podría en efecto, producirse en la fecha proyectada (julio); pero también –y es lo más probable– podría irse prorrogando por distintos imponderables. Por tanto, no debe declinar, antes de tiempo, el interés por el uso del actual mecanismo de la ley 26250.

1.8 Mantenimiento de las inversiones luego de los *swaps*

En el caso de que un tenedor de deuda (sea fondo de inversión, banco acreedor, etc.) llegara a adquirir acciones de empresas públicas al amparo del régimen de la ley 26250 y de su reglamento, *no existe la obligación*

⁵ «Enmiendas».

legal de que tenga que mantener estas inversiones por un tiempo determinado. Consecuentemente, puede vender sus acciones adquiridas producto de la conversión *debt to equity* cuando lo crea conveniente, sin ninguna restricción. Tampoco hay restricción alguna para —de ser el caso— la compra de dólares con el producto de estas ventas y la subsecuente repatriación de capital y/o dividendos.

Esto es así porque el pago de acciones de empresas públicas con títulos de deuda externa (obligaciones elegibles) está considerado como *inversión extranjera*, por lo cual a estas operaciones les es aplicable el decreto legislativo 662 y su reglamento, el D.S. 162-92-EF sobre regímenes de garantía a las inversiones extranjeras.

Estas normas otorgan, entre otras garantías, el derecho a transferir al exterior, sin restricciones, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad, previo pago de los impuestos de ley, lo siguiente:

- a) El íntegro del capital, incluyendo *el producto de la venta de acciones*.
- b) El íntegro de los dividendos.

Para la realización de cualquier operación cambiaria, como, por ejemplo, conversión de moneda nacional a moneda extranjera, se reconoce a los inversionistas extranjeros el derecho a utilizar el tipo de cambio de mercado más favorable al momento de efectuar la operación cambiaria. Todos estos derechos pueden ser objeto de *contratos de estabilidad jurídica* cuyo plazo de duración es de diez años desde la fecha de su suscripción.

2 Oferta posible de obligaciones elegibles

La oferta de deuda *elegible*⁶ para el programa de canje, es de una magnitud muy importante (alrededor de US \$ 4 284 millones en principal, que comprende deuda de bancos, de proveedores y del Club de París⁷). La demanda estará en función del monto total autorizado que alcance dicho programa de canje. Sus principales demandantes serán postores ganadores de subastas o sus socios menores (entre ellos, los fondos de

⁶ Sólo tiene esta condición aquella deuda que cumple con los requisitos de la ley 26250 y su reglamento.

⁷ Aunque dista mucho de los US \$ 10 000 a US \$ 12 000 millones que erróneamente se estimaron y difundieron en algunas publicaciones.

inversión, bancos acreedores o tenedores secundarios). A continuación presentamos un análisis desagregado de la oferta de obligaciones elegibles.

2.1 Deuda de mediano y largo plazo sindicada de bancos

Asciende en principal a un monto aproximado de US \$ 3 140 millones, según el Banco Central⁸; a US \$ 3 150 millones, según el MEF; a US \$ 3 174 millones, según el Banco Mundial⁹, y a US \$ 4 500 millones¹⁰, según la banca acreedora. Es un monto que falta conciliar¹¹. Si tomamos el monto menor, éste representa el 74,94% de lo que se adeuda en total a los bancos comerciales (en principal). Considerando que toda la deuda a bancos asciende a alrededor de US \$ 4 200 millones, y asumiendo las «recompras silenciosas»^{12 12a} por US \$ 2 000 millones¹³ a valor nominal, quedaría un saldo de obligaciones por US \$ 2 200 millones, el cual mayoritariamente pertenece a deuda sindicada.

En cuanto a la elegibilidad de esta clase de deuda, se han superado las dificultades que existían. Las demandas judiciales ante distintas cortes extranjeras se retiraron en diciembre de 1994. El otorgamiento de los *waivers* por parte de los distintos sindicatos, es un tema que fue bien conducido. Vale la pena desarrollar una retrospectiva del proceso: por comunicación de 12.1.94 al Advisory Committee, el ministro de Economía y Finanzas, además de requerir los *consents* a los bancos, también solicitó a éstos que otorgaran los *waivers* que permitieran el uso de esta deuda en las privatizaciones. Precisamente, el *form of consent* correspondiente (*Schedule II*), adjunto a la comunicación del ministro, contiene una declaración de otorgamiento de los *waivers*. Esta declaración implica la aprobación individual, por parte del banco firmante, para que el sindicato otorgue los *waivers* requeridos, lo que debe hacerse según las reglas preestablecidas en cada contrato sindicado. Por comunicación de

⁸ BANCO CENTRAL (1994), p. 42.

⁹ BANCO MUNDIAL (1993), t. II, p. 359.

¹⁰ BANCO DE CRÉDITO (1994), p. 48.

¹¹ Aunque, en principio, se ha transado con la banca acreedora en US \$ 3 150 millones. La cifra definitiva saldrá del trabajo conjunto entre J. P. Morgan y la DGCP.

¹² Recompra de deuda por parte del propio gobierno peruano en el mercado secundario a través de un broker internacional, el cual debe garantizar la máxima confidencialidad de las operaciones.

^{12a} La estrategia de las recompras silenciosas fue diseñada por el equipo del anterior negociador oficial Raymundo Morales. Véase MORALES (1994?) pp. 248 a 250.

¹³ La cifra oficial es hasta hoy desconocida.

13.1.94 del Advisory Committee a cada uno de los bancos acreedores, éste *les recomienda que otorguen sus «consents» y «waivers»*. Según comunicación de 3.11.94 a los bancos agentes, el MEF les hace saber que: «[...] the Republic has made substantial progress in obtaining the requested consents [...]»¹⁴, y, por tanto, también en la obtención de los «*waivers* individuales» (de cada banco). A través de la comunicación de fecha 16.12.94, dirigida otra vez a los bancos agentes, el ministro de Economía solicita: «[...] to cooperate with us in a final effort to obtain the consents [...]»¹⁵ y los *waivers* individuales de los miembros de cada sindicato, y así: «[...] the credits administered by you will be eligible for use in the privatization program [...]»¹⁶. Estos esfuerzos dieron como resultado que se celebrara el contrato de 1.6.95 entre el gobierno peruano y un grupo de bancos representados por Citibank N. A., el cual ha sido aprobado por el D.S. 110-95-EF de 10.7.95, y que va a permitir que sea posible utilizar como medio de pago en privatizaciones, la deuda comprendida por el indicado contrato, cuya oferta suma alrededor de \$ 900 millones en principal. Como ya lo señalamos, no creemos que haya problema alguno –en la coyuntura actual– para que los otros sindicatos, de ser el caso, otorguen sus *waivers*.

De otro lado, lo que ya despejaba todas las dudas acerca de las intenciones del gobierno peruano respecto del programa de canje, es la señalada carta del ministro de Economía, de 16.12.94, a los bancos agentes, en la que asegura: «[...] and it is the intention of our Government to continue to use this mechanism extensively in future privatizations[...]»¹⁷. Esta decisión quedó confirmada precisamente con la suscripción del contrato de 1.6.95 con Citibank. El compromiso se ratificó –a otro nivel– en la Carta de Intención de 27.6.95 presentada por el gobierno al FMI, en cuyo párrafo 12 se expresa: «El gobierno continuará permitiendo el uso de conversión de deuda por acciones [...]»¹⁸. Hoy el tema ya no ofrece dudas, puesto que una de las opciones que contiene el menú del pre-acuerdo Brady, de 27.10.95, es la de canje de bonos brady por acciones de empresas públicas¹⁹.

¹⁴ Citado en la comunicación de 16.12.94, del ministro de Economía dirigida a los bancos agentes, p. 1, párr. 4.

¹⁵ Página 2, párr. 2 de la comunicación citada.

¹⁶ Página 2, párr. 2 de la comunicación citada.

¹⁷ Página 2, párr. 1 de la comunicación citada.

¹⁸ La carta de intención mencionada fue publicada en *El Peruano* de fecha 1.7.95.

¹⁹ El exministro de Economía, Sr. Carlos Boloña, era más bien partidario de la emisión directa de «bonos de privatización». Véase BOLONA (1993), p. 141.

2.2 Deuda de corto plazo de capital de trabajo de bancos

Según el MEF esta clase de obligaciones asciende en total a aproximadamente US \$ 650 millones en principal. La llamada deuda «*performing*» (aquella cuyos intereses se vienen atendiendo) y la deuda «*non performing*» (cuyos intereses no se atienden) van a tener las mismas posibilidades de pago dentro del menú de opciones Brady que se acuerde. Hasta el 31.12.95 había un trato preferente hacia la deuda «*performing*», pues a través de sucesivos decretos supremos (el último de los cuales ha sido el D.S. 108-95-EF) se autorizó la negociación directa entre deudores y acreedores para el pago del principal de estas obligaciones. Este procedimiento, de hecho, era una excepción a la regla general consistente en prorrogar los vencimientos de la deuda de corto plazo con la banca acreedora. Las prórrogas (o renovaciones) se han ido dando ininterrumpidamente desde el año 1984 hasta hoy. La última se ha producido por efecto del D.S. 020-96-EF, que renueva los vencimientos del principal desde el 2.2.96 hasta el 1.8.96. En realidad, continuar con estas prórrogas unilaterales por parte del Ejecutivo es redundante, puesto que la deuda de corto plazo, al haber quedado incorporada en la negociación del Plan Brady, hace irrelevante, para cualquier efecto práctico, el que tenga la naturaleza de vencida o no vencida. La excepción a esto es el programa de canje: aquí se da la muy curiosa «paradoja» de que la renovación de vencimientos convierte —técnicamente— a la deuda de corto plazo en *no vencida*, y por tanto, en inelegible para el mecanismo de canje puesto que éste exige como requisito que la deuda sea *vencida*. Es decir, una norma pone un requisito, y otra norma dificulta su cumplimiento. En la práctica no se han presentado problemas derivados de este hecho, lo que ciertamente no puede hacer olvidar que, *per se*, un sistema normativo debe estar limpio de contradicciones e incoherencias. Por esto, no podemos pasar por alto tampoco que el acto mismo de sancionar unilateralmente prórrogas a los vencimientos de estas obligaciones no es válido, ya que los contratos sólo se pueden modificar con el consentimiento de las partes. Y no se puede ignorar, menos aún, que al estar estos «*loan agreements*», sin excepción, sometidos a la ley extranjera, no se les debería aplicar la ley peruana. No obstante, en la práctica ha ocurrido y ocurre lo contrario. Esto demuestra, en buena cuenta, las limitaciones que tiene la aplicación del Derecho en la realidad concreta, y lo vulnerable que es frente al poder, sobre todo en el contexto de una negociación.

Asumiendo las «recompras silenciosas» de los US \$ 2 200 millones de deuda a bancos que quedaría todavía, es difícil precisar cuánto correspondería, realmente, a deuda de corto plazo, aunque debe tratarse de una cifra probablemente discreta.

Entre los problemas pendientes con deuda de corto plazo es importante destacar el caso del sindicato Arlabank (préstamos de US \$ 200 millones al BCR en junio de 1992, para apoyo de la balanza de pagos)²⁰. Aunque la mayoría absoluta de miembros de este sindicato –más del 56,2% a julio de 1995²¹– ha decidido no iniciar una demanda judicial contra el BCR, existe todavía el riesgo de que el grupo minoritario de miembros que está a favor de una acción legal presente una demanda ante las cortes de Inglaterra (la cláusula 2-C del «Loan agreement» abre esta posibilidad). Esta demanda, ciertamente, sería un elemento perturbador dentro del panorama de normalización de relaciones con la banca internacional. Creemos que el MEF cuenta con los argumentos para evitar este riesgo.

2.3 Deuda de mediano y largo plazo no sindicada de bancos

Se calcula su monto en unos US \$ 400 millones²², antes de las «recompras silenciosas» cuya realización hemos asumido. No tiene los inconvenientes de las cláusulas restrictivas que atan a la deuda proveniente de contratos sindicados.

2.4 Deuda en moneda extranjera a instituciones financieras domiciliadas o a sus sucursales en el exterior

El monto correspondiente a esta deuda no está disponible; pero de hecho es de un tamaño poco significativo. El caso está contemplado en el artículo primero del D.S. 17-94-EF. Se considera como «deuda externa» a aquellas deudas del gobierno del Perú (como deudor original o por haberlas asumido) con bancos domiciliados o con sus sucursales en el exterior, siempre que se hayan pactado en moneda extranjera. Es decir, los bancos nacionales con stock de deuda de moneda extranjera, cuyos deudores sean empresas o instituciones públicas, y en el caso de que tal

²⁰ Este caso tuvo amplia cobertura periodística. Véase, por ejemplo, *Gestión* de 20.6.94 (pp. 22 y 23); *El Comercio* de 21.6.94 (B 10) y de 23.6.94 (E 8); *Síntesis* de 25.5.95 (pp. 16 y 17).

²¹ Según comunicación del MEF a los miembros de este sindicato, de fecha 14.7.95, p. 1, párr. 4.

²² El exnegociador oficial Raymundo Morales, también sitúa la cifra en una cercana a este monto. Véase MORALES (1994), p. 251.

deuda haya sido asumida por la República, la pueden usar dentro del mecanismo de canje.

2.5 Deuda de proveedores sin garantía oficial

Asciende a aproximadamente US \$ 1 633 millones (incluyendo moras)²³. De este monto se debe deducir la deuda a JAPECO (US \$ 707 millones), que fue reprogramada en marzo de 1993. Del saldo resultante sólo cuenta el principal, ya que la ley 26250 excluye los intereses. El monto elegible bordea los US \$ 600 millones²⁴.

El gobierno debería estimular la participación de esta clase de deuda en el programa de canje, para así evitar reestructurarla en una negociación, que siempre resultará más onerosa. Para los demandantes de papeles, es la más barata del mercado.

El gobierno se ha propuesto extender, los alcances del Acuerdo Brady que se celebre, a esta clase de deuda.

2.6 Deuda del Club de París

Esta deuda asciende a aproximadamente US \$ 8 488 millones (incluye principal, intereses y moras)²⁵, pero de esta cifra el monto elegible equivale, hasta el momento, a sólo alrededor de US \$ 1 484 millones. Esto es así porque el programa de canje excluye —como ya se ha señalado— los intereses y demás penalidades, y además porque esta clase de deuda, para ser elegible, requiere de convenios en el marco de las minutas del Club de París de 17.9.91 y de 4.5.93 (los llamados *acuerdos bilaterales*), que autoricen su aplicación en *swaps*.

Las mencionadas minutas, en sus sendos párrafos 2.D., facultan a los gobiernos de los países acreedores, o a sus instituciones apropiadas, a vender o intercambiar, vía *swaps* de deuda, los montos de sus préstamos concesionales (sin topes) y/o los montos de sus préstamos comerciales (con topes). Según esto, serían elegibles en principio los rubros «Alivio obtenido» de las negociaciones 1991-1992 y 1993-1995, ascendentes a US \$ 6 592 millones y US \$ 1 896 millones, respectivamente; pero a estos montos hay que deducirles, en cada caso, los intereses, las

²³ BCR (1994), p. 47.

²⁴ Es la cifra que maneja el MEF.

²⁵ BCR (1994), pp. 57, 70.

condonaciones o rebajas de los acuerdos bilaterales, y la parte no elegible para *swaps* de la deuda comercial. Hecho esto, queda el mencionado monto elegible de US \$ 1 484 millones²⁶. Pero esta cifra va a quedar alterada cuando se den a conocer los resultados de la negociación con estos acreedores oficiales, de abril de 1996.

3 Funcionamiento del programa de canje

Hasta el momento los títulos de deuda externa se han utilizado como medio de pago, a través del programa de canje de la ley 26250 y su reglamento, en las siguientes subastas de empresas públicas, y en los montos que se señalan: Tintaya (US \$ 55 millones), Cajamarquilla (US \$ 40 millones), Banco Continental (US \$ 60 millones), Egedel (US \$ 100 millones), y Siderperú (US \$ 26 millones). El monto total asciende a US \$ 281 millones.

4 A modo de conclusión

El programa de utilización de obligaciones elegibles dentro del proceso de privatización es un mecanismo útil que viene siendo subempleado. En el actual contexto, en el que el gobierno peruano negocia el «Term Sheet»²⁷ de lo que será su acuerdo Brady, sería conveniente que se diera un relanzamiento del programa antes que se suscribiera tal acuerdo. De esta manera quedaría un stock, en principal e intereses, menor para su conversión en bonos brady. El terreno está abonado para esta decisión, puesto que el déficit comercial de la balanza de pagos conlleva un riesgo de devaluación. Esta eventualidad, de producirse, complicaría la capacidad de pago del gobierno peruano respecto de sus obligaciones con la banca acreedora y el Club de París. Asimismo, haría que el precio de la deuda peruana en los mercados secundarios bajase dramáticamente de las altas cotizaciones que ha alcanzado en los últimos meses (a fines de febrero de 1996 está a 85%). Este escenario ya se ha instalado en la mente de los analistas de algunos bancos de inversión internacionales, los que a su vez alimentan las expectativas de los tenedores de deuda peruana. Por esto, independientemente de que tal escenario se verifique o no en la realidad (nosotros pensamos que no se va a producir), se debe

²⁶ Cifra muy preliminar.

²⁷ «Hoja de términos».

aprovechar la incertidumbre existente para ofrecer una alternativa de corto plazo a los acreedores de la República para que éstos hagan un cálculo costo/beneficio y tomen su decisión.

Bibliografía

BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERÚ

1994 *Club de París: la renegociación de deuda externa peruana en 1991 y 1993*. Lima.

1995 *Glosario de términos económicos*. Lima.

BANCO DE CRÉDITO DEL PERÚ

1994 *Perú: informe económico trimestral*. Lima, marzo.

BANCO MUNDIAL

1993 *World Debt Tables: 1993-1994. External Finance for developing Countries*. Washington D.C.

BOLONA BEHR, Carlos

1993 *Cambio de rumbo*. Lima, Instituto de Economía de Libre Mercado-SIL.

MORALES, Raymundo

1994? *Del aislamiento a la reinserción*. Lima, Instituto de Economía de Libre Mercado.

Documentos

Carta de intención de 27.6.95, del Gobierno peruano al Fondo Monetario Internacional.

Comunicación de 3.11.94, del Ministerio de Economía y Finanzas a los bancos agentes de los créditos de la banca internacional.

Comunicación de 16.12.94, del ministro de Economía y Finanzas a los bancos agentes de los créditos de la banca internacional.

Comunicación del Ministerio de Economía y Finanzas a los miembros del sindicato Arlabank, de 14.7.95.

Aspectos morales y jurídicos de la deuda externa

César DELGADO BARRETO

1 Introducción

Nunca la historia de la sociedad internacional ha sido tan interdependiente. Por ello, las relaciones económicas, políticas, estratégicas, militares y humanitarias hoy son parte de una misma realidad. La interdependencia del mundo actual está también en la base de una preocupación ética y universal para proteger los derechos humanos.

Desaparecido el antagonismo Este-Oeste que antes dividía la humanidad, queda la oposición Norte-Sur. La real división entre los Estados contemporáneos es la que separa a los países más ricos de los países pobres. Casi un cuarto de la población mundial (1 300 millones de personas) vive en la miseria absoluta, mientras que un quinto de los 5 600 millones de habitantes del planeta goza del 85% de las riquezas. También en el interior de los países del tercer mundo existen diferencias abismales entre una minoría que detenta el poder político y económico y las mayorías famélicas. El mundo nunca podrá disfrutar de la paz mientras subsista esta inhumana e injusta distribución de la riqueza que atenta contra los más elementales derechos humanos.

Por eso, resulta incomprensible que cuando se tratan las cuestiones relativas a los derechos humanos se intente segmentar la realidad internacional hablando de la «pobreza» (por ejemplo, en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas o en la Cumbre Social de Copenhague), sin mencionar el desarrollo, ni los efectos de las políticas de ajuste económico en el goce de los derechos humanos; como también intentar cautelar los derechos humanos referidos a las libertades fundamentales y los derechos civiles y políticos, promoviendo su investigación allí donde se violan, pero al mismo tiempo negándose a decidir lo mismo en relación a las violaciones de los derechos humanos que atañen más a la existencia misma del hombre, como pueden ser el derecho a la

alimentación, a la vivienda, a la salud, a la educación, en una palabra, el derecho al desarrollo de las personas y de los pueblos.

O intentar, por otro lado, con la misma miopía, una desvinculación entre las políticas financieras y económicas internacionales, que son decididas por los países industrializados, con sus efectos negativos en términos de incidir directa o indirectamente en la violación de los derechos humanos de pueblos enteros. Resulta también ajeno a toda lógica y ética continuar el silencio frente al círculo vicioso de la pobreza, la presión por el cambio social, la insurrección y la represión estatal.

La protección de los derechos humanos es un patrimonio de toda la humanidad, pero para ser efectiva no puede incurrir en tratamientos selectivos en los cuales las causas estructurales y las derivadas de un injusto sistema económico mundial sean ignoradas.

No es ético, por ello, mantener una actitud ambivalente de preocupación por los derechos humanos con enfoques selectivos, a la vez que una negación sistemática, por ejemplo, a resolver el problema de la deuda externa. La universalidad en la protección de los derechos humanos no puede aceptar fronteras temáticas ni privilegiar unos derechos sobre otros. Se debe terminar con la segmentación de la realidad internacional y asumir con responsabilidad la vinculación que existe entre la estructura económica internacional, las decisiones del sistema financiero internacional —que ahondan la pobreza—, las políticas de intervención —que inhiben el derecho de los pueblos— y el goce efectivo y pleno de todos los derechos humanos.

Teniendo en cuenta la estrecha relación existente entre la deuda externa y el efectivo respeto de los derechos económicos, sociales y culturales, la delegación peruana al 45 período de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, reunida en Ginebra en febrero de 1989 —y que tuve el honor de presidir—, conjuntamente con las delegaciones de Colombia, Cuba, México, Panamá y Venezuela, presentamos el siguiente proyecto de resolución: «Considerando que el progreso social y el desarrollo económico en todos los países constituye un factor fundamental en la promoción integral de los derechos humanos y las libertades fundamentales; decide inscribir en el programa de su 46 período de sesiones, dentro del tema del programa titulado “Los problemas relacionados con el derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado, el derecho al desarrollo”, un inciso específico sobre: “La deuda externa, las políticas de ajuste económico y sus consecuencias en el goce efectivo de los derechos humanos, especialmente en la aplicación de la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo”».

El proyecto de resolución fue aprobado después de un arduo debate, a pesar de la oposición de los países desarrollados capitalistas, que ar-

güían que el foro para debatir el problema de la deuda no era la Comisión de Derechos Humanos, sino los organismos especializados económicos, financieros y monetarios de las Naciones Unidas. Los países en vías de desarrollo sostuvimos que el problema de la deuda era ante todo un problema ético, jurídico y político, cuyo pago afectaba el gozo efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales, y que mientras no existiese una conciencia lúcida de la gravedad del problema que afecta la subsistencia de millones de seres humanos, así como la voluntad política de afrontarlo, los enfoques exclusivamente financieros y monetarios sólo iban a contribuir a su agravamiento.

No es posible que nos preocupemos, por ejemplo, por el derecho a la salud, si no condenamos y revertimos condiciones que se imponen para otorgar financiamiento a los países en desarrollo, y que consisten precisamente en disminuir la capacidad del Estado y la sociedad para la atención médica de la población. No es posible limitarse sólo a cautelar los derechos humanos que la violencia coyuntural destroza a diario. Es necesario evitar que la violencia surja, y esto sólo se podrá hacerlo eliminando las condiciones objetivas, la violencia estructural que producen la pobreza, la marginalidad y la opresión.

Por ello denunciarnos las modalidades de ajuste que está utilizando el sistema financiero internacional y que está provocando, en una relación causa-efecto, violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, que, indirectamente, son la causa de las violaciones de los derechos civiles y las libertades fundamentales al fomentar la violencia social, la ruptura del orden jurídico y, en muchos casos, la insurgencia y la represión estatal.

En esta interdependencia entre subdesarrollo, injusto sistema económico internacional y vigencia de los derechos humanos, resulta injusto y quizá hasta cínico que aquellas políticas que nos exigen pagar hasta con la libra de carne del drama shakespeariano, sean coincidentes con las doctrinas totalitarias de la «seguridad nacional» que se exportaron a los países en desarrollo y que han inspirado las violaciones de los derechos humanos civiles y políticos más atroces en América latina.

El tema de la deuda externa fue un asunto crucial en la Cumbre de Copenhague, ya que la misma alcanza ahora un billón cuatrocientos mil millones de dólares —el doble de hace una década—, de los cuales quinientos mil millones de dólares corresponden a América latina.

En la sesión inaugural de la Cumbre el representante del Grupo de los 77 que habló en nombre del tercer mundo pidió, «que se den pasos más significativos para la reducción de la deuda, especialmente la cancelación de la deuda de los países donde el peso del endeudamiento obstruye la capacidad de los Estados de suministrar servicios sociales

adecuados». La deuda de los países más pobres asciende a doscientos treinta mil millones de dólares y concierne a cuarenta y un países de América latina, África y Asia. Los países latinoamericanos destinan en promedio casi la mitad del presupuesto nacional al pago de la deuda, restando recursos que podrían reducir la hambruna de unos doscientos ochenta millones de personas y crear empleo.

Resulta interesante recordar que es por primera vez que los países en desarrollo intentan que se acepte el principio de la condonación de la deuda multilateral, mientras que los países acreedores sostienen, por lo general, que el alivio de la deuda debe hacerse «caso por caso», y las instituciones como el Banco Mundial se oponen a la condonación del débito multilateral.

América latina planteó en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social la renegociación con equidad de la deuda externa y alertó sobre la necesidad de garantizar la gobernabilidad por el bien de sus «precarias e inestables» democracias. Se dijo que los ajustes neoliberales lograron mejorar las economías pero «ensancharon la brecha entre miseria y opulencia» y sembraron el continente de «bombas de tiempo listas para explotar», como sucedió en Chiapas (México) y como sucederá en otros lugares si no se atienden los graves problemas sociales. Natin Desai, subsecretario general de la ONU para el Desarrollo Sostenible, dijo en Copenhague, «que lo que se acuerde sobre el tema de la deuda externa será uno de los criterios para juzgar si la Cumbre es o no un éxito».

La Unión Europea no ofreció nada concreto, aunque su portavoz, la ministra francesa de Asuntos Sociales, Urbanos y de Salud, Simone Weil, admitió que: «sin un tratamiento adecuado de su endeudamiento los países en desarrollo no podrán poner en marcha las resoluciones que la Cumbre apruebe».

Desgraciadamente, salvo casos aislados, como las condonaciones de la deuda por parte de Dinamarca y Austria, la Cumbre no llegó a plantear soluciones al problema de la deuda externa por falta de consenso de los países acreedores, defraudando las expectativas del tercer mundo.

2 Principios éticos y jurídicos

2.1 Principios éticos

El Derecho tiene por objeto el implantar un orden justo en la vida social. El Derecho es el medio necesario para alcanzar el fin de la justicia a que toda sociedad aspira.

La Comisión Pontificia Justicia y Paz, en su documento: *Una consideración ética de la deuda internacional*, expresa su convicción de que es necesario y urgente una cooperación de todos que permita una solución justa al problema del endeudamiento.

Expresa el documento pontificio que el endeudamiento de los países en desarrollo se sitúa en un amplio contexto de relaciones económicas, políticas y tecnológicas que manifiestan la interdependencia acrecentada de las naciones y la necesidad de una concertación internacional para perseguir objetivos de bien común. Esta interdependencia, para ser justa, en lugar de conducir al dominio de los más fuertes, al egoísmo de las naciones, a desigualdades e injusticias, debe hacer surgir formas nuevas y ensanchadas de solidaridad, que respeten la igual dignidad de todos los pueblos¹.

Para salir de la crisis del endeudamiento internacional, la Comisión Pontificia propone que las diferentes partes deben ponerse de acuerdo, a fin de compartir de modo equitativo los esfuerzos del reajuste y los sacrificios necesarios, teniendo en cuenta la prioridad de las necesidades de las poblaciones más indefensas. Los países mejor provistos tienen la responsabilidad de aceptar una más amplia participación.

Concluye esta parte el documento pontificio señalando que para ciertos países la urgencia impone soluciones inmediatas en el marco de una ética de supervivencia. El esfuerzo principal caerá sobre el restablecimiento, dentro de un plazo fijo, de la situación económica y social: reactivación del crecimiento, inversiones productivas, creación de bienes, repartición equitativa. Para evitar el retorno a situaciones de crisis por las variaciones demasiado bruscas del contexto internacional, hay que estudiar y promover una reforma de las instituciones monetarias y financieras.

Este llamado a la solidaridad y a la primacía de la ética, en las relaciones económicas internacionales, desgraciadamente todavía no ha sido escuchado por los gobiernos de los países acreedores, que han mostrado su renuencia a crear el clima internacional que haga viable el pago de la deuda externa.

Es tiempo, nos dice Javier Iguíñiz², de impulsar una solución general y, en ese sentido, política. Esto no excluye la conveniencia de avances parciales y transitorios en la reducción necesaria de la deuda y de los

¹ COMISIÓN PONTIFICIA JUSTICIA Y PAZ, *Una consideración ética de la deuda internacional*, Ciudad del Vaticano, p. 10.

² IGUÍÑIZ, JAVIER, *Deuda externa en América latina. Exigencias éticas desde la doctrina social de la Iglesia*, Lima, 1995, p. 73.

pagos, pero esos avances son lentos e insuficientes para atenuar los sufrimientos más masivos de los pueblos pobres. Ello se debe a que dichos logros se realizan en medio de programas de reforma institucional que, inspirados en planteamientos neoliberales, impulsan un creciente desamparo de los débiles al reducir la responsabilidad solidaria del Estado y tratar de configurar un capitalismo cada vez más salvaje. Además, los programas de estabilización antinflacionaria aumentan el desempleo y la miseria, postergando la transmisión de esos beneficios parciales a los que más urgentemente los necesitan. Por eso concluye Iguíñiz en que sólo una reducción general y muy grande del servicio de la deuda externa puede resultar beneficiosa para las mayorías latinoamericanas y caribeñas.

Los obispos de los Estados Unidos, en su Carta pastoral sobre «La enseñanza social católica y la economía de los Estados Unidos de América», precisan que los países deudores necesitan, para ajustar las deudas sin perjudicar aún más a los pobres —aunque en última instancia compete al gobierno deudor decidir cómo se han de asignar los costos del ajuste—, tener en cuenta las condiciones de la justicia social internacional al determinar las condiciones de la reprogramación de la deuda y préstamos adicionales. Por ejemplo, no se deben exigir reducciones salariales, no se deben recortar los servicios públicos básicos para los pobres, y se deben tomar medidas para restringir la fuga de capitales³.

Concluyen los obispos norteamericanos, este punto, señalando que la creciente deuda externa, constituida en un problema económico que abarca todo el tercer mundo, exige un cambio sistémico para proporcionar alivio inmediato y evitar que vuelva a ocurrir. Las instituciones de Bretton Woods no representan adecuadamente a las naciones del tercer mundo y sus políticas no están afrontando los problemas de aquellas naciones de manera efectiva. Por tanto, es necesario examinar tales políticas y llevar a cabo reformas sustanciales en dichas instituciones y al mismo tiempo hay que enfrentar el problema inmediato de la deuda del tercer mundo, sin pasar por alto el impacto de los déficits presupuestales y comerciales estadounidenses sobre las tasas de interés. Tales elevadas tasas de interés agravan la ya difícil situación de la deuda y succionan los capitales que de otra manera pudieran invertirse en el desarrollo económico de los países del tercer mundo.

³ *La enseñanza social católica y la economía de los Estados Unidos de América*, Carta pastoral de los obispos de los Estados Unidos de América, Centro de Proyección Cristiana, Lima, 1987, p. 100.

La solución del problema de la deuda externa pasa necesariamente por una ética de sobrevivencia. El derecho a la vida humana y al desarrollo de los pueblos prevalece sobre el derecho patrimonial de los acreedores. Tanto el documento de la Comisión Pontificia, como el de los obispos norteamericanos, señalan que la economía debe ser ante todo humana, vale decir, al servicio de la persona y de la satisfacción de sus necesidades fundamentales.

2.2 Principios jurídicos

Las relaciones entre deudores y acreedores han sufrido en el transcurso del tiempo una profunda evolución gracias a la influencia de las ideas humanistas y a los cambios tecnológicos.

En la época primitiva del Derecho romano, el acreedor podía apoderarse de la persona del deudor y reducirlo a la esclavitud. Paulatinamente los deudores han venido alcanzando beneficios. Uno de los más importantes lo constituye la abolición de la prisión por deudas, que subsistió en la mayoría de los países hasta bien entrado el siglo XIX; claro está que ello no significa la impunidad absoluta, pues no incluye a los deudores fraudulentos que han incurrido en el delito de estafa.

Otro beneficio lo constituye el no ser transmisibles las deudas personales, que antes también se heredaban. En la actualidad las deudas patrimoniales sólo gravan la herencia hasta el límite del activo de la misma.

Abolida la ejecución personal se introdujo el principio de la responsabilidad patrimonial, pero en el Derecho positivo de la mayor parte de países no todo el patrimonio del deudor responde de las deudas, y en consecuencia puede ser embargado, para posteriormente ser rematado. Así, por ejemplo, el Código Procesal Civil del Perú, en su artículo 648 precisa cuáles son los bienes inembargables, figurando entre ellos los que resultan indispensables para la sobrevivencia del deudor y el ejercicio de su profesión u oficio, así como las remuneraciones y pensiones cuando no exceden de cinco unidades de referencia procesal. El exceso es embargable hasta en una tercera parte.

De toda esta evolución humanista se deduce que por muy respetables que sean los derechos del acreedor, éstos ocupan en la escala de valores un lugar inferior al derecho a la vida, al trabajo y, en general, al de la satisfacción de las necesidades fundamentales del deudor y de su familia.

En lo que respecta a la cuantía de los intereses, la mayor parte de los códigos penales sancionan la usura, sobre todo cuando se trata del abuso contra personas que se encuentran en estado de necesidad, o de abuso a incapaces o menores. El Código Penal peruano, en su artículo 214 san-

ciona la usura con pena privativa de la libertad hasta de cuatro años, si el agraviado es persona incapaz o se halla en estado de necesidad.

Trasladada esta estimativa jurídica del ámbito de las personas privadas en el Derecho interno al de las naciones en el Derecho internacional económico, debería significar que el valor de las exportaciones de los países subdesarrollados, que equivalen al salario de las personas, sólo debe servir para el pago de la deuda externa en una proporción no mayor a la que necesita el país para poder atender a las necesidades de sobrevivencia de sus mayorías famélicas, y que es lo que se ha venido en denominar la *deuda social*. Desgraciadamente este principio fundamental, que éticamente es indiscutible y que jurídicamente ya ha sido consagrado en el Derecho interno de los países civilizados, no rige en las relaciones económicas internacionales, donde la sola ley es la voluntad unilateral de los acreedores.

3 Fuentes del Derecho internacional: los principios generales del Derecho

3.1 Principios generales del Derecho

Entre las fuentes subsidiarias del Derecho internacional figuran los *principios generales del Derecho*. En efecto, el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia precisa las normas que utiliza para resolver las controversias, mencionando que además de las convenciones internacionales y la costumbre, que son fuentes principales del Derecho internacional, aplica «los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas». La enumeración se completa con una referencia a la posibilidad de la Corte de estatuir en equidad, *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieran.

La fórmula del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia data de 1919, pues ha sido tomada del Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional, y ha sido progresivamente precisada por la jurisprudencia y la doctrina.

Sobre lo que se debe entender por «principios generales del Derecho», nos dice Simone Dreyfus⁴ que se trata esencialmente de principios comunes a todos los sistemas de Derecho interno. Una serie de fondos extraídos del Derecho interno de los Estados, común a los Derechos internos y transpuestos al Derecho internacional. Cita como ejemplos:

⁴ DREYFUS, Simone, *Droit des relations internationales*, Paris, 1987, p. 144.

el respeto de los derechos adquiridos, el carácter obligatorio de los compromisos, la obligación de reponer el daño que se ha causado por el hecho de una violación del Derecho internacional, la autoridad de la cosa juzgada. Agrega la autora que ciertos principios generales propios a este Derecho y a las relaciones internacionales pueden igualmente ser considerados como formando parte de los principios generales del Derecho. Los ejemplos citados son: la buena fe en las relaciones internacionales; la continuidad del Estado (en caso de cambio de régimen político); la primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno; el respeto de la independencia y de la soberanía de los Estados; la regla del agotamiento de los recursos internos (antes de acudir a una jurisdicción internacional); el arreglo pacífico de las controversias internacionales. Concluye la autora expresando que estos principios constituyen fuentes del Derecho internacional, jugando un papel complementario en relación con las fuentes principales que son los tratados y la costumbre. Pero lo importante es que se trata de reglas jurídicas, es decir, que estos principios generales tienen un carácter obligatorio, produciendo efectos jurídicos, creando derechos y obligaciones para los sujetos del Derecho internacional. Su violación compromete la responsabilidad del Estado.

La jurisprudencia internacional, en lo que respecta a la supremacía de los principios generales del Derecho sobre los Derechos internos nacionales, tiene una importante ejecutoria en la sentencia arbitral de 19 de enero de 1977 en el caso *Texaco-Calasiatic* con el gobierno libio⁵, en la que administró justicia como árbitro único René Jean Dupuy.

En el caso sub-litis, las partes contratantes, en base a la autonomía de la voluntad, habían previsto en la cláusula relativa al Derecho aplicable, que, en el supuesto de falta de conformidad entre los principios de la ley libia y los principios del Derecho internacional, se aplicasen subsidiariamente los principios generales del Derecho.

La sentencia arbitral afirma que la expresión «los principios del Derecho internacional es más amplia que la de los principios generales del Derecho, y que deben servir de piedra de toque para la aplicación de la ley libia, puesto que ésta solamente debe ser aplicada si es conforme con aquéllos».

Antonio Belaunde nos dice⁶ que en el Derecho hay dos niveles, a saber: el nivel del Derecho casuístico, o ley en el sentido ordinario de la

⁵ LALIVE, M. J. F., «Un gran arbitrage petrolier entre un gouvernement et deux sociétés privées étrangères», *Journal de Droit International*, Paris, 1977, t. 104, p. 358.

⁶ BELAUNDE, Antonio, «Principios generales y la unidad del Derecho», *Revista Peruana de Derecho Internacional*, n.º 87, Lima, 1983, p. 98.

palabra, que también podemos llamar nivel de la *lex lata*, y el nivel de los principios generales del Derecho.

La *lex lata* es un sistema que se pretende completo y no contradictorio de normas hipotéticas, casuísticamente formuladas, que cubre en principio todo el campo de aplicación del Derecho y fija las reglas concretas del juego social precisando las consecuencias de los principios generales, en un contexto cultural y nacional dado, de una manera sistemática, coherente y previsible con certeza. El dominio de la *lex lata* exalta el valor de la seguridad jurídica. Pero este sistema casuístico y sistemático nunca es perfecto, ni está libre de ambigüedades, llegado el caso de contradicciones. Están así los problemas de la oscuridad de la ley, de su vacío o silencio, y, eventualmente, en ciertas circunstancias, de la injusticia manifiesta de su aplicación formal. Estos problemas no pueden dejar de resolverse en la práctica, porque ello equivaldría a una denegatoria de justicia. Por eso, la aplicación formal del sistema casuístico del Derecho, o *lex lata*, envía al nivel superior de los principios.

Los principios, nos dice Belaunde, son las verdades jurídicas consideradas en sí mismas, cada una independientemente de las demás, y que cumplen una función supletoria cuando la *lex lata* se revela deficiente.

Se puede observar, nos dice el autor, una cierta dualidad o dialéctica de los principios, cosa que permite distinguir lo que podría llamarse principios del Derecho estricto, como *pacta sunt servanda* o *dura lex sed lex*, y los principios que tienen un propósito atenuante o correctivo. Dentro de este criterio, los principios de la equidad tendrían una función rectificadora, morigeradora respecto de los principios del Derecho estricto. Frente al *pacta sunt servanda* la norma *rebus sic stantibus*, frente al célebre *neminem luedit qui jure sunt utitur* —«el que ejerce su derecho no daña»—, tenemos el no menos categórico *sumun jus suma injuria*, lema sobre el cual se ha construido la moderna figura del abuso del derecho. Pero tan principios generales del Derecho son los llamados del Derecho estricto, como los de la equidad —entendida como parte integral del sistema jurídico de más de una nación—, e invocar a éstos no pretende en forma alguna derogar aquéllos, sino integrarlos todos en la solución justa. Invocar la equidad es apelar al nivel de los principios.

3.2 Principio del Derecho específicamente invocado en el caso de la deuda externa: la alteración de las circunstancias y la excesiva onerosidad de la prestación o el riesgo imprevisible

La deuda externa de los países subdesarrollados ha evolucionado de una manera tal que no pudo preverse en el momento en que fue contraída.

Los mecanismos considerados para asegurar el valor de la deuda en el largo plazo han traído como consecuencia que la deuda haya incrementado sustancialmente su valor, rompiéndose el equilibrio financiero de los contratos que originaron la deuda, dando lugar a la excesiva onerosidad de la contraprestación.

Nos dice Puig Brutau⁷, citando al jurista holandés Meijers, que los efectos obligatorios de los contratos dependen de dos elementos: la voluntad de las partes y la buena fe, agregando que la buena fe exige que el contrato sea cumplido según lo convenido por las partes. Incluso debe mantenerse el cumplimiento de lo acordado en casos en que no siempre puedan estimarse efectivamente previstos. Más adelante, citando a Dahm, agrega que este principio fundamental no debe ser exagerado. La obligación de cumplir el contrato no puede significar un contrasentido. Una serie de acontecimientos extraordinarios que han agitado la vida social de nuestro tiempo han sustraído al individuo aquellas bases de cálculo y previsión que le permitieran hacer frente a las obligaciones asumidas como previstas o, en todo caso, previsibles. En casos excepcionales de esta clase (guerra, crisis en el abastecimiento, inflación y deflación, etc.) el contrato deja de ser un medio justo y dotado de sentido para el intercambio de bienes. Y la parte que en circunstancias como las descritas se aferra tercamente a lo convenido porque la transformación sobrevenida le favorece, a cambio de colocar al deudor más allá del límite normal del sacrificio, demuestra una grave falta de buena fe; infringe la buena fe en sentido objetivo, esto es, entendida como *treu und glauben*, la buena fe que es «fidelidad y creencia», necesaria para el buen orden social.

Betti⁸ advierte que la imposibilidad objetiva de la prestación y la excesiva onerosidad se encuentran en la misma línea, y cita al efecto a De Martini, quien dice que la excesiva onerosidad representa un escalón en la escala de la posibilidad de la prestación, más bajo que el de la misma imposibilidad, que es el escalón «último», dando a entender con esto que el tratamiento dado por el Derecho a un caso debe ser similar al que se da al otro, guardando la diferencia que media entre lo imposible y lo excesivamente oneroso.

El problema de la excesiva onerosidad de la prestación, que se manifiesta en la pugna entre la regla *pacta sunt servanda*, que se inspira en un principio de Derecho estricto, y la cláusula *rebus sic stantibus*, basada en el principio de equidad, que tiene un propósito atenuante o correctivo, refleja el conflicto, que se presenta en nuestro tiempo con el problema

⁷ PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho civil*, Barcelona, 1954, t. II, v. I, p. 371.

⁸ BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, Madrid, 1969, t. I, p. 210.

de la deuda externa, entre la seguridad jurídica y la equidad. Por más importante que sea la seguridad jurídica para la vida organizada hay que tener presente que el valor supremo del Derecho es la justicia y no la seguridad.

Nos dice De la Puente y Lavalle⁹ que el contrato es un acuerdo de voluntades para crear obligaciones, las cuales son cumplidas, a su vez, mediante la ejecución de prestaciones. La prestación viene a ser, pues, el contenido del objeto del contrato, que es la obligación. Si nos colocamos en el campo del contrato conmutativo con prestaciones recíprocas, la prestación tiene su explicación, no su causa, en la contraprestación, pues la voluntad de las partes contratantes es que las prestaciones les proporcionen recíprocos beneficios.

Agrega De la Puente y Lavalle que, cuando por razón de un acontecimiento imprevisible para ambos contratantes, o sea, un acontecimiento que ninguno de ellos pensó que podría ocurrir, la prestación se convierte en excesivamente onerosa, entendiendo el concepto excesivo en su acepción de ir más allá de lo lícito o razonable, surge una grosera ruptura del equilibrio contractual que el orden jurídico no debe dejar impune. Y concluye: en la vida, y más aún en el ámbito del Derecho, no puede actuarse en términos férreos, esclavizantes. El Derecho positivo, para ser una manifestación de la justicia, debe estar colmado de equidad y buena fe. Si resulta evidente que el contrato no se hubiera pactado en determinadas condiciones si hubiera podido preverse el acontecimiento que ha causado la excesiva onerosidad de la prestación, va contra la institución misma del contrato, que es y que tiene que ser un acuerdo de voluntades con buena fe, que se permita que la prestación, por la única razón que siempre es posible cumplirla, deba ser exigida a costa de un sacrificio intolerable.

La teoría de la excesiva onerosidad de la prestación o el riesgo imprevisible, exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1) *Ocurrencia de un acontecimiento imprevisible y extraordinario.* La deuda externa evolucionó de una manera que no pudo preverse en la fase en que fue contraída. En toda sistematización del Derecho financiero, cuando se trata de créditos a largo plazo, la primera y más importante preocupación del acreedor es que la deuda no se deprecie por el proceso de la inflación. Es por eso que se contemplan procedimientos destinados a asegurar la conservación del valor de una deuda, que dentro del estricto nominalismo del Derecho monetario tendería a depreciarse.

⁹ PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la, *Estudios del contrato privado*, Lima, 1983, t. II, p. 139.

En el caso de la deuda externa sucedió todo lo contrario: la deuda no se ha depreciado, sino que se ha incrementado sustancialmente de una manera que no pudo preverse cuando fue contraída. Y esto a causa de la revaluación del dólar a lo largo del tiempo, unido al alto tipo de interés en los mercados de esa divisa, incorporado a la deuda por la cláusula del tipo de interés móvil.

2) *Que ese acontecimiento convierta en excesivamente onerosa una de las prestaciones contractuales, sin llegar a hacerla imposible.* En la deuda externa no hay proporción entre la prestación del acreedor, que fue el dinero prestado, y la contraprestación, que es el dinero que tienen que pagar los deudores por los intereses y la amortización de la deuda. Como ya hemos hecho referencia, en una década la deuda se ha duplicado pasando de los setecientos mil millones de dólares a un billón cuatrocientos mil millones de dólares.

En esta última década, nos dice Iguíñiz Echeverría¹⁰, la persistencia e importancia de la deuda externa ha sido puesta en cuestión al registrarse una entrada masiva de capitales durante los primeros años, y al bajar la proporción de las exportaciones que hay que utilizar en el servicio de la deuda externa. En efecto, como es ampliamente conocido, desde 1991 se registra una transferencia positiva de capitales hacia América latina debido a un ingreso neto muy grande que alcanzó su pico en 1992 con 62 000 millones de dólares (NN.UU.-CEPAL, *Balance preliminar de la economía de América latina y el Caribe*, 1993, Santiago de Chile, p. 47); además, la carga de los intereses sigue bajando como proporción de las exportaciones. En 1990 la cifra fue 25,1%; al año siguiente, 22,6%; en 1992, 19,2%, y en 1993, 17,6%. Pero, aún así, el servicio anual sigue siendo elevado y reduce el campo de acción para atender la deuda social latinoamericana. En una reciente apreciación de la CEPAL sobre el tema, se indica que «[...] el coeficiente sigue siendo elevado». Numerosos analistas consideran, por ejemplo, que coeficientes superiores al 10% constituyen motivo de preocupaciones. Si se exceptúan cinco países latinoamericanos (Costa Rica, Chile, Guatemala, Haití y Paraguay), todos los demás están todavía por encima de esa cifra. Seis países registran coeficientes superiores al 20%: Nicaragua (116%), Perú (25%), Bolivia (23%), Brasil (20%), Argentina (22%) y Honduras (22%).

El costo social del pago de la deuda externa en la mayor parte de países latinoamericanos resulta insoportable. Adicionalmente al principio de la excesiva onerosidad de la prestación o el riesgo imprevisible, se

¹⁰ IGUÍÑIZ, Javier, *op. cit.*, p. 94.

puede incluso hablar de otros principios, como la fuerza mayor y el estado de necesidad que el Derecho reconoce en diversos contextos, como factores excluyentes de responsabilidad y eximentes de obligaciones.

4 Las opiniones consultivas de la Corte Internacional de Justicia

La Corte Internacional de Justicia tiene una doble competencia: contenciosa y consultiva. Esta última no es propiamente jurisdiccional, porque no culmina con una decisión obligatoria.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 65 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, las solicitudes consultivas pueden ser referidas a «cualquier cuestión jurídica», pero sólo pueden ser hechas por los órganos de la ONU y por ciertas organizaciones internacionales que formen parte del sistema de las Naciones Unidas.

Como hemos expresado, el problema de la deuda externa es uno de los más álgidos que afecta a la mayoría de los países eufemísticamente denominados «países en vías de desarrollo», y que sin lugar a dudas tiene una base jurídica que resulta imprescindible revisar a la luz de los principios generales del Derecho y a cargo de la Corte Internacional de Justicia, que es el órgano judicial principal del sistema de las Naciones Unidas.

En la XI Conferencia Interparlamentaria Comunidad Europea-América Latina, celebrada en San Pablo del 3 al 7 de mayo de 1993, fue aprobada por unanimidad una moción con la finalidad de que una entidad como la Corte Internacional de Justicia deba ser implicada para puntualizar cuáles son los principios jurídicos preexistentes a los contratos de donde emana la deuda, que deberán regularla de modo tal que dicha deuda no produzca consecuencias de grave violación de los derechos humanos en la mayoría de los países implicados.

Para lograr el pronunciamiento de la Corte Internacional de Justicia la moción plantea: «pedir a los Estados miembros que estudien la propuesta de que la Asamblea de las Naciones Unidas solicite que la Corte de La Haya emita un dictamen que clarifique y estudie el marco ético y jurídico que debe regular los términos de los préstamos internacionales».

Como muy bien precisa el profesor Sandro Schipani¹¹, un colegio de jueces puede recoger el impulso que emana de los principios generales

¹¹ SCHIPANI, Sandro, «Para un dictamen consultivo de la CIJ sobre el marco ético y jurídico conforme al cual debe ser regulada la deuda externa», en este volumen de *DERECHO-PUC*.

del Derecho y de las aspiraciones de los pueblos para la realización sustancial de la igualdad. El profesor Schipani agrega que el reconocimiento y afirmación por parte de un imparcial y competente colegio judicial de los «principios jurídicos» que serían aplicables a la deuda externa, concurriría de un modo altamente constructivo a un planteamiento del problema, más justo y también más digno para todas las partes. El querer un dictamen consultivo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya es expresión de una cultura político-jurídica que conoce y confía en la misión del Derecho. Es expresión de una tradición latinoamericana del Derecho internacional que honra las doctrinas de utilidad general para la paz.

¿Existen los derechos naturales?

Eduardo HERNANDO NIETO

«Rights is the child of law, from real laws come real rights, but from imaginary law, from “laws of nature”, come imaginary rights [...]. Natural rights is simple nonsense, natural and imprescriptible rights, rethorical nonsense, nonsense upon stilts».

Jeremy Bentham

Introducción

Wilhelm Dilthey decía que el hombre no podía tener naturaleza, sino únicamente historia¹. Esto, que en el siglo XVIII aparecería como una herejía, de pronto hoy sería una opinión no del todo descabellada.

Ciertamente, nuestro sentido común nos dice que si los derechos naturales (hoy más conocidos como derechos humanos) fuesen realmente naturales, no habría ninguna necesidad de demostrarlos. De seguirse, entonces, con la lógica más elemental, la cantidad de libros, ensayos o artículos que reúnen filosofías, tesis u opiniones que nos presentan los fundamentos de los derechos naturales desde diversas ópticas, estarían sencillamente de más. Yo considero que esto es meridianamente cierto y que aquí radica gran parte de las debilidades teóricas de las tesis de los derechos naturales.

Para demostrar lo que afirmo voy a valerme, en esta primera parte, del instrumento histórico, que me servirá así para explicar inicialmente los orígenes –más bien artificiales– de los llamados derechos naturales.

¹ Wilhelm DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, México: Fondo Económico de Cultura, 1945.

El hacer referencia a la historia de los derechos naturales no es ya una novedad. De hecho, hay varios trabajos, como los de Javier Hervada², Michel Villey³ o Richard Tuck⁴ (en especial el tercero), que nos han brindado una muy detallada historia de sus orígenes, llegando a la conclusión de que tanto el concepto *derecho*⁵ (entendido como derecho subjetivo) así como el agregado de *natural*, son palabras que poseen una biografía muy propia y por consiguiente es posible encontrar sus raíces en un tiempo y espacio determinados del devenir humano. Hacia ese espacio entonces me dirigiré (de la mano de ellos y algunos otros más), para que una vez comprobada su existencia «no natural» pueda entrar a la segunda parte de este ensayo, que analizará las incoherencias de la propia estructura de estos derechos que, pienso yo, los descartan como construcción teórica. Dicha falta de coherencia se debe, en último término, al modo ficticio con el que vinieron al mundo y que se grafica en la insoluble *aporía* de los conflictos de derechos.

Finalmente, quiero dejar en claro que el término que estoy manejando en relación a estas libertades subjetivas, léase «derechos naturales», no tiene nada que ver con el concepto *derecho natural*—del que soy un seguidor— y que lo entiendo de la misma manera como lo hizo Aristóteles en el mundo clásico, santo Tomás en el siglo XVIII y, más contemporáneamente, Leo Strauss⁶, es decir, como un marco metafísico —y por ende trascendente— que debemos seguir si es que queremos vivir dentro de un orden ético y con sentido.

² Javier HERVADA, *Historia de la ciencia del Derecho natural*, Pamplona: EUNSA, 1987.

³ Michel VILLEY, *Compendio de filosofía del Derecho*, Pamplona: EUNSA, 1979; Michel VILLEY, «La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam», *Archives de philosophie de droit*, 9 (1964).

⁴ Richard TUCK, *Natural Rights Theories*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

⁵ Michel VILLEY, siguiendo la definición clásica del derecho, entiende que el derecho (*to dikaion*), es un objeto, una cosa, una proporción entre cosas repartidas entre personas. Por lo tanto estaríamos ante una acción humana destinada a repartir bienes de manera equitativa. Esta definición separa nitidamente el campo del derecho y el de la moral (la justicia particular y la justicia general, respectivamente, en términos aristotélicos) y por ende los «derechos naturales» (potestades morales) sencillamente no tendrían cabida dentro del estudio del derecho. Ver Michel VILLEY, *op. cit.*, pp. 78-82.

⁶ Leo STRAUSS, *Natural Right and History*, Chicago: The University of Chicago Press, 1950. Ver también *What is Political Philosophy?*, Chicago: The University of Chicago Press, 1959. Para una exposición y crítica del pensamiento straussiano ver Luc FERRY, *Filosofía política*, vol. I, *El derecho: la nueva querrela de los antiguos y modernos*, México: Fondo Económico de Cultura, 1991.

1 Haciendo un poco de historia

Si quisiéramos hurgar en las fuentes de los derechos individuales, está claro que debemos retroceder hasta el Renacimiento, aunque si intentáramos ser más precisos habría que remitirse incluso más atrás, a la Baja Edad Media. Así lo dice Michel Villey en su *Compendio de la filosofía del derecho*, donde incluso enumera a las tres fuerzas responsables de la «creación» del derecho subjetivo, a saber: el cristianismo, el humanismo y el nominalismo⁷. Ciertamente, a esta afirmación podría muy bien añadirse que la elaboración del derecho subjetivo va a la par del nacimiento del sujeto cartesiano, aunque según Villey el derecho subjetivo como tal ya estaría delineado en el siglo XIV vía la Escuela Nominalista de Ockham, es decir, doscientos años antes.

El desconocimiento dentro del mundo clásico, como alto medioeval, de cualquier noción de derecho subjetivo, es un hecho corroborado aún hoy por un filósofo liberal de la talla de sir Isaiah Berlin, quien en su ensayo «Two Concepts of Liberty» y hablando sobre los orígenes de las libertades individuales, anotaba que «parece haber escasa o ninguna discusión sobre la libertad individual como un ideal político consciente (como opuesto a su existencia actual) dentro del mundo antiguo. Condorcet ya había remarcado que la noción de derechos individuales estuvo ausente de las concepciones legales de los romanos y griegos; esto parece regir igualmente para los judíos, chinos y todo el resto de civilizaciones que han salido a la luz. La dominación de este ideal ha sido la excepción antes que la regla, incluso en la más reciente historia de Occidente»⁸. Por su parte, otro prestigioso historiador de la filosofía política clásica como sir Moses Finley, aludiendo al sentido del derecho (libertad) que los griegos manejaron, apuntaba que «la libertad significaba el gobierno de la ley y la participación en el proceso de decisiones políticas, *no la posesión de derechos inalienables*»⁹. (El subrayado es mío.)

Por otro lado, ya en tiempos napoleónicos Benjamin Constant había mencionado que la libertad de los antiguos era fundamentalmente una participación en el gobierno de la *polis* y esto no tenía nada que ver con las libertades o derechos modernos entendidos como facultades morales individuales. De aquí ciertamente Berlin derivaría su famosa distinción

⁷ Michel VILLEY, *op. cit.*, pp. 145-151, vol. I.

⁸ Isaiah BERLIN, «Two Concepts of Liberty», en *Four Essays on Liberty*, Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 129.

⁹ M. I. FINLEY, *Democracy Ancient and Modern*, London: The Hogarth Press, 1985, p. 116.

entre libertad positiva (entendida como autogobierno o «selfmastery», en sus palabras) y libertad negativa (ausencia de coerción física).

No se necesita ciertamente ser un erudito tampoco para saber que el individuo, como hoy lo conocemos, es por de más un fenómeno que empieza con el Renacimiento y la Reforma protestante, tiempo en el que se produce esa quiebra del orden teleológico metafísico que caracterizó a Occidente durante el período aristotélico-tomista.

Como hemos indicado, Michel Villey hacía explícita mención al nominalismo (junto con el cristianismo agustino y el humanismo del Renacimiento), como una de las filosofías que iniciaron la propagación del individualismo vía las tesis del franciscano Guillermo de Ockham (1300-1349). Sin embargo, Ockham, más que un defensor de los derechos individuales *strictu sensu*¹⁰ fue más bien una suerte de «deshacedor metafísico», en tanto el nominalismo implicaba justamente el descrédito de los conceptos o ideas universales que por su propia naturaleza eran conceptos metafísicos, lo cual traducido en el contexto social aparecía como una desacralización y pérdida del significado de la realidad; dicho de otro modo, esta filosofía okhamiana no era otra cosa que un escepticismo, y este retiro de la metafísica (léase Dios) era el primer paso para la creación del sujeto moderno.

Durante la Baja Edad Media diversos acontecimientos históricos muy vinculados al terreno político van a corroborar con ejemplos concretos el desarrollo del nominalismo, principalmente por mediación del socavamiento de la estructura imperial (Sacro Imperio Romano Germánico), lo cual, como veremos, facilitará la realización de los derechos individuales entendidos como libertades o *libertas* personales, vale decir, como demandas (morales) subjetivas.

El Sacro Imperio Romano en este período empieza a sufrir el hostigamiento de las comunidades del norte de Italia, quienes fueron los primeros en acabar con el régimen feudal dando paso a la creación de las ciudades o *burgos*. Esto aconteció básicamente en Lombardía y Toscana y en otros lugares donde un grupo humano particular en crecimiento (nos referimos a los comerciantes burgueses) comenzaba a columbrar en el Imperio y en toda su organización político-espiritual, un obstáculo

¹⁰ Y aquí creo que vale aclarar que Villey se equivoca cuando menciona a Ockham como el padre de los derechos individuales, ya que siendo Ockham un franciscano sus creencias apuntaban más bien hacia una comunidad ideal en la cual no existiese la propiedad privada –sociedad comunista– y esto obviamente lo alejaba de los derechos individuales en tanto éstos estaban vinculados a la idea de propiedad privada, mejor dicho, a la propiedad que aún no era materialmente percibida (demanda de propiedad). Sobre este punto ver Richard TUCK, *op. cit.*, pp. 22-24.

para sus actividades mercantiles. Por otro lado, en este tiempo aparecerán también las universidades, que estarán destinadas a la divulgación del conocimiento entre los profanos y que por estas características devendrán más adelante en instrumentos políticos para este emergente estamento social. La carrera jurídica, por su parte, estaba ya para el siglo xv en pleno apogeo. Los juristas del norte de Italia empezarán a hacer popular entonces el uso de la palabra «libertas» (libertad) en su afán por buscar los medios apropiados para separarse del Imperio y legitimar sus pretensiones. Ciertamente el Código de Justiniano decía que se debía obediencia al *princeps* (emperador), y esto implicaba que si los juristas burgueses querían cambiar el orden de las cosas deberían empezar primero por transformar el Digesto. (Es decir, el derecho.)

El primer jurista en tomar tal determinación será Bartolus de Sassoferrato (1314-1357) –tarea continuada luego por su discípulo Waldo–. Bartolus fue estudiante y profesor en la Universidad de Bologna y se propuso reformar el derecho romano para así hacerlo utilizable y dejarlo al servicio de las ciudades: «Él abandonó la tradicional asunción de los glosadores que señalaba que cuando la ley estaba fuera de conexión con los hechos sociales, éstos debían de ajustarse para satisfacer una interpretación literal de la ley. Él, al contrario, hizo su precepto básico que, allí donde la ley y los hechos colisionasen, era la ley la que debía de colocarse de acuerdo a los hechos»¹¹. Según, también, Bartolus, las ciudades italianas contenían hombres libres, quienes de hecho tenían la capacidad para hacer las leyes en el modo que les conviniese. Todos estos argumentos nos mostraban ya cómo se venía minando la validez del orden natural entendido como mandato divino universal, en favor del particularismo expresado por el modelo republicano de la Baja Edad Media y el Renacimiento.

Hay pues claramente una importante corriente de pensamiento que emprende la tarea de acabar con el llamado «orden natural querido por Dios» (en palabras de san Agustín), y que alcanzará su apogeo unos años más tarde dentro del escepticismo renacentista de un Alciato, Connan o el mismo Michel de Montaigne¹². Todos estos hechos, por su lado, llevarán finalmente a estos hombres del Renacimiento a afirmar sin hesitar

¹¹ Quentin SKINNER, *The Foundations of Modern Political Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 1978, vol. I, p. 9.

¹² Francis Connan, por ejemplo, tratando de desacreditar al derecho natural decía en 1540 que: «El *ius naturale* se refiere al hombre solitario, llevando su vida en el campo con su compañera y sus niños. Pero desde que es llevado por la naturaleza a la sociedad de otros hombres y a asociarse con ellos, él gradualmente se aventura a salir, y deviene envuelto en relaciones, primero con amigos, luego con vecinos y eventualmente a través del comercio con el resto de la raza

que la moral recién se inicia con el florecimiento de las ciudades (*civilización*).

Es interesante subrayar que el Renacimiento, como toda gran tradición, reunió en su interior diversas corrientes, siendo una de las más importantes la corriente escéptica y antinatural. Sin embargo, este alejamiento de la naturaleza será hasta cierto punto relativo (como apreciaremos al producirse el retroceso del escepticismo con la Ilustración), pues de los hechos que estamos relatando se pueden hacer también las siguientes lecturas, que van a ser fundamentales para la concreción de la modernidad y de las libertades subjetivas: primero, se ha realizado, como hemos visto ya a través del escepticismo nominalista, un forado o grieta en el orden metafísico que regulaba la sociedad (imperio universal), y en segundo lugar, el hecho de plantear reclamos de autonomía (*libertas*) implicaba ya una percepción diferente de lo que era el sentido antiguo de la palabra libertad. (Al asociársela con reclamos morales.)

Ahora bien, paralelamente a estos cambios filosóficos hay también una transformación en el plano de los conceptos, específicamente en lo que significa la palabra *ius* (derecho), que va a sufrir desde fines de la Edad Media hasta el siglo XIX una serie de interpretaciones y de cambios radicales. En primer lugar, lo que va suceder con el *ius* es que, por un lado, va a ser entendido como el sinónimo de la palabra *uso* y, por el otro, de *dominium* (propiedad). Ambas percepciones, por cierto, abrían ya una ruptura con lo que normalmente se comprendía por *ius*, es decir, justicia, y más específicamente, justicia particular.

El *ius* antiguo era lo que los griegos entendían por *to dikaion*, es decir, el arte o la técnica (*techné*) de distribuir o restituir cosas (*res*) entre los hombres de acuerdo a principios de equidad¹³. Aristóteles, en el libro V de la *Ética a Nicómaco*, asociaba por cierto al derecho con la justicia particular, y esta distribución de bienes que hacía la técnica jurídica podía ser, bien en base a una igualdad aritmética (la llamada justicia conmutativa), o también vía una igualdad geométrica o proporcional (la justicia distributiva)¹⁴. Pero lo claro, con todo esto, era que cuando los antiguos hablaban de derecho siempre se estaba pensando en una acción o acto de reparto o restitución. Así pues, el derecho clásico no

humana [...]. Todos pues estuvieron ansiosos de abrazar el *ius* que es llamado *gentium*; éste se distingue del derecho natural en que el último se refiere al hombre como animal prudente y astuto, hay que admitirlo, pero que cuando está en su casa no es más diferente de las bestias. El primero se refiere al hombre racional y sabio, y completamente comprometido con los otros hombres [...].» Richard TUCK, *op. cit.* p. 37.

¹³ Michel VILLEY, *op. cit.*, pp. 78-82.

¹⁴ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Buenos Aires: El Ateneo, 1950, libro V.

tenía nada que ver con la conciencia de los hombres¹⁵, ni con la utilidad, ni mucho menos con la búsqueda de la verdad. Está claro entonces que el campo de la moral humana (es decir, el deber ser del comportamiento de los hombres) era completamente ajeno al terreno del *ius* o derecho. No obstante esta clara diferenciación, las cosas comienzan a cambiar desde la Baja Edad Media y las fronteras terminan por encontrarse. El acercamiento del derecho y la moral van así casi de la mano con la expansión del escepticismo estoico, del catolicismo agustino y del neoplatonismo del Renacimiento, todo lo cual comienza a cargar de tintes morales a la palabra *ius*.

En esta línea de acercamiento entre el *ius* y la moral, poco a poco se perderá el significado del término *derecho*, entendido como una acción, para verse ligado más bien a términos como *dominium* (propiedad), *uso*, *libertas*, *demanda* y por último *facultas* (que es como ha llegado a nuestros días, es decir, como derechos subjetivos o individuales).

Esta distorsión en la palabra *derecho* tiene mucho que ver con el desarrollo de la propiedad privada, lo que obviamente nos indica que el nacimiento de la propiedad privada va a estar inseparablemente ligado al nacimiento del sujeto moderno, y viceversa.

La confusión se inicia incluso con los juristas romanos, que pese a mantener la noción de derecho como cosa justa (*ius res*) también van a comenzar a referirse al *ius* de manera algo ambigua; incluso Ulpiano (de la generación posterior a Gayo) decía, por ejemplo, haciendo referencia al usufructo, que «el *ius* de usar la cosecha sólo puede ser atribuido al hombre quien ejerce el usufructo; el dominus no lo tiene en tanto que quien goza de la propiedad de algo no tiene un *ius* separado para usar y disfrutar de lo que él produce»¹⁶.

Evidentemente, el significado que aquí se da al término *ius* no era exactamente el de la técnica de restitución o distribución de objetos.

Luego empezaría a asociarse más claramente la palabra *ius* con el término *dominium*, al tiempo que *dominium* devenía también en una suerte de *ius* público; esto ya cuando el Estado (emperador Adriano) comenzó a otorgar tierras de su *dominium* para que pudieran ser colonizadas, creando así derechos de propiedad sobre quienes recaía el beneficio¹⁷.

¹⁵ Esto sería para Aristóteles el objeto de la justicia general, es decir, de la búsqueda de la virtud (moral).

¹⁶ Richard TUCK, *op. cit.*, p. 10.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 11. Sobre esto dice el mismo Tuck que: «Como el *ius* era ahora algo que uno poseía como resultas de una relación con el Estado, sea público o del emperador, ergo, el *ius* había devenido en algo mucho más parecido a un moderno derecho *in rem*, esto es, un derecho indeterminado oponible a todo el mundo, a diferencia de un derecho *in personam*, oponible sólo contra determinados individuos.»

Sin embargo, es pertinente recalcar que cuando Gayo o Ulpiano hablaban de *ius* no estaban pensando precisamente en demandas individuales sobre bienes inexistentes (reclamos morales), sino que estaban tratando más bien sobre procesos de distribución de bienes en los cuales una vez culminado el proceso cada quien tenía que recibir lo que le correspondía, es decir, su *ius*. El problema con estas sentencias romanas fue que a fines del medioevo se empezó a traducir este *ius* no como el resultado justo de un proceso judicial sino como una demanda de un individuo. Esta conexión entre *ius* y demanda sería fundamental para la formación de los derechos subjetivos, pues a partir de ahora se podría argüir también la existencia de *ius* sobre bienes que todavía no se poseían (el famoso *ius ad rem*).

Azzo, la cabeza de la Escuela de Bologna cien años después de Irnerius, hablaría ya con justeza del *ius* como de la demanda (*meritum*); esto al comentar un pasaje de Ulpiano que hacía referencia al *ius* que le corresponde a cada persona¹⁸. Acursio, otro glosador de la Escuela de Bologna, al hacer la diferencia entre propiedad (*dominium directum*) y usufructo (*dominium utile*), sin embargo mencionaría a ambos como formas de *dominium* y esto sería vital para lo que vendría después.

En este período se va a producir un enfrentamiento dentro del catolicismo, que tiene que ver con el tema del uso y disfrute de los bienes materiales. Mientras que la Orden Franciscana (de la que Ockham era miembro) señalaba que todos los bienes creados por Dios eran para todos los seres humanos (ergo, descartaba la idea de uso o propiedad privada), santo Tomás, en respuesta a esta posición radical de los franciscanos, indicará en la *Secunda Secunda* de que:

«Nosotros podemos considerar un objeto material de dos modos. Uno que es con respecto a su naturaleza y que no yace dentro del poder humano, sino únicamente con el poder divino, al cual todas las cosas obedecen. El otro es con respecto a su uso. Y aquí los hombres tienen *dominium natural* sobre las cosas materiales, porque a través de su razón y voluntad puede él usar los objetos materiales para su propio beneficio.»¹⁹.

Obviamente santo Tomás se estaba refiriendo al *dominium* como uso y disfrute, pero para este tiempo el uso era también una forma de pro-

¹⁸ *Op. cit.*, p. 14.

¹⁹ SANTO TOMÁS, *Summa Theologica*, 2a 2ae, 66. I.

piedad y, por consiguiente, las palabras de santo Tomás podían entenderse como «propiedad» o «*dominium* natural», es decir, como derechos naturales²⁰. Pero va a ser el canciller de la Universidad de París, Jean Gerson (1362-1428), quien a través de su libro *De vita spirituali animae* lanzará la primera definición clásica de derecho natural:

«Ius es una “facultas” o poder disposicional apropiado para alguien y en concordancia con los dictados de la recta razón [...] esta definición incluye “facultas” o poder, desde que muchas cosas están de acuerdo con la recta razón que no cuentan como iura de aquellos que los tienen, como las penas de los condenados o los castigos para los hombres mortales. Ni decimos que nadie tiene el ius de dañarse entre ellos mismos, aunque esto no está lejos de lo que dicen las sagradas escrituras sobre las ordenanzas de la divina providencia, como en el pasaje I de Reyes acerca del ius regis, etc. Y decimos que los demonios tienen el derecho de sancionar a los condenados. La definición incluye «disposicional», desde que muchas cosas autorizan a alguien a hacer en concordancia con la recta razón, [...] como un pecador mortal tiene la facultas, o poder para merecerse la vida eterna; pero no es una facultas disposicional, o como normalmente decimos, no está en concordancia con la justicia presente [esto es, el pecador tiene la capacidad pero no la actual habilidad disposicional para ser merecedor de la salvación] [...]. Quiero decir que una entidad tiene iura, definida en este modo, equivalente a aquellas cualidades positivas que constituyen su identidad y por ende su benevolencia. De este modo, el cielo tiene el ius de llover, el sol de brillar, el fuego de arder, una golondrina a fabricar su nido, y cada criatura a hacer lo que es natural para ella. La razón de esto es obvia: todas estas cosas son apropiadas para estos seres siguiendo los dictados de la recta razón, de otra manera ninguna sobreviviría. Así el hombre, aunque pecador, tiene ius para muchas cosas, como otras de las criaturas dejadas a sus propias naturalezas [...]. Este análisis del ius está modificado por los teóricos políticos, quienes usan el término solamente de lo que acomoda a las criaturas usando su razón.»²¹.

²⁰ Richard TUCK, *op. cit.*, pp. 20-24.

²¹ Jean GERSON, *Oeuvres complètes*, II, Paris: P. Glorieux, 1962, pp. 141-142. Citado por Richard TUCK, *op. cit.*, pp. 25-26.

Este paso dado por Gerson va a ser trascendental, pues, como afirma Tuck, jamás el *ius* había sido asociado con el término *libertas* o *facultas*. *Libertas*, para el mundo romano (y para todo el mundo clásico en general) tenía, como vimos, un carácter natural (teleológico), es decir, era el autogobierno de los ciudadanos, mas nunca se hizo referencia a la libertad como una facultad moral. Y de aquí era ya obvio que se podía empezar a hablar de *ius* natural como una capacidad –moral– de demandas individuales que, como en el caso de la propiedad, podían ser oponibles a terceros²².

El movimiento contrarreformista de los doctores dominicos y jesuitas durante el siglo XVI, siguió también con esta definición dada por Gerson, pues el mismo Soto definía, por ejemplo, *dominium*, como «la *facultas* y *ius* de alguien sobre algo»²³. Y si bien es cierto que dentro del neotomismo los derechos estaban limitados por las leyes de la naturaleza y de Dios, lo esencial era que, para este tiempo, tanto para los católicos como para los protestantes ya se había perdido completamente el significado original de la palabra «derecho».

En cuanto a lo que venía ocurriendo en el plano histórico, hay que decir que la corriente humanista (que, como hemos visto, se presentaba escéptica y contraria a la naturaleza) poco a poco también comenzaba a perder terreno frente a una nueva corriente naturalista. De hecho, el impulso a esta corriente tenía sus orígenes en una recuperación de la filosofía aristotélica (tanto entre católicos como protestantes). Uno de los más importantes voceros de este nuevo pensamiento sería el jurista holandés Hugo Grotius (1583-1643), quien a pesar de que aparentemente intentase distanciarse del aristotelismo de su tiempo va a presentar una tesis en la cual la noción de universalidad de la naturaleza va a ser la clave. Grotius, entonces, ingeniosamente «unirá las teorías escolásticas con las humanistas. Era cierto que no había propiedad privada en último término en el estado de naturaleza (como decían los escolásticos); los escolásticos estaban equivocados en pensar que había un dominio natural idéntico en carácter al dominio civil. Pero los humanistas estaban también equivocados en negar cualquier derecho bajo el orden natural: había una sola clase de derecho que podría ser denominado como *dominium* por similitud o analogía. El hombre natural era el sujeto de derechos. Por otra parte, los derechos que poseía, aunque no eran estrictamente derechos naturales, no eran categóricamente distintos»²⁴.

²² Richard Tuck, *op. cit.*, p. 26.

²³ *Op. cit.*, p. 48.

²⁴ Richard Tuck, *op. cit.*, p. 61.

Así pues, quedaba claro que Grotius estaba ya razonando prácticamente de manera igual como lo harían años más tarde los filósofos ilustrados y los defensores de los derechos naturales.

Estos hechos, por cierto, no eran nada gratuitos, pues tenían muchísimo que ver con los asuntos políticos de la época; esto en tanto muchos juristas protestantes, como el mismo Grotius (particularmente en su obra *De Iura Pradea*), o como Althusius antes que él, fueron hombres de leyes que, a semejanza de los juristas italianos de la Baja Edad Media, intentaban a través de la normatividad jurídica atacar y acabar con el régimen político existente (en su caso, el absolutismo). El famoso derecho a la resistencia contra los tiranos²⁵ sería así la punta de lanza de estos hombres de leyes contra la situación política de su tiempo.

Así pues, y para legitimar esta pretensión²⁶, era necesario que se recuperase el sentido de la naturaleza (entendida como universalidad), lo que finalmente resultaría en el pensamiento iusnaturalista y posteriormente en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII y en la constitución de los derechos de los hombres y los ciudadanos.

En esta línea de pensamiento, entonces se empezará a expresar todo lo jurídico y lo político vía el lenguaje del derecho natural y en el de los derechos subjetivos, aunque curiosamente surgirán al interior de este pensamiento tantas corrientes como pensadores existían. Y si bien es cierto que en un inicio todos aceptaron que el primer derecho natural era el de la supervivencia, éste se presentó de maneras diversas. Así, mientras Hobbes planteará la realización de este derecho y sus derivados vía una suerte de contrato que acabe resumiendo todas estas voluntades libres en una sola²⁷, Locke nos propondrá el establecimiento de un contrato que permita amalgamar estas libertades (anulando así la posibilidad de que cada uno intente hacer justicia por propia mano) y los derechos de propiedad, evitando, eso sí, el tener que concentrarlos en una única voluntad²⁸.

²⁵ Para ver las tesis de los enemigos protestantes del absolutismo siempre son recomendables los clásicos trabajos de John NEVILLE FIGGIS, *Studies of Political Thought from Gerson to Grotius, 1414-1625*, Cambridge: Cambridge University Press, 1923, y de George H. SABINE, *A History of Political Theory*, New York: Holt, Rinehart and Winston, 1961, pp. 372-606.

²⁶ Ciertamente no todos los iusnaturalistas fueron enemigos del absolutismo, como por ejemplo Pufendorf o el mismo Grotius en su famoso *De Iura Belli*. Dadas las condiciones de guerra civil era evidente que la paz era lo más ansiado y era también obvio que era justamente la existencia de los derechos lo que finalmente ocasionaba el estado de guerra; ergo, había que ponerle ciertos límites vía el Estado. Aquí radicaban las razones de este absolutismo iusnaturalista. (Otro claro ejemplo de esto es el *Leviathan* de Hobbes.)

²⁷ Thomas HOBBS, *Leviathan*, capítulo XVII, Ed. C. B. Macpherson, London: Penguin, 1968.

²⁸ John LOCKE, *Two Treatises of Government*, Ed. Peter Laslett, Second Treatise, capítulos 2, 3 y 4, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

Pero tanto en uno como en otro se hallan ya reflexiones en términos de individuos con conciencias propias y que por el hecho de ser tales tenían las potestades de reclamar ciertos beneficios y acciones en su provecho.

Por otro lado, como de lo que se trataba era de acabar a toda costa con el pluralismo y la atomización ocasionados por las guerras religiosas, era evidente que todas estas demandas debían elaborarse de manera universal. En consecuencia, la Ilustración del siglo XVIII y los derechos individuales debían revestirse, por utilidad práctica, con ropajes metafísicos (aunque ciertamente ya no se creyese en ningún tipo de revelación o saber trascendente); es decir, tenían que ser oponibles a todo el mundo.

No mucho tiempo después, y bajo estas banderías levantadas por los filósofos y juristas iusnaturalistas, las revoluciones burguesas se encargarían de graficar toda la gama posible de libertades humanas y civiles, vale decir, los derechos naturales, que muy bien podrían resumirse en estas famosas palabras de Paine:

«Derechos naturales son aquellos que corresponden al hombre por el mero hecho de existir. De esta índole son los derechos intelectuales o derechos de la mente y también aquellos derechos de actuar, en cuanto individuo, para su propia comodidad y felicidad, siempre que no lesione los derechos naturales de los otros. Son derechos civiles aquellos que corresponden al hombre por el hecho de ser miembro de la sociedad. Todo derecho civil tiene por base algún derecho natural preexistente, pero cuyo disfrute personal no está suficientemente asegurado en todos los casos. De esta índole son los que se relacionan con la seguridad y protección.»²⁹.

De aquí en adelante la historia ya es harto conocida como para redundar, y sólo habría que agregar a estos derechos civiles y políticos heredados de la Revolución francesa el nacimiento de los derechos económicos y sociales que acompañarían el desarrollo del llamado Estado de Bienestar y que recibirán su patente de curso con la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el año de 1948, vía la Organización de las Naciones Unidas.

Sin embargo, una vez que quedaron reconocidos estos derechos se tendría que producir lo inevitable, su fragmentación, teniendo en consideración que sus raíces procedían del individualismo o atomismo filosó-

²⁹ Thomas PAINE, *Los derechos del hombre*, México: Fondo de Cultura Económica, 1944, p. 61.

fico de Descartes, Locke y Kant. Así pues, estos derechos subjetivos – que de pronto ya no querían ser reconocidos por todos como derechos naturales, por la carga metafísica que esta palabra encerraba– empezaban a sufrir un proceso de indefinición que los impelía, ora a jerarquizarse como libertades o derechos básicos frente a las libertades o derechos secundarios³⁰, ora a unificarse en un solo gran derecho, como se presentaba en el caso del derecho a la igualdad defendido por Dworkin (*equal concern*)³¹, o a la propiedad (*self-ownership*), presente en Nozick (teoría del *entitlement* o del justo título)³², o a la libertad igual para todos, como sostenía el profesor Hart³³, o simplemente a colocarse de acompañante de un mercado que se generaba y regeneraba espontáneamente, como en el caso de Hayek³⁴.

Finalizado este sucinto relato de la historia de los derechos naturales, es tiempo ya de avocarnos a analizar las más importantes teorías contemporáneas sobre las éticas basadas en derechos individuales (sean reconocidos como naturales o no), para ver finalmente si son o no capaces de sustentar teóricamente dichos derechos, lo que a la larga serviría para legitimar o no su actual existencia.

2 El problema del conflicto entre derechos

Como señalé en la primera parte, la Ilustración y el iusnaturalismo, amparándose en la teología, intentaron, vía los derechos individuales de aplicación universal, frenar la anomia gestada en las guerras religiosas producidas el siglo anterior. En medio de esta situación, el abogar por libertades inherentes a todos los seres humanos aparentemente restituía el orden perdido, y por el modo como fueron planteados podía pensarse también que se estaba ante una novedosa ética que se constituía por estos derechos individuales. Sin embargo, el entusiasmo por la razón y por el mito del progreso no impedían ver un problema que años después minaría las bases mismas de los derechos naturales. Este problema se encontraba en el hecho de que, a diferencia de los resultados de los intercambios del mercado, las relaciones entre derechos individuales (esto,

³⁰ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1972; y *The Basic Liberties and their Priority*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

³¹ Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth, 1977; y *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1994.

³² Robert NOZICK, *Anarchy, State and Utopia*, Oxford: Basil Blackwell, 1974.

³³ H. L. HART, «Are there any natural rights?», reeditado en Anthony QUINTON, *Political Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1967.

³⁴ F. A. HAYEK, *The Constitution on Liberty*, London: Routledge, 1960.

fundamentalmente en el caso de los derechos o libertades negativas) conformaban una relación de *suma cero o negativa*, es decir, que si una persona perdía un derecho o libertad no ganaba nada a cambio, simplemente desaparecía su derecho; por consiguiente, se podía decir que en una relación de derechos subjetivos entre personas jamás podía pensarse en la existencia de un equilibrio. Había, pues, derechos que se perdían, y esos derechos no siempre pasaban a otra persona sino que en ciertas situaciones podían incluso pasar al activo de una sola persona que hegemonizaba el poder (una dictadura, por ejemplo), con lo cual podía ocurrir también que todos pudiesen compartir la pérdida.

En síntesis: el gran problema de los derechos naturales no era otro que el de los conflictos de libertades o derechos que surgían —éstos sí— de su propia naturaleza ontológica y que hacían imposible que se pudiese dar un intercambio equitativo al momento de su realización. Muchas de las mentes ilustradas —Kant y Mill incluidos— de pronto subestimaron este grave problema y esperaron que en algún momento se pudiese conseguir el equilibrio, vía el desarrollo de la razón, por supuesto. Lamentablemente esa razón autónoma, tan cara para ambos, nunca se presentó tan homogénea como hubiesen querido que fuese y, por tanto, se mostraba más bien ambigua y relativa.

De hecho, ya en pleno apogeo iusnaturalista nunca existió un acuerdo en torno a lo que significaban los derechos naturales; así, mientras que para Hobbes el derecho natural era un mandato de Dios constituido por un derecho a la autopreservación³⁵ y que no implicaba ninguna obligación frente a los demás (la única obligación era debida a Dios), Locke, por su parte, aceptando el mandato de preservar la vida, sí pensaba en cambio que las obligaciones de la ley natural tenían que incluir deberes para con los demás³⁶; ergo, se trataban de unos derechos «de

³⁵ Thomas HOBBS, *Leviathan*, capítulo XIV, edición a cargo de C. B. Macpherson, London: Penguin, 1968, p. 189. «The Right of Nature, which Writers commonly call Jus Naturale, is the Liberty each man hath, to use his own power, as he will himselfe, for the preservation of his own Nature; that is to say, of his own Life; and consequently, of doing any thing, which in his own Judgement, and Reason, he shall conceive to be the aptest means thereunto.»

³⁶ John LOCKE, capítulo 2, *op. cit.* «Mas aunque éste sea un estado de libertad, no es, sin embargo, un estado de licencia. Pues aunque, en un estado así, el hombre tiene una incontrolable libertad de disponer de su propia persona o de sus posesiones, no tiene, sin embargo, la libertad de destruirse a sí mismo ni tampoco a ninguna criatura de su posesión, excepto en el caso de que ello sea requerido por un fin más noble que el de su simple preservación. El estado de naturaleza tiene una ley de naturaleza que lo gobierna y que obliga a todos; y la razón, que es esa ley, enseña a toda la humanidad que quiera consultarla, que siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro en lo que atañe a su vida, salud, libertad o posesiones [...]»

recepción»³⁷. Empero, entre este derecho de libre acción que preconizaba Hobbes, y el de recepción de Locke, había claramente distancias importantes a pesar de que ambos paradójicamente estuviesen hablándonos de derechos naturales. Así pues, quedaba claro que la razón natural moderna no tenía un único mecanismo para percibir los derechos individuales.

Ciertamente, tanto Hobbes como Locke fueron lo suficientemente sabios como para no hablar de derechos naturales en plural, es decir, como para evitar hacer referencia a una pluralidad de derechos que ineludiblemente tendrían que provocar colisiones entre ellos mismos.

Para salvar este peligroso obstáculo, el modelo de los derechos naturales tenía entonces que *sustentarse necesariamente en un único derecho*, del cual debían desprenderse los demás en una suerte de orden jerárquico (sistema). Lamentablemente, ya desde sus inicios —como acabamos de ver— hubo serias contradicciones para determinar cuál podría ser este derecho matriz o en qué consistía finalmente.

En el transcurso de la historia de los derechos naturales podríamos decir que fueron tres los grandes derechos paraguas o matrices que se avocaron a la tarea en mención, a saber: el primero, el derecho a preservar la vida humana (iusnaturalistas clásicos); el segundo, el derecho a la igualdad (vinculado íntimamente a los revolucionarios políticos), y el tercero, el derecho a la libertad (más afín con el desarrollo del liberalismo contemporáneo y sus posiciones radicales de neutralidad).

Siguiendo este análisis, es obvio que para demostrar la validez de los derechos naturales por lo menos uno de los principios nombrados debía ser cierto; vale decir, que aparte de ser evidente *per se*, tendría que servir para evitar el conflicto de los derechos subsidiarios, amén de servir eficazmente para derivar derechos de él mismo.

En relación al primer derecho, es decir, al de la vida, primero habría que decir que éste se mostraba intuitivamente como el más atractivo, pues para muchísimas personas sólo una mente irracional o enajenada podría rechazar este principio. Empero, si actualmente el hedonismo y toda suerte de placeres materiales hacen sumamente atractiva a la vida (por lo menos visualmente), estos mismos hechos no ocurrían en la antigüedad ni en la Edad Media. Para un hombre del medioevo la vida humana simplemente era un camino necesario para un fin muchísimo más valioso: *la vida trascendente* (la verdadera vida, o «la vida más que vida»). Así pues, durante cientos de años en la historia humana, y para muchas culturas aparentemente de lo más disímiles, la vida humana

³⁷ El término es empleado por D. D. RAPHAEL en su ensayo *Human Rights, Old and New*.

jamás fue entendida como un fin en sí mismo sino más bien como un medio para otra vida. Este derecho natural a la vida, por tanto, no podía presentarse como un derecho natural ahistórico, y sí, más bien, como una cosmovisión de un tipo humano especial que surgió en los *burgos* europeos desde fines de la Edad Media, se desarrolló en el Renacimiento y alcanzó su esplendor en la modernidad.

Por otro lado, si sostuviésemos que este derecho natural matriz —como lo llamo— se presenta como una gran alternativa para abolir la conflictividad de los derechos, estaríamos haciendo una afirmación falsa, pues es justamente este derecho natural el que se presta en mayor medida para el estallido de antagonismos, como nos lo recuerda bien el estado hobbesiano de naturaleza (la guerra de todos contra todos). Partiendo de que cada ser humano tiene un mismo derecho a la vida simplemente se estaría comenzando desde una posición conflictiva en sí misma, en tanto que lo que se estaría diciendo es que existen tantos derechos como seres humanos existen, y como ninguna persona aún no ha encontrado la fuente de la eterna juventud, las desavenencias estarían a la orilla del camino. Teniendo frente a nosotros un conflicto entre derechos a la vida, por ejemplo, al tener que decidir, al momento de realizar un trasplante de un riñón, con la misma urgencia necesitado por tres personas, parecería imposible evitar el principio utilitarista, es decir, se debería escoger a la niña (que todavía tiene mucho por vivir) frente al anciano (que ya vivió mucho) o frente al delincuente (que no merece vivir). Al hacerse esta elección evidentemente se violaría también el sacrosanto principio de la autonomía moderna: «Cada ser humano es un fin en sí mismo». Finalmente el derecho a la vida nos deja en la más grande ambigüedad. ¿En qué consiste un derecho a la vida? ¿En llevar una vida plena con los medios requeridos para satisfacer nuestros deseos? ¿O simplemente en el poder mantener latiendo nuestro corazón gracias a un respirador artificial en un hospital? La neutralidad que preconiza el individualismo moderno deja lamentablemente sin respuesta estas preguntas. De aquí se desprende entonces que, mientras no sea definido claramente, el derecho natural a la vida no puede servir para extraer otros derechos de este gran principio, lo cual hace inviable este derecho natural a la vida. Si hay un derecho natural, éste debe entonces dirimirse entre el derecho a la igualdad y el derecho a la libertad.

Veamos primero el derecho natural a la igualdad, que, como hice mención, es por sí mismo un derecho, más que moral, político, y por tanto se le podría vincular muy bien con los movimientos revolucionarios de los siglos XVIII y con los del siglo XX (marxismos y socialismos). De pronto no sería exagerado ligarlo también con la democracia, aunque éste es un tema que escapa al alcance de este ensayo.

Asimismo, si nos atenemos a la definición de justicia particular que da Aristóteles en su *Ética a Nicómaco*, observaremos que define a esta justicia (que es el derecho) como una igualdad, igualdad aritmética en el caso de la justicia conmutativa e igualdad geométrica en el caso de la justicia distributiva. Con ello queda presente que desde la antigüedad la idea de la igualdad ha estado íntimamente ligada a la justicia y con ello muy bien podría sustentarse que es precisamente la igualdad el derecho fundamental de todos los seres humanos.

En épocas más recientes quizá uno de los que más han abogado por este principio sea Ronald Dworkin³⁸, quien sostiene que el único derecho que merece el nombre de tal es el principio de *equal concern* (igualdad); sin embargo, este principio debe ser entendido dentro de la más completa neutralidad respecto a lo que se considera una vida buena (cosa que lo coloca en oposición a Aristóteles y a todos los autores clásicos).

En otras palabras, su principio de *equal concern* apuntaría más bien a proveer a los seres humanos de los más indispensables bienes materiales que les permitiesen realizar el plan de vida que desearan.

En base a este derecho fundamental (él no habla por cierto de derecho natural, aunque en el fondo el modo como se presenta esta tesis sea igual a cualquier otra tesis de los derechos naturales) se aceptaría entonces que existen evidentes desigualdades entre los seres humanos (los activos negativos, como sería una minusvalía o una falta de talento, por mencionar dos), planteando por consiguiente que esto debía ser evitado vía una política de distribución (él habla de seguros, que en la práctica estarían constituidos por tributos y bienes sociales) que trataría de colocar a las personas en las mismas condiciones.

Sin embargo, hablar de distribución implicaría, por ejemplo, el obligar a utilizar las ventajas naturales de unos en favor de otros, y ¿acaso esto no vulneraría la dignidad de quienes no desean compartir sus riquezas naturales con quienes no las poseen?³⁹ No parecería entonces que fuese muy natural este derecho a la igualdad, en tanto estaríamos ante una forma forzada de igualdad.

La abstracción que acompaña al moderno derecho a la vida también está muy presente en las tesis que hablan de un derecho a la igualdad. La igualdad que menciona Dworkin consiste en proveer de recursos a todas las personas para que lleven adelante su proyecto de vida, pero también en la sociedad jerárquica y estamental del medioevo se tenía en conside-

³⁸ Ronald DWORKIN, «Liberalism», en *Public and Private Morality*, editado por Stuart Hampshire, 1978, y también en *Ética privada e igualitarismo político*, Barcelona: Paidós, 1994.

³⁹ De hecho, éste sería el argumento central de la tesis libertaria de Robert Nozick en contra de las teorías distributivas de Dworkin y de Rawls.

ración que cada grupo humano debía contar con los recursos materiales suficientes para realizar su *telos* dentro del orden social al que pertenecían. ¿Aceptaría Dworkin que aquí estaba presente el principio de *equal concern*? Seguramente que no, pero si aplicáramos su definición es obvio que en la sociedad medieval, como también en un Estado marxista ideal, también se podría hablar del principio de *equal concern*. Al final, pues, este derecho natural a la igualdad aparecería caracterizado de manera distinta por personas diferentes en lugares y espacios distantes, con lo cual tampoco podría demostrarse su carácter ahistórico. Parecería así una creación individual—en este caso, de Dworkin— que pretende garantizar una neutralidad dentro del sistema de mercado (modelo liberal), y así la igualdad que intenta lograr apuntaría a satisfacer este objetivo.

En cuanto a si este principio permitiría derivar otros derechos, evidentemente que sí lo podría hacer, pero por tratarse fundamentalmente de derechos positivos (aquellos que requieren de una acción directa, en el caso de Dworkin, del Estado, vía derechos sociales y económicos), las colisiones serían abundantes, por la sencilla razón de que nosotros no podemos adentrarnos en las conciencias de los hombres para conocer realmente cuáles son los bienes que se necesitan para llevar adelante la vida que desean. Al inmiscuirnos violaríamos su intimidad y ocasionaríamos más problemas que los que pretendemos resolver (¿qué pasaría si lo que pensamos que alguien desea no es lo que realmente quiere?); aún más, al apoyarnos en esta igualdad cuasi obligada y en estos derechos positivos tendríamos necesariamente que incrementar la lista de derechos subsidiarios *ad infinitum* (pues los deseos de los hombres no tienen límites), dejando así más puertas abiertas para futuros conflictos. La búsqueda de la igualdad, como la historia lo demuestra, ha causado más desgracias que las propias desigualdades que existen. El derecho fundamental o natural a la igualdad, entonces, tampoco nos sirve para legitimar una teoría de derechos naturales.

El último derecho natural que nos toca analizar es el derecho natural a la máxima o igual libertad para todos los hombres. En el primer caso, quien aboga por este derecho fundamental es John Rawls y su primer principio de la Teoría de la Justicia; en el caso del derecho natural a igual libertad, el defensor es el recordado filósofo del derecho H. L. Hart.

El primer problema que suscita el hacer alusión a un derecho a la libertad es que ésta no puede ser definida fácilmente. Como dijimos en la primera parte, hay una nítida distinción entre lo que significa una libertad positiva y una libertad negativa. El profesor Berlin, en otro célebre ensayo ya citado («Two Concepts of Liberty»), afirmaba que mientras la libertad positiva se identificaba con la capacidad de autonomía y de actuar (es decir, una libertad para hacer algo), la negativa simplemen-

te implicaba una ausencia de coerción (libertad de hacer). Ahora bien, mientras que la primera podría conducirnos al utilitarismo y al Estado de Bienestar (con lo cual se podría tomar a las personas como medios para fines de otras personas), la segunda podría muy bien desembocar en un libertarismo puro (o política «new right») que mantuviese desigualdades inaceptables. Esto a las claras nos indicaba que, lejos de haber un acuerdo en torno a los modernos conceptos de libertad, existían, entre ambos, puntos irreconciliables que solamente servirían para producir mayores conflictos en su interior.

Ciertamente, este derecho a la libertad ha sido el más invocado por los liberales porque se presta para conseguir su máximo anhelo, vale decir, alcanzar la neutralidad requerida a fin de que cada persona realice la vida que quiera sin ningún tipo de interferencia, salvo que afecte este igual derecho de su semejante (la famosa sentencia popularizada por J. S. Mill).

Pero mientras el mismo concepto de libertad es asunto de discusión, al entrar en el campo de la distribución de la libertad las cosas se vuelven aún menos claras. Como indiqué, Rawls, en el primer principio de la libertad, afirmaba que «cada persona ha de tener un derecho igual a la libertad básica más amplia compatible con una libertad similar para todos»⁴⁰. Lo que subyacía bajo esta afirmación es que Rawls estaba pensando que la libertad era más o menos una suerte de bien corpóreo que podía ser materia de un análisis cuantitativo y de una distribución física. La pregunta entonces caía por su propio peso: ¿cómo sería posible medir el grado de libertad que se tiene?

En un agudo ensayo crítico, Onora O'Neill⁴¹ llegó a la conclusión de que no es posible hablar ni de igual o máxima libertad porque no se puede identificar fácilmente conjuntos de libertades compatibles máximas y compararlas entre sí. Teniendo frente a mí a la libertad de información, a la libertad a la inviolabilidad de la privacidad y a la libertad de expresión (todas ellas derivadas del derecho a la libertad), ¿cómo se podría saber cuál de estas tres libertades maximiza la libertad en su conjunto?

Es obvio que en algún momento la libertad de prensa puede chocar con la libertad de privacidad; en este caso ninguno de los que defienden este tipo de derecho nos dice con qué instrumento debemos contar para saber si es que la libertad de prensa, por ejemplo, maximiza la libertad

⁴⁰ John RAWLS, *A Theory of Justice*, Oxford: Oxford University Press, 1973, p. 60.

⁴¹ Onora O'NEILL, «The Most Extensive Liberty», en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 1980.

antes que la libertad de residencia o el derecho a la privacidad. Nuevamente podría retornar la fórmula utilitarista (caracterizada justamente por valorizar lo matemático o cuantitativo), que paradójicamente es lo que la Teoría de la Justicia (en el caso de Rawls) pretendía superar.

Ciertamente, el derecho fundamental a la libertad —como en el caso de la igualdad— tendería también, por su propia naturaleza, a expandir derechos subsidiarios, con lo cual se extenderían las posibilidades de conflictos futuros. Pero lo más grave de todo esto es que quienes asertan tal derecho lo hacen buscando mantener la neutralidad, vale decir, evitando comprometerse con cualquier valor (de hecho, Rawls y Hart mencionan que las libertades no tienen contenido), y, por lo tanto, se haría aún muchísimo más difícil el poder encontrar un razonamiento que permitiera resolver un conflicto de derechos creados por este mismo derecho «matriz». En otras palabras, una libertad así, vaciada de contenido y sentido, no podría justificarse ni mantenerse en pie por sí misma.

En el caso del principio de igual libertad (sostenido por Hart), tratándose de libertades negativas (que son las menos propensas a crear conflictos, por cierto) siempre estaríamos hablando de relaciones entre libertades que suman cero (o que son negativas) y, por ende, nunca podrían ser correlativas y equitativas, y como bien afirma John Gray, siempre habría quien perdiese su libertad sin recibir nada a cambio; en virtud de esto el principio de igual libertad sería irrealizable en la práctica⁴². Nunca todos podrían gozar de igual libertad al mismo tiempo y esto quebraría la tesis de Hart y del único derecho natural a gozar de igual libertad.

Al igual que el derecho fundamental o natural a la igualdad, el de la libertad no resulta mejor y posee tanto o más problemas que el derecho a la igualdad y que el derecho natural a la vida.

Realizado el análisis de rigor, creo yo que ninguno de estos tres derechos resisten la afirmación de constituir fundamentos sólidos de derechos ahistóricos y absolutos (es decir, que se conocieron siempre de manera igual en todo tiempo y lugar); tampoco permiten su identificación meridiana, y, lo más importante, ninguno de los tres es capaz de evitar el mayor problema que caracteriza a todas las teorías políticas y éticas que sustentan derechos naturales o fundamentales como principios básicos, es decir, el conflicto entre derechos reconocidos.

Así pues, una vez descartada la inoperancia de estos principios matrices —o paraguas, como los he denominado—, hay quienes han optado por evitar tales principios y prefieren mejor hablar solamente de dere-

⁴² John GRAY, «Liberalism and the Choices of Liberties», en *Liberalisms, essays in Political Philosophy*, London: Routledge, 1989, p. 145.

chos naturales básicos o pragmáticos. Es decir, que para evitarse problemas metafísicos y problemas de aclaración y definición de conceptos abstractos (verbigracia, la vida, la igualdad y la libertad), han optado por lo más fácil, esto es, recurrir a hacer lista de una serie de derechos que se consideran básicos y que ciertamente serían derechos bastante concretos y realizables. Quizá el autor más conocido en trabajar desde esta perspectiva sea el propio Rawls⁴³, quien da así un vuelco a su primer principio de la Teoría de la Justicia, para presentarnos ahora los derechos básicos que toda persona racional y razonable elegiría en la hipotética posición original de su famosa Teoría de la Justicia; pero esto en nada le favorece a una propuesta que intenta evitar los conflictos de derechos, pues al carecerse de un principio eje se coadyuvaría para que los problemas de esta índole medraran, y lo peor de todo es que esto nos conduciría al relativismo, que ha sido siempre el enemigo mortal del derecho natural y de la ética (que deben de ser absolutos y universales). Por último, el pretender presentar un listado de derechos esenciales siempre sería un acto arbitrario que colocaría derechos que no son compartidos por todos o dejaría en el tintero derechos reclamados por muchos⁴⁴.

Habiendo, finalmente, una serie de derechos básicos, no podría saberse cuándo se debería optar por uno u otro de los derechos en caso de desacuerdo.

Este último cambio de Rawls implica ciertamente una claudicación en la defensa de los derechos naturales o del derecho natural, pues al tiempo que presenta estos derechos advierte que únicamente corresponden a una sociedad particular⁴⁵ (en su caso, la sociedad democrática norteamericana de fines de siglo).

Hay, pues, ya un nítido reconocimiento a la inevitabilidad del relativismo (que, de hecho, ha sido sustentada por la realidad contingente y que ha sido muy bien reconocida por toda la filosofía post-moderna), y esto hace imposible sustentar cualquier teoría de derechos naturales o fundamentales.

En conclusión: no existe hoy manera de defender una teoría que sustente tesis de derechos naturales o derechos humanos, y esto socavaría las bases y la legitimidad de todas estas propuestas.

⁴³ Me refiero fundamentalmente a su *The Basic Liberties and their Priority*. En español: *Sobre las libertades*, Barcelona: Paidós, 1990.

⁴⁴ En este sentido, por ejemplo, GRAY critica a Rawls el haber dejado de lado al derecho de propiedad en su lista de derechos básicos y haber incluido a los derechos políticos. *Op. cit.*, pp. 156-157.

⁴⁵ Sobre estos cambios radicales de RAWLS ver «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», en *Philosophy and Public Affairs*, 14, 1985, pp. 223-251. Y más recientemente su libro *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press, 1992.

El Derecho como tema literario

Discurso de incorporación a la Academia Peruana de la Lengua

Fernando DE TRAZEGNIES GRANDA

I Introducción

Me siento confundido al iniciar este discurso de incorporación a la Academia Peruana de la Lengua porque, después de haberme interrogado en forma exhaustiva sobre los méritos que supuestamente debiera tener para recibir una distinción tan grande, no he encontrado ninguno que la justifique. Y por eso he estado tentado de comenzar estas palabras parafraseando una hermosa frase del doctor Luis Jaime Cisneros y decirles que «no se trata sino de un generoso error de parte de la Academia».

Sin embargo, una vez designado por sus votos e invitado a ocupar un asiento en el seno de este selecto grupo, tampoco parece lógico ni justo que yo me esfuerce hoy día en demostrarles que se trata de una equivocación. Por eso, acepto con modestia el juicio de los señores académicos y les agradezco muy vivamente este honor que considero entre los más altos que he recibido en mi vida.

Y quiero agradecer muy especialmente al doctor Estuardo Núñez por haber tenido la gentileza de aceptar el encargo de pronunciar el discurso de recepción. Debo confesar que me siento particularmente halagado por el hecho de ser recibido por un académico de la talla del doctor Núñez.

En realidad, acepto esta invitación a pertenecer a la Academia no como reconocimiento a mérito alguno sino como un compromiso para intentar en el futuro estar a la altura de la generosidad y benevolencia de la que he sido objeto por parte de los señores académicos, generosidad que los ha llevado a penetrar en el fondo del alma de un prosaico abogado y a descubrir, apartando papeles con sellos oficiales y códigos amarillentos por el uso, que bajo esa maraña legal se escondía, como un secreto celosamente guardado, un humilde pero apasionado amor por la lengua y la Literatura.

En verdad, desde muy niño he tenido una inclinación marcada por la perspectiva literaria. Si bien siempre he padecido de una curiosidad multifacética y me he interesado con fervor en cosas tan disímiles como la astronomía y la historia medieval, la matemática, la filosofía oriental y la sociología política, creo que la Literatura ha sido para mí un punto de vista no declarado sobre el mundo, que me ha ayudado a comprender muchas cosas que no hubiera percibido de otra manera. Recuerdo que en el colegio, aun cuando estaba muy contento con las sutilezas del álgebra y con los experimentos de química, mi mayor satisfacción era hacer las composiciones de Literatura. Mientras que el resto de los cursos ponía en acción mi capacidad de razonamiento, escribir un pequeño ensayo de dos páginas para el curso de Literatura movilizaba mi ser entero, tanto mi razón como mis emociones y afectos; por eso me interesaba y me entretenía más; me hacía sentirme más pleno, más completo.

Todavía recuerdo algunas de mis primeras composiciones. Particularmente una, en cuarto o quinto de primaria, para la cual el profesor nos había propuesto describir con nuestras propias palabras la escena que se nos acababa de leer de la *Iliada*, en la que Héctor se despidió de su esposa Andrómaca y de su hijo para cruzar las murallas de Troya y salir a pelear un duelo irremisiblemente fatal con el invencible Aquiles. Recuerdo que lloré sobre el papel mientras narraba la triste despedida. Hubiera querido cambiar la historia, hubiera querido escribir que Héctor no aceptaba el duelo y que prefería la vida y el amor de su esposa y de su hijo a la gloria de la muerte. Pero lloré porque comprendí que eso era imposible; comprendí que el honor está por encima de la vida y del amor; comprendí que el bien de su patria no le permitía otra cosa. Lloré de tristeza y de impotencia, porque me di cuenta ya entonces de que ni aun el autor puede fungir de Dios, ni aun el autor es dueño absoluto de sus personajes, sino que, como sucede con los hijos, una vez creados ellos imponen su propia lógica y hacen su propia vida, independientemente de lo que el escritor hubiera querido hacer de ellos.

Durante esos años escolares escribí mucho, tanto como tarea para mis cursos como también de manera gratuita, por puro entretenimiento personal. Más tarde, entré a la universidad y, con el prejuicio de que es necesario estudiar cosas con las cuales se pueda uno después ganar la vida, decidí seguir Derecho. Y, claro está, una vez comprometido con el Derecho, mi natural curiosidad y mi enfermiza facilidad para el entusiasmo hizo que lo estudiara con mente suficientemente abierta como para ilusionarme con su rigor, con su ingenio, con la perspectiva tan dramática y aguerrida que ofrecía de la vida. De alguna manera, el Derecho parecía combinar dos de mis viejas aficiones: la lógica de la matemática y la sensibilidad de las humanidades.

Sin embargo, en esos tiempos de transición de amores intelectuales, hubiera podido suceder que mi vieja afición literaria naufragara. Felizmente, en la entonces Facultad de Letras por la que todos los futuros abogados teníamos que pasar, encontré a un verdadero maestro que me hizo conocer lo que era propiamente la vida universitaria, y sin intentar desviarme de mi camino jurídico, supo mantener viva dentro de mí la llama literaria. Este maestro, a quien quiero rendir público homenaje el día de hoy y expresarle mi agradecimiento por todo lo que he recibido de sus enseñanzas tempranas, sucede que por coincidencia es hoy el presidente de la Academia Peruana de la Lengua, el doctor Luis Jaime Cisneros.

He comentado con muchas personas de mi generación la influencia que Luis Jaime Cisneros ejerció sobre nosotros; y todos concuerdan que fue para quienes recién nos asomábamos a la vida universitaria el modelo de lo que era un académico, de lo que era un intelectual. Aprendimos muchísimo de su fina inteligencia, de su erudita formación, de su extraordinaria capacidad para movilizar nuestras curiosidades intelectuales, de su afilado sentido del humor. Pero aprendimos también de su cálido afecto, de su permanente disposición para atender las inquietudes efervescentes de una juventud bullanguera e insistente. Quienes tuvimos la suerte de contar con su amistad personal, pudimos gozar con las conversaciones –más informales pero todavía más estimulantes, más motivadoras– en la biblioteca de su casa en Miraflores, donde nos reuníamos el grupo de alumnos de cabeza agitada que adolecía de una afición calenturienta a la Literatura. En todo momento nos alentaba y, al mismo tiempo, nos centraba; nos motivaba pero no tenía concesión alguna a la mediocridad o a la sensiblería. Recuerdo muy claramente una oportunidad en la que, a mis dieciocho años de edad, le llevé unos versos. Los leyó con atención, me hizo varios comentarios útiles y luego me dijo: «No está mal. Pero vamos a esperar un tiempo. Tráeme los versos que escribas cuando ya no estés enamorado.»

Al lado del Maestro, y como consecuencia de su entusiasmo, se formó un grupo de alumnos mayores que se encargaban de continuar en el patio del local de la Plaza Francia y en los cafés cercanos a la Universidad la discusión interminable sobre los temas propuestos por Cisneros; discusión que los recién llegados escuchábamos con timidez reverencial. Ésta fue la época en que descubrimos la prosa exquisitamente sencilla de Borges. Ésta fue la época también en que, un poco a espaldas de Luis Jaime Cisneros, leíamos y releíamos sin descanso a Hesse y queríamos seguir la aventura espiritual de *Siddharta*, convencidos de que a los cincuenta años seríamos tan excéntricos y marginales como el Harry Haller de *El lobo estepario*.

La vida impone sus propios caminos, y el verdor de los cuentos cortos, de los poemas de juventud y de alguna que otra idea de una novela, fue quedando sepultado por las hojas de otoño de los expedientes judiciales, las minutas notariales y los informes legales. Sin embargo, la llama del arte no se extingue nunca una vez que ha sido encendida. Y, un poco subrepticamente, un poco introvertidamente, el abogado ha intentado con timidez seguir fiel a su viejo amor literario.

II El Derecho como tema literario

Es por ello que hoy quisiera maridar de alguna forma el Derecho y la Literatura, con la seguridad de que esta unión alquímica dará nacimiento a una perspectiva diferente de las cosas que enriquecerá las relaciones humanas.

En tiempos recientes ha habido un interés cada vez mayor respecto de las vinculaciones entre el Derecho y la Literatura. En los últimos años hemos visto aparecer varios libros que traían la clara intención de juntar lo que aparentemente era inconciliable¹. ¿Acaso Disraeli no dijo alguna vez que el Derecho lo deprimía mientras que la Literatura lo exaltaba? ¿Qué tiene que ver el arte con la administración de las relaciones sociales? ¿En qué medida el Derecho puede contribuir a la Literatura y de qué forma la Literatura puede abrirle los ojos al Derecho?

En verdad, existen numerosos puntos de contacto entre las dos disciplinas, muchos más de los que usualmente se reconocen recíprocamente.

Es importante señalar que tanto el análisis literario como el análisis jurídico se preocupan fundamentalmente por el inquietante problema de la interpretación y por el papel de la intención del autor o legislador en la lectura posterior del texto. Derecho y Literatura han seguido una evolución similar en este aspecto, aun sin conocerse uno y otro y casi sin respetarse: los juristas no les daban importancia a los críticos literarios en esta materia porque consideraban que no se ocupaban de cosas «serias» sino de historias imaginadas; en cambio, los críticos literarios consideraban que los juristas tenían un nivel muy pedestre de interpreta-

¹ Vid., entre otros, Ephraim LONDON (ed): *Thre World of Law, I: The Law in Literature, II: The Law as Literature*. Simon and Schuster. New York, 1960; Richard A. POSNER: *Law and Literature. A Misunderstood Relation*. Harvard University Press. Cambridge, U.S.A. 1988; Daniel J. KORNSTEIN: *Kill all the lawyers? Shakespeare's Legal Appeal*. Princeton University Press. New Jersey, 1994. En la bibliografía peruana sobre el tema, véase Maruja BARRIG: *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana* (antología). CEDYS. Lima, 1980.

ción que no podía servir de modelo al estudio de la obra literaria. Sin embargo, estamos ante historias paralelas: la interpretación clásica tanto del Derecho como de la Literatura estuvo basada en la intención del autor; y la interpretación moderna tanto del Derecho como de la Literatura proclaman la muerte del autor² y la del legislador³, a fin de permitir que el texto tenga valor por sí solo.

De otro lado, no es exacto que sólo la Literatura se valga de metáforas. El Derecho hace uso de ficciones, que son una forma de metáfora; y llega al extremo de crear un mundo metafórico en el que se puede hablar de una tradición o entrega ficta que no es una entrega en absoluto o de una propiedad intelectual que es más una construcción mental que una verdadera propiedad. Pero, en ambos casos, tanto en la metáfora literaria como en la ficción legal, se trata de dar cuenta de la realidad con instrumentos mejores que con la descripción directa de las cosas; porque la ficción muchas veces es más real que la propia realidad.

También vale la pena señalar que la Literatura utiliza continuamente préstamos legales para expresar situaciones no legales. Es así como se vale de motivos jurídicos para dar cuenta de situaciones ajenas a la práctica del Derecho: todos conocemos la frecuencia con que las obras literarias utilizan expresiones tales como «prenda» de amor o corazón «hipotecado», u otras similares, que responden claramente a la técnica jurídica.

Pero yo quisiera referirme hoy en particular a la relación entre Derecho y Literatura en materia de temas.

El Derecho, en la medida que gobierna los grandes aspectos de las relaciones humanas, se ocupa de situaciones que presentan la variedad y la tensión de la vida misma. Basta revisar cualquier colección de jurisprudencia para encontrar un sinnúmero de argumentos de novelas apasionantes. Los casos judiciales presentan drama, conflicto y suspense; de manera que muchas veces han jugado un papel similar al teatro como espectáculo comunal. Y recientemente, tratándose de juicios muy sonados, la televisión se ha encargado de convertirlos en espectáculos universales.

A su vez la Literatura, que pretende siempre penetrar profundamente en la humanidad del hombre, se encuentra a menudo con situaciones jurídicas. Y es así como podemos advertir que existe una gran cantidad de obras literarias —particularmente novelas, piezas de teatro y libretos

² Roland BARTHES: «La mort de l'auteur», en *Le bruissement de la langue. Essais critiques* IV. Editions du Seuil. Paris, 1984.

³ Fernando de TRAZEGNIES GRANDA: «La muerte del legislador», en *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo, abril-junio 1995.

de cine y televisión— que tienen como tema al Derecho o que involucran de alguna manera un cierto tratamiento jurídico de la anécdota.

A veces la Literatura trata el Derecho no como un objeto de interés en sí mismo, sino como un instrumento de la narración o como una metáfora para decir otras cosas. Pero otras veces, la reflexión sobre el Derecho mismo ocupa un aspecto central de la obra literaria.

Sin embargo, aun cuando la Literatura reflexione directamente sobre el Derecho no lo hace desde un punto de vista técnico o positivista ni pretende normar una situación, sino que manifiesta más bien un interés por la justicia. En realidad, hay que distinguir entre, de un lado, los problemas legales concretos que requieren una solución técnica y normativa y que pertenecen al campo del abogado, y, de otro lado, los aspectos más generales del Derecho que se refieren a las condiciones de legitimidad, equidad, justicia, que muchas veces son materia también de análisis por otras disciplinas y que la Literatura asume como parte de las bases profundas del ser humano. La Literatura, como todo arte, debe tratar aspectos que son universales; y si bien el Derecho es diferente en cada pueblo y en cada época —personalmente no creo que exista una noción universal de Derecho—, por lo menos es universal la necesidad de organizar pacíficamente la solución de conflictos y de legitimar, tanto lo que la sociedad reconoce que corresponde a cada persona (derechos), como la solución que se invente para cada conflicto. Esta necesidad de legitimación se cumple a través de lo que pudiéramos llamar «justicia», para darle un nombre cualquiera. Por tanto, aunque el Derecho no es universal, la necesidad de justicia sí lo es, sin perjuicio de que se entienda por justicia cosas muy distintas según las culturas.

No es posible, dentro del marco de este discurso de incorporación, analizar todas las obras en las que se hace una referencia al Derecho. Cervantes, Dickens, Shakespeare, Rabelais, Lewis Carroll, Guy de Maupassant, Jack London, Pirandello, Anatole France, Mark Twain, Balzac, Flaubert, Chejov, Dostoiewski, Faulkner, Kafka, Camus, Ciro Alegría, Manuel Scorza, Julio Ramón Ribeyro, José María Arguedas, Enrique López Albújar, y muchos otros, se han visto tentados de incursionar literariamente por los campos del Derecho. Quisiera limitarme a mencionar ciertos ejemplos que me parecen particularmente significativos, con la idea, sobre todo, de saber cómo los escritores perciben el Derecho.

Es sabido que las referencias a la justicia en las obras literarias son bastante antiguas. Recordemos que Sófocles hace que Antígona se enfrente a Creonte, rey de Tebas, discutiéndole su derecho de legislar. Cuando Creonte le pregunta cómo se ha atrevido a infringir sus leyes enterrando el cadáver de su hermano a pesar de que él, Creonte, había orde-

nado que quedara sin sepultura, ella contesta: «Porque no fue Zeus quien promulgó ese edicto; éstas no son las leyes establecidas por la Justicia y por los dioses para gobernar a los hombres; y yo no puedo pensar que tus leyes tengan tanta fuerza como para que puedan derogar las leyes no escritas e infalibles del cielo. Porque esas leyes celestiales no son de hoy ni de ayer, sino de siempre; y ningún hombre sabe cuándo entraron en vigencia.»⁴. Muchas veces se ha pretendido que hay aquí un planteamiento inicial de la noción de Derecho natural, entendido como leyes superiores a las humanas, que pueden legitimar o invalidar las leyes positivas. El punto es discutible y hay quienes sostienen más bien que Antígona está aludiendo a los vínculos entre hermano y hermana y afirmando simplemente que las relaciones de sangre pasan por encima de las relaciones políticas. Pero, sea como fuere, no cabe duda de que hay aquí un enfrentamiento temprano entre dos concepciones del Derecho: una según la cual el poder político puede dar cualquier tipo de leyes, y otra según la cual el poder político está limitado por ciertos principios que pueden ser considerados como un Derecho divino, como un Derecho natural o simplemente como parte de las costumbres de un pueblo.

Pero si bien han existido siempre en las obras literarias elementos que pudieran ser atribuidos al Derecho, estas referencias van a ser mucho más definidas y frecuentes a partir de la modernidad.

Milan Kundera ha sostenido que la novela es un producto de la modernidad y sitúa el inicio del género en *El Quijote*. Para Kundera, el creador de la Edad Moderna no es solamente Descartes, sino también Cervantes⁵. En realidad, es difícil atribuir la paternidad de la Edad Moderna a un autor o incluso a una actividad del ser humano, porque los horizontes culturales son producto de una gran diversidad de factores que interaccionan entre sí. Pero de lo que no cabe duda es que la novela y el propio Cervantes son hijos de la modernidad y expresiones de ella. De la misma manera, el Derecho —en el sentido que lo conocemos hoy, es decir, como fenómeno autónomo, independiente de la religión, distinto de la moral y de las costumbres sociales— es también un producto de la modernidad. Por eso es que quizá a partir del siglo XVI vamos a encontrar una presencia mayor del Derecho en la Literatura, en la medida que ésta identifica la aparición del Derecho como una nueva forma social y lo convierte en objeto específico de la intriga que nos describe.

En *El Quijote*, el tema del Derecho aparece sobre todo a través del episodio en el que, para seguir adelante la burla, se nombra a Sancho

⁴ SÓFOCLES: *Antígona*.

⁵ Milan KUNDERA: *El arte de la novela*. Tusquets. Barcelona, 1987, pp. 14-15.

Panza como gobernador de la llamada Ínsula Barataria. Sin embargo, en este delicioso capítulo, no encontramos todavía propiamente una reflexión sobre la naturaleza del Derecho, sino la aplicación de una justicia salomónica; y por esta expresión debe entenderse no tanto una puesta en cuestión de los principios para juzgar sino simplemente una cierta habilidad o ingenio del juzgador para establecer la prueba de los hechos.

El caso típico de la justicia impartida por Salomón es el de las dos mujeres que reclaman al mismo niño como hijo. Como puede apreciarse, no hay aquí un enfrentamiento o controversia en materia propiamente legal, no hay una discusión sobre la concepción del Derecho, sino una dificultad para establecer el hecho de la maternidad: determinado factualmente quién es la verdadera madre, el problema queda resuelto. Y Salomón recurre a la estratagema de ordenar que se parta al niño en dos y se le dé un pedazo a cada reclamante. Pero Salomón sabía que la verdadera madre estaría dispuesta por amor a sacrificar el placer de tener al niño consigo y a aceptar que sea entregado a la falsa pretendiente sólo para salvar la vida del niño. Es así como Salomón descubre quién es la verdadera madre y soluciona el caso⁶.

En *El Quijote*, Sancho Panza se enfrenta con el mismo tipo de problemas de probanza durante su presunta administración de la Ínsula Barataria; y utiliza recursos muy similares a los de Salomón para solucionarlos.

Quizá el caso más claro en este sentido es el de la mujer que pretende haber sido violada. Como se sabe, un ganadero rico que vuelve de vender sus cerdos se encuentra con una mujer y le propone yogar juntos. Ella acepta y el ganadero le paga lo suficiente. La mujer, al ver que es rico, le pide más; pero como él no quiere pagarle una suma que considere excesiva por el servicio, la mujer lo trae hasta la corte del gobernador acusándolo de haberla violado: «Señor gobernador de mi ánima –le dice a Sancho Panza–, este mal hombre me ha cogido en la mitad de ese campo y se ha aprovechado de mi cuerpo como si fuera trapo mal lavado, y ¡desdichada de mí! me ha llevado lo que yo tenía guardado veintitrés años ha, defendiéndolo de moros y de cristianos, de naturales y extranjeros, y yo siempre dura como un alcornoque, conservándome entera como la salamanquesa en el fuego o como la lana entre las zarzas, para que este hombre llegase ahora con sus manos limpias a manosearme.»

Sancho Panza pidió al ganadero la bolsa donde guardaba todavía veinte ducados y, ante el asombro de éste, se la entregó a la mujer. Ella se deshizo en agradecimientos y se fue. Pero inmediatamente Sancho Panza or-

⁶ *Sagrada Biblia*. «Reyes», 3, 16-28.

denó al ganadero que la siguiera, le quitara por la fuerza la bolsa y la trajera a la corte. Al cabo de unos minutos se presentaron ambos, la mujer y el ganadero; pero la mujer seguía aferrada a la bolsa que guardaba en su regazo, debajo de la falda, sin que el ganadero hubiera podido tomarla. Entonces Sancho Panza cogió la bolsa con los veinte ducados y la devolvió al ganadero, dando por terminado el pleito. Y explicó su decisión a la mujer con estas palabras: «Si el mismo aliento y valor que habéis demostrado para defender esta bolsa, le mostrarades, y aun la mitad menos, para defender vuestro cuerpo, las fuerzas de Hércules no os hicieran fuerza.» Quedaba en esa forma probado que no podía haber sido violada por ese individuo y que ella tenía que haber consentido en yogar juntos.

Como puede verse, la estructura del problema se basa en la dificultad de la prueba, como en el caso citado de Salomón, ya que de lo que se trataba era de saber cuál de los dos estaba mintiendo; y mediante una estratagema ingeniosa, al igual que Salomón, Sancho Panza descubre que es la mujer quien no dice la verdad.

Pero quizá lo que más nos interesa es encontrar en la Literatura, no tanto ingeniosas formas de probar hechos, sino la visión que tiene el escritor respecto del Derecho, es decir, acceder a concepciones y perspectivas del Derecho con la ayuda de la visión literaria.

Hacia la misma época de *El Quijote*, vamos a encontrar en la Literatura española un caso mucho más inquietante para el Derecho, porque lo muestra impotente para restablecer el equilibrio social. Me refiero a *Fuenteovejuna*, la conocida obra del Príncipe de los Ingenios, don Félix Lope de Vega.

Fernán Núñez de Guzmán, comendador de la Orden de Calatrava, ejercía el señorío sobre el pueblo de Fuenteovejuna. Hombre despótico, abusaba de sus vasallos y particularmente usaba a su antojo a las mujeres de la villa. Es por ello que los vasallos, alentados por las propias mujeres, deciden darle muerte. El rey Fernando el Católico manda un juez al pueblo para que castigue con todo rigor a los autores del crimen. Sin embargo, el interrogatorio del magistrado fracasa porque, a pesar de los tormentos, los habitantes de la villa, incluyendo a ancianos, mujeres y niños, responden simplemente que el comendador fue muerto por todos al mismo tiempo; de modo que resulta imposible individualizar a los culpables. En estas circunstancias, la alternativa es dramática y manifiestamente insatisfactoria desde el punto de vista judicial: o se declara que no existen culpables, a pesar de que ha habido crimen, o se aplica la pena de muerte a todos los habitantes del pueblo. Los Reyes Católicos, ante las noticias de los atropellos del comendador y la promesa de fidelidad de los habitantes de la villa, otorgan un indulto general.

En realidad, estamos aquí frente a un proceso histórico-político de fin de la feudalidad en España, que abre paso, de un lado, a un moderado poder popular, y, de otro lado, a una incipiente modernidad que se expresa como afirmación del Poder central. Los Reyes Católicos dan inicio a una primera unificación administrativo-política del país, con miras a acabar con la desarticulación del Estado medieval.

Lo interesante es que el Derecho se encuentra en el ojo de esta tormenta política; pero lo grave es que el Derecho fracasa dos veces ante tal situación. En primer lugar, los habitantes de la villa no pueden utilizar el Derecho para contrarrestar los abusos del comendador y se encuentran forzados a hacer uso de la violencia; en segundo lugar, el rey no puede recurrir al Derecho para restablecer el orden y se ve obligado a dar una medida política, como es el indulto, a fin de normalizar las cosas. Lope nos da cuenta, pues, quizá de una manera un poco intuitiva, que el Derecho, para funcionar de manera eficiente, requiere las condiciones de la modernidad; es decir, el apoyo de un Poder político central fuerte que garantice el cumplimiento de las reglas, aun contra las autoridades, y, simultáneamente, una cierta aceptación popular, un respaldo de la población, ya que una justicia que sancionara a todo un pueblo sería –paradójicamente– una justicia injusta.

No cabe duda de que uno de los espíritus literarios más perspicaces en cuanto se refiere a la naturaleza del Derecho fue William Shakespeare. Según se sabe, su padre estuvo involucrado en varios procesos judiciales que marcaron definitivamente al escritor. El mismo William Shakespeare inició algunos juicios menores en su juventud. Luego participó en juicios como testigo. Y dos de sus hijas se vieron envueltas en procesos judiciales complicados: en un caso, por adulterio; y en el otro, porque el marido de una de ellas había embarazado a una tercera mujer. Por consiguiente, la experiencia judicial de Shakespeare no es despreciable⁷.

Shakespeare recurre varias veces en sus obras a los problemas del Derecho. Quisiera solamente mencionar tres referencias particularmente notables.

La primera tiene que ver con ese tópico tan complicado que relaciona el orden con la legalidad. A este respecto, hay una obra que es poco conocida en sí misma, *Enrique VI*, pero que ha pasado a la historia fundamentalmente por una de sus frases: aquella en la que un personaje propone: «Primero, ¡matemos a todos los abogados!»⁸.

⁷ Vid. Daniel J. KORNSTEIN: *Kill all the Lawyers? Shakespeare's Legal Appeal*. Princeton University Press. New Jersey, 1994, pp. 15-21.

⁸ William SHAKESPEARE: *Henry VI*. Parte II, escena 4.

En realidad, la obra trata de una revuelta popular contra el rey, promovida y manipulada por el duque de York. Jack Cade se levanta en armas y pretende realizar una suerte de utopía, redistribuyendo la riqueza y aboliendo la propiedad. La propuesta político-jurídica de Cade es manifiestamente totalitaria: asume el Derecho y la fuerza de la ley como autoridad suprema; promueve la desaparición de los bienes privados y, con ellos, de todos los derechos individuales; de manera que la sociedad se convierte en una comunidad de derechos administrados autoritariamente por el rebelde que pretende nombrarse a sí mismo como rey todopoderoso.

Un ejemplo nos puede dar idea del desprecio del aprendiz de tirano por los derechos individuales. Cuando Cade se proclama como autoridad rebelde se da el título de Lord Mortimer y decreta que todos están obligados a llamarlo de esta manera. Instantes después entra uno de sus soldados, que obviamente no conoce este nuevo decreto, y lo llama como siempre, por su nombre usual plebeyo. Inmediatamente Cade ordena que lo maten en el sitio⁹. Por otra parte, sus secuaces le dan la autoridad de aplicar e interpretar las leyes de Inglaterra. Pero él contesta que si son esas las leyes que tiene que aplicar, va a ser un Derecho dolorido; y otro de sus partidarios agrega que se estarían usando leyes apestosas. Entonces Cade da una orden que equivale a renunciar al Derecho y a las leyes: «¡Quememos todos los registros del reino! Mi boca será el Parlamento de Inglaterra.»¹⁰. Dentro de esta misma tónica, en todo momento Cade plantea la necesidad de matar a todos los que se le opongan, de no permitir la retirada de nadie y de ejecutar sin mayores preguntas y arrojar al Támesis a todos los que no estén con su revolución.

Es en este tipo de revolución que uno de sus más feroces seguidores, Dick el Carnicero, propone: «Primero, hay que matar a todos los abogados.» Y Cade le contesta: «Sí, eso es lo que me propongo hacer. ¿No es una cosa lamentable que con la piel de un inocente cordero se haga un pergamino y que sobre ese pergamino se escriba apresuradamente una sentencia que puede destruir a un hombre?»¹¹.

Ahora bien, dentro de este contexto la famosa frase no es un ataque a los abogados sino un reconocimiento a su importantísimo papel social. Vemos que la muerte de los abogados, como primer punto programático de la nueva política, obedece a que esa política es totalitaria y a que los abogados constituyen un problema para llevarla a cabo porque son los

⁹ *Ibidem*, escena 6.

¹⁰ *Ibidem*, escena 7.

¹¹ *Ibidem*, escena 2.

defensores de un orden social libre: el revolucionario Cade pretende suprimir el Derecho en general para poder concentrar el poder de la organización social (o de la desorganización social) en manos de la autoridad revolucionaria. Los abogados, debido a su razonamiento sistemático que pretende integrar cada pieza de información, cada norma, cada situación, dentro de un todo coherente, son los enemigos radicales de quien pide que confíen en él solamente sobre la base de su palabra, privilegiando los sentimientos sobre la razón, movilizándolo el lado irracional de las personas. La revolución no puede tener éxito si no acaba con el orden; y el Derecho es sinónimo de orden social. Shakespeare nos está señalando que acabar con los abogados es el primer paso para instaurar una sociedad totalitaria.

Por consiguiente, pedir que se mate primero a los abogados, dentro de un tal proyecto político no resulta una crítica sino que es un elogio: es una forma de reconocer que los abogados son los pilares de un orden equilibrado, de una práctica sistemática y coherente de las relaciones sociales y, en última instancia, que los abogados son las bases de una sociedad libre organizada en función del ejercicio de los derechos individuales.

Shakespeare no se limita a establecer la importancia del Derecho para la organización de la sociedad sino que en otras obras se plantea cuestiones muy serias sobre la naturaleza misma del Derecho y los fines sociales que puede cumplir.

En *Medida por medida*, plantea dos interrogantes que aún ahora nos perturban: de un lado, ¿puede el Derecho imponer el bien o debe limitarse a impedir el mal?; de otro lado, ¿cómo manejar la corrupción de la administración de justicia?

Vicente, el duque de Viena, decide poner en práctica algunas leyes que habían caído en desuso. Durante catorce años no habían sido aplicadas, y dice Shakespeare que eran como enormes leones que hacía tiempo que no salían de su cueva para buscar presas. Nadie ha exigido su cumplimiento durante todo ese tiempo y las leyes que carecen de la coerción adecuada pierden su valor real: cuando no se usa el terror, agrega Shakespeare, la vara de la justicia resulta más motivo de burla que de temor. «Así —dice el duque de Viena—, nuestros decretos, que imponen la muerte como pena, están a su vez muertos; y la libertad ha tomado a la justicia por la nariz. El bebe golpea a su ama; y el decoro desaparece sesgadamente.»¹².

¹² William SHAKESPEARE: *Medida por medida*. Acto I, escena 3.

Para restablecer las leyes que él mismo no ha aplicado, simula ausentarse de la ciudad y le encarga el Gobierno a Ángelo, dándole poderes omnímodos. Pero estas leyes tenían por objeto imponer una cierta moralidad. Una de estas leyes disponía que hacer el amor fuera del matrimonio daba lugar a la pena de muerte. Y Ángelo decide aplicar esa ley contra Claudio, que ha embarazado a su novia Julieta. Ante la posibilidad de que Claudio sea ejecutado en aplicación de tal ley, su hermana Isabel va a implorar la misericordia de la autoridad. Pero Ángelo se niega, arguyendo, con muy buenas razones, que la ley puede ser dura pero tiene que ser cumplida; y aun cuando no se ha aplicado a nadie en los últimos años, eso significa solamente que estaba dormida pero no muerta¹³. Este tipo de razonamiento nos suena muy familiar en las épocas actuales, a pesar de su perversidad intrínseca, debido a la influencia del positivismo: ninguna ley se deroga sino por otra ley; por consiguiente, el desuso es una situación de hecho y no de Derecho, por lo que una ley no pierde su vigencia formal aunque no haya sido aplicada en años. Todo esto nos suena muy moderno y aceptable desde el punto de vista de la teoría general que informa el Derecho actual.

Sin embargo, Isabel se va a encontrar con una sorpresa. Después de que el rigorista Ángelo ha insistido en que la ley que ordena la ejecución de Claudio está vigente y debe ser aplicada, éste le propone que perdona a su hermano si ella acepta hacer el amor con él. El duque, que disfrazado de monje se pasea por la ciudad y se ha enterado de todo esto, le dice a Isabel que acepte pero sólo para tender una trampa a Ángelo. En efecto, Isabel contesta a Ángelo que está de acuerdo, pero que tiene que ser a oscuras y rápido; y, en vez de ir ella a la cita, el duque envía a Mariana, que era una joven a quien Ángelo le había prometido matrimonio y no había cumplido. Al día siguiente, el duque hace su entrada pública en la ciudad, desenmascara a Ángelo y le advierte que ahora él ha incurrido en el mismo delito que Claudio, y además en corrupción de la justicia, por lo que debería ser sancionado. Finalmente, el duque perdona tanto a Claudio como a Ángelo a condición de que se casen con sus respectivas prometidas con las que han tenido relaciones sexuales.

El problema de la corrupción de la justicia es casi consubstancial al alma humana: el poder —y la administración de justicia es un poder— constituye una tentación demasiado grande para el abuso. Lamentablemente, la corrupción no es ajena a nuestra justicia de hoy en día en el Perú; y en los años pasados se han producido en el Perú casos bastante

¹³ *Ibidem*. Acto II, escena 2.

similares a la propuesta de Ángelo a Isabel. Pero esta pieza de teatro plantea otro gran problema más de fondo y que ha sido largamente discutido en la filosofía del Derecho: ¿pueden las leyes obligar a los hombres a ser buenos, dentro de la concepción del bien que tiene el legislador? O, dicho en otros términos, ¿puede la ley imponer lo que el legislador considera un bien si el pretendido beneficiario no lo considera así? ¿O es que quizá el Derecho debe limitarse a intervenir en los casos en los que la conducta de una persona atenta contra los derechos de otra?

John Stuart Mill, desde una posición liberal, plantea que, tratándose de personas mayores y con el discernimiento necesario, el Derecho no debe inmiscuirse cuando la conducta de tales personas no afecta los intereses de ninguna otra y se hace por su propio gusto: «En tales casos —dice— existe perfecta libertad para ejecutar la acción y afrontar sus consecuencias.»¹⁴ Y agrega: «Ni uno ni varios individuos están autorizados para decir a otra criatura humana de edad madura que no haga de su vida lo que más le convenga en vista de su propio beneficio.»¹⁵ Por eso, concluye: «La única finalidad por la cual puede el poder, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente.»¹⁶

El debate se encuentra abierto sobre el tema y la Literatura nos hace ver que no podemos soslayarlo porque sus consecuencias pueden ser gravísimas.

Pero, sin duda, la obra de Shakespeare que incide más profundamente en la naturaleza del Derecho es *El mercader de Venecia*. La historia es perfectamente conocida y sólo quisiera destacar ciertos aspectos que son muy significativos para la reflexión legal.

Antonio, que es rico mercader y armador veneciano, garantiza a su amigo Basanio frente al prestamista Shylock para que pueda obtener el dinero suficiente para pagar sus deudas y casarse con Porcia. Pero Shylock exige que la garantía consista en una libra de carne de Antonio, extraída de un lugar del cuerpo lo más cerca posible del corazón. Lamentablemente, los barcos de Antonio no regresan a tiempo de Oriente y, al vencerse el plazo, ni Basanio ni Antonio pueden pagar la deuda, por lo cual Shylock exige la libra de carne prometida. Antonio ofrece pagarle el doble del interés convenido si lo espera; lo que equivale a una tasa del 400%. Pero Shylock sostiene que las promesas deben cumplirse —*pacta*

¹⁴ John STUART MILL: *Sobre la libertad*. Alianza Editorial. Madrid, 1970, p. 154.

¹⁵ *Ibidem*, p. 155.

¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

sunt servanda— e insiste en la ejecución de la obligación alternativa. Convencidos de la legalidad de esta exigencia, todos le ruegan que cuando menos sea misericordioso, incluyendo el propio Dogo de Venecia. Pero Shylock no cede en los derechos que jurídicamente le corresponden.

En realidad, vale la pena señalar que Shylock es judío y que tanto Antonio como los otros cristianos han manifestado muchas veces su desprecio por los judíos. El propio Shylock da cuenta de ello, refiriéndose a Antonio: «Odio profesa a nuestro santo pueblo y se burla, aun en los sitios más frecuentados por los mercaderes, de mí y de mis pactos y mis provechos, que él llama usura. ¡Maldígame mi pueblo si lo perdono!»¹⁷. Y le dice a Antonio: «En el mismo Rialto me increpastes por mi manera de prestar dinero. Lo soporté encogiéndome de hombros, porque el sufrir es distintivo de mi raza... Vos que escupisteis en las barbas mías, que de vuestros umbrales a patadas me arrojáis como a can desconocido, dinero me pedís ahora.»¹⁸. Y en otra parte le dice también: «Tú me llamaste perro sin tener una razón para ello; pero si perro soy, cuídate de mis colmillos.»¹⁹. En general, la obra está llena de referencias a los judíos, ofensivas en términos raciales y culturales: el Dogo de Venecia no pide que comparezca el mercader sino que se haga traer al «judío»²⁰; y cuando le insta a ser más flexible, se refiere a su actitud como una «crueldad extraña», donde lo de extraño es claramente una referencia a su carácter de judío. Graciano, un amigo de Antonio y Basanio, lo llama siempre «bárbaro judío»²¹. Antonio hace notar: «Mira que estás arguyendo con el judío... De nada sirve suplicar a la marea que no avance, ni preguntar al lobo por qué se come al cordero y hace balar de pena a la oveja... porque lo más difícil es querer ablandar —nada hay tan duro— un corazón judío.»²². Y Shakespeare le hace decir a Shylock respecto a Antonio: «Lo odio porque es cristiano; pero aún más por prestar dinero gratis, con candidez estúpida, haciendo reducir la tasa de interés en Venecia.»²³.

De manera que, cuando el prestamista exige esta garantía aprovechando la necesidad de Basanio y de Antonio, de alguna manera está utilizando el contrato para vengarse de las afrentas recibidas; y quizá en el fondo quiere que éstos no cumplan con la obligación para exigir la libra de carne. Por eso algunos han llegado a decir que quizá Shylock no

¹⁷ William SHAKESPEARE: *El mercader de Venecia*. Acto I, escena 2.

¹⁸ *Ibidem*. Acto I, escena 3.

¹⁹ *Ibidem*. Acto III, escena 3.

²⁰ *Ibidem*. Acto IV, escena 1.

²¹ *Ibidem*. Acto IV, escena 1.

²² *Loc. cit.*

²³ *Loc. cit.*

es el villano de la obra como muchas veces se ha pretendido, sino, por el contrario, una víctima del antisemitismo, que se defiende, como todas las minorías lo hacen, amparándose en la garantía que proporciona la aplicación generalizada y estricta del Derecho. En todo caso, habría por parte de Shylock, cualquiera que fuera el motivo, el uso instrumental del Derecho para realizar otros fines que no son el mero equilibrio o la mera garantía de las prestaciones contractuales. Es posible que moderadamente hablaríamos de un abuso del Derecho.

No puedo dejar de expresar mi repudio por los prejuicios raciales y culturales que se plantean en esta pieza de teatro; pero en esta exposición quiero limitarme a tocar sólo los aspectos legales.

Hay, ante todo, un tema jurídico complejo que está vinculado a la doctrina de la autonomía de la voluntad contractual. Este tema se resume en los siguientes términos: ¿puede pactarse cualquier cosa en un contrato o existen ciertos límites en función de la moral, las buenas costumbres y el orden público? El Derecho peruano actual niega la disposición onerosa por vía contractual, de órganos o partes del cuerpo humano: un contrato en tal sentido es simplemente nulo. Probablemente, ninguna legislación occidental, ni en tiempos de Shakespeare ni en ningún otro tiempo, hubiera admitido una garantía semejante. Es así como se ha dicho que Shakespeare ha creado una situación jurídicamente imposible.

Sin embargo, eso no tiene importancia, porque, como hemos dicho, la Literatura plantea los grandes temas del Derecho sin tecnicismos profesionales. Por consiguiente, si lo que Shakespeare quería tratar —como personalmente pienso— era más bien el problema de la justicia frente a la interpretación de la ley, lo que le interesaba era buscar una situación marcadamente dramática que provocara la tensión necesaria para desarrollar teatralmente su idea; y para eso podía recurrir a cualquier cosa, aunque desde un punto de vista técnico no fuera legalmente válido. En el fondo, esa libra de carne humana es una metáfora literaria: podría haber sido ese dinero indispensable para evitar que sus hijos se mueran de hambre o el importe necesario para curar a su esposa de una grave enfermedad, o cualquier otro bien que se torne dramático por las circunstancias. La libra de carne constituye el puente de enlace entre la Literatura y el Derecho, que no distorsiona el Derecho sino que hace más patentes esas otras situaciones profundas de la aplicación de la ley sobre las que Shakespeare quisiera que el espectador reflexionara.

Para mí, el verdadero problema en cuestión es el que se refiere a la concepción formalista del Derecho, puesta en carne viva a la luz de una historia sobre la forma de administrar justicia y ejecutar una obligación contractual.

Notemos, en primer lugar, la insistencia en ese carácter formalista del Derecho y en la importancia de la seguridad jurídica que el formalismo pretende realizar. Una observación, que es muy interesante y sobre la cual regresaremos, es que nadie en la obra pone en duda que el Derecho tiene que ser formalista, nadie pretende que el Derecho pueda ser otra cosa: incluso la autoridad no es capaz de ejercer su poder para liberar a Antonio de su promesa.

Shakespeare desarrolla muy bien la necesidad de respetar el texto de la ley y la palabra dada en un contrato. Ciertamente, Shylock insiste siempre en ello: «Yo exijo el cumplimiento de la ley; la pena como quedó pactada en mi escritura.»²⁴ Y cuando Porcia le sugiere que contrate un médico para que Antonio no se desangre, Shylock replica ateniéndose estrictamente al tenor del compromiso: «¿Está eso pactado en el contrato?» «No –le contesta Porcia–, pero podrías hacerlo por caridad.» Y Shylock replica: «No puedo encontrar la caridad en el texto del contrato; por tanto, no estoy obligado.»²⁵ A su vez, Graciano se queja de las leyes, pero admite que ése es el derecho de Shylock, que no puede ser desconocido: «¡Malditas leyes que vivir te dejan!», le dice²⁶. Basanio, por su parte, le pide a Porcia –disfrazada de juez– que tuerza por una vez la ley, ya que ello significaría hacer un bien muy grande a costa de un mal pequeño; pero ella, con plena conciencia de su papel de juez, contesta: «No es posible. Poder no hay en Venecia para alterar las leyes que nos rigen. Una excepción se podría aducir después como precedente; y con ese ejemplo el Estado cometería muchos errores.»²⁷ Y ella reconoce a Shylock que su derecho es jurídicamente exigible: «Un litigio seguís de índole extraña. Pero es tal que las leyes de Venecia vuestros derechos impugnar no pueden... Pues la ley, en su espíritu y su letra, prescribe que la multa estipulada en la escritura es fuerza que se pague.»²⁸

El mismo Antonio, quien va a sufrir la ejecución de la garantía, admite que la ley es la ley y que los pactos deben cumplirse. Y su razonamiento es muy interesante porque es absolutamente moderno, ya que se basa en la necesidad de seguridad jurídica para el comercio, como lo plantearía Max Weber muchos siglos más tarde. No olvidemos que Venecia es una ciudad eminentemente comercial; y por ello Antonio reconoce que: «El Dogo no puede alterar el cumplimiento de la ley:

²⁴ *Ibidem.* Acto IV, escena 1.

²⁵ *Ibidem.* Acto IV, escena 1.

²⁶ *Loc. cit.*

²⁷ *Loc. cit.*

²⁸ *Loc. cit.*

dado que los extranjeros siempre han encontrado que Venecia es un lugar para hacer negocios; si se denegara la aplicación de la ley, ello afectaría la política del Estado, porque el comercio y ganancia de esta ciudad depende de todas las naciones»²⁹: un judío era un extranjero porque no podía ser ciudadano veneciano; pero sus derechos tenían que ser respetados igual que los de un veneciano.

Aparentemente, el problema no tiene solución favorable: en cumplimiento de la ley y del contrato, Antonio debe perder su libra de carne y con ella quizá su vida. Sin embargo, Shakespeare va a encontrar un camino para salir del *impasse* sin afectar la noción formalista del Derecho. Porcia, la prometida de Basanio, se disfraza de juez y aparece en Venecia como si hubiese sido enviada por un famoso jurista de Padua; y, con gran inteligencia, Porcia utilizará el propio rigor legal para salvar a Antonio, llegando a voltear la situación y convertir a Shylock de acreedor en deudor, y de persona que ejerce un derecho a persona que comete un delito. Su argumento consistirá en afirmar que Shylock tiene derecho a cortar la libra de carne, pero, como el contrato sólo habla de carne, no puede derramar ni una gota de sangre. E incluso llega a la conclusión de que, como ello no es posible y necesariamente Antonio morirá, Shylock al insistir en la garantía esta premeditando un asesinato. De esta manera, Antonio queda liberado de su obligación y Shylock resulta sancionado por la ley.

Muchos comentaristas han interpretado *El mercader de Venecia* como una apología de la equidad frente al rigor del Derecho: las leyes formales pueden resultar injustas si no son atemperadas por la equidad. De modo que, de acuerdo a este planteamiento, la equidad se encontraría más cercana a la justicia, mientras que la ley sería una suerte de trampa escrita en la que fácilmente puede perderse la justicia. La obra de Shakespeare consistiría, entonces, en un ataque fácil al legalismo.

Sin embargo, esa interpretación no me parece consistente y pienso que Shakespeare ha sido mucho más sutil; conocía más de Derecho y era mucho más ponderado que sus comentaristas. En verdad, como antes he mencionado, Shakespeare no deja de ver que la aplicación estricta de la ley es de alguna manera fundamental para que los fines del Derecho puedan ser cumplidos y para que la propia justicia pueda ser servida. Sostener simplistamente la justicia frente a la positividad, la equidad frente al razonamiento jurídico riguroso, es acabar con el Derecho; porque el Derecho implica coherencia, implica generalidad en su aplicación, a fin de proporcionar seguridad. Y dentro del razonamiento de la

²⁹ *Ibidem*. Acto III, escena 3.

solución de Porcia no hay una consideración de justicia, de humanidad o de equidad, sino más bien una aplicación hipertécnica de las leyes positivas.

A mi modo de ver, Shakespeare ha representado en esta pieza de teatro el dilema fundamental que estructura el Derecho y que está constituido por esa antinomia entre la seguridad y la justicia, entre el orden establecido y la adaptación a las circunstancias, entre lo general y lo particular, entre la necesidad de una disciplina en la interpretación de las leyes –que respete la naturaleza sistémica del Derecho– y, de otro lado, la capacidad de abrir la ley y el pacto a través de la interpretación para dar cabida a ciertos valores sociales. Shakespeare no menosprecia en la obra ninguno de estos elementos aparentemente opuestos: ni el rigor legalista ni la imaginación. El menosprecio del rigor traería consigo el caos; el menosprecio de la imaginación creadora y adaptativa traería consigo la injusticia. En consecuencia, es preciso ser creativo dentro del orden; hay que hacer valer la justicia sin abandonar el texto de la ley o del contrato; hay que buscar el bien en lo particular sin perder de vista el bien en general. Y es así como Shakespeare orienta la solución del caso: utilizará el texto contra el texto; no abandonará el texto sino que hará uso –quizá un poco caricaturescamente– de la interpretación.

Shakespeare quiere decirnos que aun el texto más claro exige interpretaciones. El contrato hablaba de una libra de carne cerca del corazón. Pero ¿significa esto que está o no permitido derramar sangre? En realidad, hay dos lecturas posibles. De un lado, puede decirse que para cortar una libra de carne hay que derramar sangre; por lo que ese pacto incluía tácitamente el pacto de la sangre. Sin embargo, puede decirse también que el pacto se refiere solamente a carne, y que, como tomar carne sin derramar sangre es imposible, el pacto es nulo. Cada uno de los que interviene en el problema jurídico hará una interpretación.

Definitivamente, no estamos ante el triunfo de la equidad –como excepción o recurso extraordinario– sobre la justicia legal: la «misericordia» no es admitida. Se trata, más bien, del «uso estratégico» de las normas legales y contractuales dentro de un Derecho concebido como una guerra reglamentada de intereses, valores y puntos de vista.

En el siglo XX, con la crisis de la modernidad y el anuncio de una postmodernidad todavía indefinida, sobreviene también una crisis del Derecho. Este fenómeno social que había ganado su autonomía en el siglo XVI y que había sido la piedra angular de la sociedad occidental, aparentemente se desvincula a tal punto del resto de los procesos sociales, que es visto como una amenaza existencial antes que como la forma de garantizar la libertad y de estructurar la vida social. Posiblemente, las dos novelas más significativas en este sentido son *El proceso* de Kafka y *El*

extranjero de Camus.

En *El proceso*, Joseph K., un exitoso empleado de banco, es un día detenido en su domicilio por unos presuntos policías. Pregunta la razón de su arresto, pero nadie le da una respuesta. Lo llevan a un tribunal, lo juzgan inmisericordemente por un crimen que no sabe cuál es, se presentan testigos de hechos que él mismo ignora, queda en libertad provisional pero le advierten que en cualquier momento lo llamarán de nuevo, que en todo momento está siendo observado. Contrata un abogado famoso. Éste le dice que tiene información que viene del interior del propio tribunal sobre el proceso y sobre los jueces, pero que no se la puede decir porque es confidencial. El juicio sigue de manera escrupulosamente cruel y todos sus alucinantes pasos van siendo descritos con una nitidez que provoca escalofríos; pero, al mismo tiempo, hay una bruma general que rodea el proceso porque Joseph K. no tiene la más mínima idea del cargo por el cual se le acusa ni ante qué tipo de tribunal se encuentra. Finalmente es ejecutado en la ignorancia.

La novela se presenta como una angustiada denuncia contra el Derecho como instrumento de opresión y de intimidación del ciudadano individual, como forma de dominación que utiliza el secreto, la trampa, la intimidación, para someter al hombre a los dictados de la sociedad; denuncia tanto más grave si se tiene en cuenta que Kafka fue abogado. Muchas veces se ha dicho que *El proceso* es la protesta de Kafka contra el totalitarismo; y se propone que este autor se anticipó de alguna manera a las dictaduras del fascismo y del comunismo. Pero, aun cuando esa interpretación es válida a un cierto nivel, es preciso hacerle una corrección importante, o cuando menos una ampliación fundamental. Hay que tener en cuenta que esos policías, esos jueces, ese proceso al que se somete a Joseph K., no aparecen como vinculados al Estado: los policías visten de civil, el tribunal funciona en una perdida casa de vecindad, los jueces parecen más bien miembros de una organización secreta. Por eso, Joseph K. se pregunta: «¿Quiénes son estos hombres? ¿Qué autoridad representan?». Y es que, en el fondo, *El proceso* utiliza el Derecho para mostrar terrores mucho más primitivos y más inescapables que los de la tiranía política: es una visión angustiada, no del ciudadano sino del hombre a secas, como un ser que camina a oscuras por la vida, al cual le suceden cosas que no puede controlar, que pregunta y que no obtiene respuesta. Hay quizá una doble metáfora en todo esto: Kafka está utilizando el Derecho como metáfora de la tiranía social; pero a su vez usa la tiranía social y la política como metáfora de esa tiranía existencial del mundo y de los otros sobre la subjetividad de cada persona.

Por su parte, *El extranjero* de Camus resulta una de las novelas más corrosivas y cáusticas contra el Derecho, no porque lo enfrente, sino

porque lo ignora, porque le quita fuerza a sus decisiones desde el momento en que el castigado no se siente castigado ya que le es igual que lo castiguen o no.

Mersault, el reo, es una persona totalmente neutra, que se compromete a casarse con una mujer reconociendo que hubiera podido comprometerse con cualquier otra, que mata sin estar muy seguro de la razón por la que lo hace y que, en general, adopta una indiferencia absoluta frente al mundo. Se le sigue un proceso judicial, pero no le importa mucho el resultado: que la sociedad lo mate, igualmente, a él como castigo de su crimen o que lo declaren inocente por haber sido legítima defensa, le es igual. En el fondo, el juicio que se le sigue es una farsa y Mersault va a ser sancionado, no por haber matado a una persona sino porque no se le entiende, porque es una persona totalmente ajena a los valores imperantes, porque es un extranjero en el sentido más total del término. De esta manera, la justicia aparece como una maquinaria de reforzamiento de los valores del grupo y de exclusión profiláctica de aquel que pudiera ser percibido como distinto, original, independiente: el Derecho, en vez de asegurar la autonomía individual, es una de las formas de opresión y de homogenización social, de destrucción de la individualidad.

Mersault tiene todas las características para inspirar el rechazo del lector, porque no es tampoco el individualista creador que se opone revolucionariamente a los valores establecidos sino que se limita a ejercer una resistencia inerte y gris, carente de sentimientos y de remordimiento. Pero lo extraordinario es que, a pesar de ello, Camus ha logrado que el lector adopte el partido del criminal y que más bien condene al juez y a la sociedad. Esta novela representa el rechazo más radical de la imposición de los valores establecidos, porque no se basa en la afirmación de otros valores: no es ni siquiera una negación militante, sino la mera neutralidad. La imposición es considerada opresiva sólo porque es imposición, cualquiera que sea su contenido. Mersault se convierte de criminal en víctima; y la sociedad, los jueces, el Derecho, que lo condenan a muerte, pasan a ser los asesinos.

Para Mersault, el fiscal que acusa y el abogado que lo defiende no son sino variantes de una misma posición absolutamente ajena a lo que él mismo siente y a los hechos como él los vive. Ve el juicio como un juego extraño dentro del cual él mismo no es una persona sino un mero objeto de discusión: el proceso judicial es descrito como un sistema cerrado de razonamiento, con sus tópicos, sus ritos, sus prejuicios, que excluye toda intervención auténtica del propio reo. Y si bien en algunos momentos Mersault tiene la tentación de abandonar su indiferencia y defenderse, pronto se da cuenta de que no vale la pena. Dice: «En cierto modo,

parecían tratar el asunto prescindiendo de mí. Todo se desarrollaba sin mi intervención. Mi suerte se decidía sin pedir mi opinión. De vez en cuando tenía deseos de interrumpir a todos y decir: “Pero al fin y al cabo, ¿quien es el acusado? Es importante ser el acusado. Y yo tengo algo que decir.” Pero, pensándolo bien, no tenía nada que decir.»³⁰

El Derecho también ha sido un tema dentro de la Literatura peruana. Sin embargo, no es tratado como una de las dimensiones de toda vida social ni cuestionado en su esencia misma, sino visto desde la perspectiva de considerarlo como una forma de explotación de los poderosos sobre los débiles: usualmente la Literatura peruana no se aproxima al Derecho desde la filosofía sino desde la sociología. Es por eso que, salvo raras excepciones, el Derecho aparece fundamentalmente en contextos campesinos y casi diría indios. Los autores describen la forma como los jueces se pliegan a los patronos y a los terratenientes para contribuir al despojo del hombre humilde del campo.

Uno de los textos clásicos en ese sentido es *El mundo es ancho y ajeno*, de Ciro Alegría. En una de sus páginas, el anciano Chauqui advierte a los demás comuneros sobre cómo los gamonales les arrebatan sus tierras a las comunidades y después se justifican con la ley y el Derecho: «¡La ley, el derecho! ¿Qué sabemos de eso? Cuando un hacendado habla de derecho es que algo está torcido; y si existe ley es sólo la que sirve pá fregarnos. Ojalá que a ninguno de los hacendados que hay por los linderos de Rumi se le ocurra sacar la ley. ¡Comuneros, témanle más que a la peste!» Y refiriéndose al comunero Rosendo Maqui, dice Ciro Alegría: «¿Qué significaba la justicia? ¿Qué significaba la ley? Siempre las despreció por conocerlas a través de abusos y de impuestos: despojos, multas, recaudaciones.»

En *Yawar Fiesta*, de Arguedas, no son los terratenientes de Lima quienes explotan a los indios con la ayuda del Derecho, sino los *mistis*, los mestizos que han logrado ocupar cargos de principales en el pueblo: «Año tras año, los principales fueron sacando papeles, documentos de toda clase, diciendo que eran dueños de este manantial, de este echadero, de las pampas más buenas de pasto y más próximas al pueblo.» El juez se encargaba, luego, de consagrar públicamente este despojo, explicando en quechua a los indios lo que resultaba inexplicable en justicia: «Con la ley ha probado ser dueño. Ahora puede hacer lo que quiera con sus tierras.» Y si alguno protesta, al igual que a Rosendo Maqui de *El mundo es ancho y ajeno*, se le abre instrucción y se le mete preso por cuatrero o invasor de tierras.

³⁰ Albert CAMUS: *El extranjero*. Cap. IV.

El juez y el «tinterillo» son dos personajes claves de la novela indigenista peruana. El primero es usualmente un hombre que oscila entre la debilidad y la prepotencia: debilidad frente al poderoso y prepotencia frente al débil. El «tinterillo» tiene una posición más ambigua y complicada. El «tinterillo» no es usualmente un abogado, pero funge como tal. Tiene un amplio contacto con ese misterioso mundo del Derecho occidental, pero está suficientemente cerca del comunero como para que éste pueda contratarlo profesionalmente. De esta manera, el «tinterillo» ayuda al campesino, pero, al mismo tiempo, lo explota porque le pide constantemente dinero. Por otra parte, ese «tinterillo», a cambio de favores económicos o sociales, puede ponerse del lado del terrateniente y traicionar al campesino. El tinterillo es una suerte de «desclasado» voluntario, que juega en cualquier sentido, según le convenga; pero que, al mismo tiempo, resulta una pieza clave para el acceso del indio a la justicia occidental.

Son raras las obras literarias peruanas ambientadas en las ciudades que incorporen el Derecho o la administración de justicia como parte de la trama. Y en algunos de estos casos, no se trata sino de transposiciones urbanas de la perspectiva sociológica-indigenista, como en *Al pie del acantilado*, un cuento de Julio Ramón Ribeyro, donde los invasores de un terreno del Estado son instruidos por el juez para que abandonen sus precarias casas y se vayan a vivir donde puedan porque legalmente procede su desalojo; o en *Cambio de guardia*, otro cuento del mismo autor, donde el juez del trabajo es abordado en todas las formas por los empresarios para que resuelva en contra de los obreros.

III La Literatura como forma de conocimiento

Quisiera concluir planteando como tesis que la Literatura no es un mero pasatiempo, no es un entretenimiento ocioso y ni aún siquiera un mero goce estético, siendo ya esto último muy importante: es también una forma diferente de conocimiento, una perspectiva única sobre la realidad.

En verdad, la Literatura moviliza no sólo la razón, sino también la imaginación y los sentimientos, lo que permite dar una visión menos rigurosa pero más cálida de las cosas: lo que se pierde en capacidad analítica se gana en poder de síntesis y en profundización del sentimiento. La Literatura no analiza el mundo, no lo convierte en cadáver para diseccionarlo con ayuda del bisturí de la razón, sino que lo siente empáticamente y nos lo presenta como un hecho vivo; nos invita a participar de él con todo nuestro ser. De alguna manera, el arte logra realizar esa unión del *logos* y del *eros*, que quería Platón.

De esta forma, la Literatura nos dice cosas sobre el Derecho que no sería posible conocer de otra manera: viéndolo desde fuera, la Literatura nos entrega una visión viva del Derecho; frente a una consideración técnica y fría del Derecho, visto desde el propio Derecho, la Literatura lo captura para devolvérselo con más carne, con más humanidad.

Alguien ha dicho que sucede muchas veces que hay tanto Derecho que no queda lugar para la justicia; y que las personas perecen de arbitrariedad en medio de la razón, al igual como los marineros perecen de sed en medio del agua. Pienso que la perspectiva literaria puede contribuir a devolvernos el equilibrio y crear en los abogados la necesidad de guardar un espacio para la justicia en medio de la acumulación de códigos y leyes que usualmente tenemos en el desván de nuestra mente.

La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia¹

Mirva ARANDA, Patricia FLÓREZ, Carmen GUTIÉRREZ,
Vanessa LUYO y Flor de María VALDEZ

Introducción

El grupo social elegido es el asentamiento humano Sagrada Familia. El trabajo pretende analizar el problema de la tenencia de la tierra y su particular relevancia no sólo por los efectos concretos que causa en la ecología, sino además por su repercusión en la organización del grupo social.

Las razones que nos llevaron a elegir el asentamiento humano como grupo de estudio fueron las de encontrar en él una compleja y variada gama de relaciones humanas, y porque a pesar de su continua referencia diaria muy poco es lo que en realidad cada uno de nosotros había podido palpar en forma directa.

Otro de los motivos que nos llevó a la elección de este grupo social fue considerar que es en él donde se puede ver con más claridad las diferencias con el Derecho oficial; ello por existir respuestas espontáneas e inmediatas del pueblo frente a la necesidad, respuestas que pretenden salvar las deficiencias y los vacíos de un sistema que tal vez no les alcanza.

Realizamos distintos trabajos de campo, pero la característica de este pueblo que de inmediato llamó nuestra atención fue el hecho de encontrarse en una zona ecológica: los Pantanos de Villa.

El asentamiento humano se formó producto de una invasión sobre la zona pantanosa y sobre un sector de chacras, zona que luego fue rellenada hasta tres metros de altura, ocasionando con ello un desplazamiento de los pantanos.

¹ Este trabajo ocupó el primer puesto en la categoría «A» del I Concurso de Investigación sobre Derecho y Realidad convocado en setiembre de 1995 por nuestra facultad, para promover la investigación entre los alumnos.

El problema de la tenencia de la tierra en este asentamiento humano nos hacía vislumbrar características peculiares, y a pesar de que en un principio mientras más profundizábamos en nuestras entrevistas más nos desconcertábamos y confundíamos, al final creemos que podemos decir con satisfacción que no nos equivocamos al escoger este grupo social y el tema en particular.

Además podíamos vislumbrar un conflicto jurídico respecto a la propiedad de la tierra, un conflicto entre la realidad de la ocupación de esas tierras y la zona ecológica que se supone el Derecho debe tutelar.

Pretendemos con este trabajo hacer un pequeño aporte para que se tome conciencia de que estos grupos llamados «marginales» pueden ser reflejo concreto de lo que sucede en muchas partes del país, pues los asentamientos humanos involucran un sector bastante importante de la sociedad.

1 El asentamiento humano Sagrada Familia

1.1 Ubicación geográfica

1.1.1 Ubicación

El asentamiento humano Sagrada Familia se encuentra ubicado en el kilómetro 18,5 de la antigua carretera Panamericana Sur, en el distrito de Chorrillos. Ocupa una extensión aproximada de 42 000 metros cuadrados.

1.1.2 Relación con la zona ecológica de los Pantanos de Villa

Una de las características peculiares del asentamiento humano en estudio es que se encuentra asentado en una parte de la zona ecológica de los Pantanos de Villa, característica que influirá decisivamente en su organización, como veremos más adelante.

Los Pantanos de Villa constituyen el único foco ecológico que queda al sur de Lima, donde diversidad de aves llegan migrando de lugares lejanos para poder reposar luego de un largo viaje. Sin embargo, cada vez lo encuentran más disminuido debido a los rellenos hechos por parte de los pobladores y de terceros dueños de áreas que antes no se encontraban dentro de la zona ecológica —circunstancia que luego detallaremos—, producto de la invasión.

El asentamiento humano Sagrada Familia invadió un sector principal de los Pantanos en el año 1987. Sin embargo, dicha zona fue decla-

rada reserva posteriormente, en el año 1989, según resolución ministerial 00144. De allí el conflicto entre el Estado, los pobladores y un tercero, quienes se sienten dueños.

1.2 Antecedentes

1.2.1 Circunstancias de la invasión

Hace aproximadamente ocho años los Pantanos de Villa colindaban con algunas urbanizaciones hacia el noroeste y con campos de cultivos en el noreste.

Dichos campos de cultivos (maíz y camote), propiedad del Sr. Gran, abarcaban desde el final de los Pantanos, a la altura de la primera zona de Las Delicias, hasta lo que se conoce como «la Curva».

Todos estos terrenos de cultivo, más una porción de los propios Pantanos (lo que ahora es Sagrada Familia), fueron invadidos el mismo día, el 18 de enero de 1987, en horas de la noche (como suelen suceder las invasiones).

La invasión fue iniciativa de unos cuantos, a quienes se acoplaron todos los que se enteraron. No fue una organización de grupos vinculados por algún motivo especial; simplemente se dio la oportunidad y participaron todos los que pudieron.

Al respecto nos cuenta el Sr. Velásquez, subsecretario general de Sagrada Familia:

«fue una casualidad, porque el que le habla, yo, me iba a mi trabajo a las nueve de la mañana y vi la invasión de la gente; agarraban sus esteras, algunos con sus palitos, con sus piedras y empezaron a ubicarse desordenadamente, y luego ahí interviní; también me ubiqué».

Respecto a la razón de haberse ubicado en una zona tan difícil, los pobladores señalaron que en la invasión no se escoge; simplemente se da la oportunidad de un sitio apropiado y hay que aprovecharla, y el principal motivo que los lleva a ello es la necesidad de tener un sitio donde vivir.

1.2.2 Consecuencias de la invasión en la ecología

Dado que el terreno invadido constituía parte de la zona ecológica de los Pantanos de Villa, la invasión generó graves efectos en el sistema ecológico de esa zona.

En el lugar en que se ubicó Sagrada Familia había un «ojo de agua» que surtía toda la zona que era pantanosa, cubierta con una densa vegetación.

Al ser cubierto este terreno con el relleno, el agua –literalmente– se trasladó al otro lado de la pista (antigua Panamericana Sur), a la parte constituida por terrenos de propiedad privada.

Esto produjo un fenómeno especial, por el cual lo que antes era pantano fue rellenado y ocupado por Sagrada Familia y una parte no rellenada quedó seca, sin agua, sin vegetación. La zona del otro lado de la pista, que era de propiedad privada, se inundó; incluso algunas casas quedaron en medio del agua.

Los pobladores de Sagrada Familia son conscientes de que se encuentran en una zona ecológica, como pudimos comprobar en nuestras entrevistas, pero intentan justificarse diciendo que a veces la necesidad obliga.

El Sr. Velásquez señala, como para reivindicarse, lo siguiente:

«nosotros somos como parte, más claro, como los guardianes [de los pantanos]; ya no aceptamos más invasiones y más allá lo vamos a cuidar. Ése es el acuerdo que hemos entrado, porque qué parecería que vamos a seguir aceptando a los invasores; nos perjudicaría a nosotros».

El acuerdo del que habla el dirigente supuestamente es con el propio INRENA (Instituto de Recursos Naturales); sin embargo no nos quiso dar mayor detalle al respecto.

Los pobladores eran conscientes de que invadían una zona ecológica; sin embargo, al ser confrontado esto con una necesidad básica como la vivienda se ven forzados a pasar eso por alto.

Por otro lado, esa misma necesidad fundamental es la que los lleva a rechazar a nuevos invasores, quienes los perjudicarían. A pesar de que estos nuevos invasores tienen la misma necesidad, sin embargo esto se ve confrontado ahora con la necesidad de conservar lo que con tanto esfuerzo han conseguido, dejando de lado tal vez un espíritu de solidaridad.

1.2.3 Organización inicial

La circunstancia de haberse instalado en un terreno pantanoso significó que los primeros momentos fueran muy duros, vividos en condiciones muy precarias, sobre todo por la insalubridad del terreno, aparte del temor que tenían de ser desalojados de un momento a otro.

La peculiaridad del terreno supuso una organización inicial bastante peculiar destinada a superarla. Tardaron un año para empezar a rellenar. Durante ese tiempo no todos vivían en el terreno; estaban en casas de parientes y amigos, de donde iban a cuidar su terreno.

Más adelante veremos que los pobladores provenían en su mayoría de pueblos aledaños, lo que facilitaba el cuidado del terreno.

El Sr. Velásquez señaló al respecto:

«cuando uno invade, no vive inmediatamente, porque no está seguro si viene el desalojo [...] entonces pasaron por ese año para poder rellenar».

Para resolver los múltiples problemas iniciales se hacía necesario decisiones rápidas, por lo cual se organizaron en base a asambleas generales que se realizaban cada 24 horas.

El Sr. Velásquez nos cuenta que la invasión que se había hecho el 18 de diciembre era muy extensa. Entonces:

«[...] había algunas personas jóvenes que estaban preparadas, y ellos decían: bueno, ya vamos poniendo sector, sectorizando de esta parte más o menos, vamos a decir cien metros, un pueblito, de allí en adelante otro pueblo y ya de allí se ponen los nombres».

Es así como en un principio se diferencian los pueblos, independiéndose cada cual y adquiriendo su propia organización de acuerdo a sus características particulares.

Y así fue como dividieron lo que ahora es Sagrada Familia, Indonesia, Villa Municipal, Villa Mercedes (que fueron desalojados), Navidad de Villa, etc.

Respecto al nombre de «Sagrada Familia», se debió a la presencia de un padre que llegó a los dos días de la invasión y que los bautizó así.

1.3 Características

1.3.1 Características de los pobladores

1.3.1.1 Origen y características demográficas

De las encuestas y conversaciones efectuadas en el asentamiento humano Sagrada Familia podemos decir que su población está formada esencialmente por migrantes que antes de invadir este terreno no se conocían entre sí.

Según se nos informó, su población proviene de otras zonas urbano-marginales como Campoy, Ciudad de Dios, Villa el Salvador y del asentamiento Delicias de Villa (Chorrillos), de donde proviene más del sesenta por ciento.

Es decir, no había ningún vínculo entre ellos anterior a la invasión, más que un interés común: la necesidad de vivienda. Ocuparon ese terreno porque ya los demás habían sido invadidos.

De los datos de la encuesta realizada podemos ver que hay una alta densidad demográfica, pues en cada lote habitan en promedio seis personas, habiendo encontrado hogares de hasta 12 personas.

En la mayoría de los casos son familias nucleares. Por lo general primero invadió una pareja con sus hijos y luego han pasado la voz a otros parientes o familiares, pero cada cual vive en su respectivo lote.

Otra característica de este pueblo es que se trata de una población joven. En cada hogar, sesenta por ciento, en promedio, son menores de edad, y de ellos el 80% asiste a algún colegio.

1.3.1.2 Situación económica

Otra de las características de los pobladores es su precaria situación económica. Tienen un nivel bajo de ingresos. Se presentan casos de pobreza extrema. No hay gran cantidad de desocupados; sin embargo, un porcentaje considerable se encuentra subempleado o se dedica a hacer cachuelos.

En cuanto a los que trabajan fuera de Chorrillos, la mayoría lo hace en condición de empleados u obreros.

No encontramos actividades económicas que proporcionen a sus habitantes posibilidades de empleo independiente, como podría ser en talleres, fábricas, etc. Salvo algunas pequeñas tiendas y un mercadillo, la actividad comercial no existe.

Sin embargo, como parte de una organización espontánea que surge del comedor popular, esporádicamente se crean talleres, como lo explicaremos en la parte pertinente.

1.3.1.3 Fiesta comunal

Un rasgo propio de este pueblo es que cada 18 de enero los pobladores de Sagrada Familia celebran su aniversario. En asamblea se nombra una comisión cuyo único fin será organizar la fiesta; en ella se realiza una actividad (pollada, rifa, etc.) en la que deben participar todos los pobladores, la cual es aprovechada para sacar fondos. El Sr. Velásquez nos comenta que para ellos es importante celebrar esta fiesta, porque:

«ese día es en que se formó el pueblo; ese día nos conocimos todos y debemos celebrar el aniversario, como un cumpleaños».

1.3.2 Organización

1.3.2.1 *Dirigencia poblacional: un solo objetivo*

La organización comunal de Sagrada Familia cuenta con dos órganos: la junta directiva y la asamblea.

La asamblea está formada por los 170 socios y se reúne actualmente cada mes o cada dos meses para tratar asuntos concernientes a toda la población, aunque la asistencia a las asambleas ha disminuido según nos informan los dirigentes.

Esta asamblea es la que toma las decisiones, en principio, y puede ser convocada ordinaria o extraordinariamente en casos de urgencia. Se realiza en el local comunal con que cuentan en la parte central del asentamiento. Los estatutos contemplan una sanción en forma de multa, por inasistencia.

La junta directiva es la que representa al pueblo; se elige cada dos años, de acuerdo al estatuto que fue elaborado a los cuatro o cinco meses de la invasión.

La primera junta se eligió a los nueve días de la invasión y fue la que realizó las primeras acciones. Su objetivo era lotizar y rellenar todas las calles y conseguir luz y agua con carácter provisional.

La junta cuenta con los siguientes cargos según estatutos: secretario general, subsecretario general, secretario de actas, secretario de organización, tesorero, fiscal, dos vocales, secretario de prensa y propaganda, secretario de cultura y asistente social.

Respecto a la elección, se realiza en asamblea, con propuestas de los asistentes y votación a mano alzada. Actualmente la junta directiva tiene un solo objetivo, como nos dice el subsecretario general, Sr. Velásquez:

«nuestro principal objetivo es el saneamiento físico-legal, porque teniendo eso nos faculta a tener, más fácil, préstamos o inversiones».

La población, por su parte, espera de la junta directiva que se encargue de obtener el título, como cuestión principal, y de hacer gestiones para conseguir los servicios, como cuestión secundaria o complementaria, según nos dijo un encuestado, el Sr. Nilo.

Hasta hace unos dos años sus objetivos eran más amplios, pero al complicarse la situación del terreno fueron dejando de lado otras preocupaciones para dedicarse únicamente a las gestiones relacionadas con éste.

Entre otras cosas, nos comentaron que antes tenían rondas para protegerse de la delincuencia debido a la falta de protección policial, sobre todo por los frecuentes robos. Al respecto consideran que a un ladrón se le puede perdonar una vez, pero si reincide se le debe dar una buena paliza, «un buen golpe».

Otras actividades que han dejado de la lado son las culturales y deportivas, que antes se llevaban a cabo. La junta ha dejado de lado todo por resolver su principal problema: el saneamiento físico-legal del terreno, y por eso todos los fondos que se obtienen actualmente se destinan a gastos administrativos, como los provenientes de multas y cuotas administrativas. De sus gastos administrativos destinan una cantidad para abogados.

Este problema de la propiedad del terreno, el cual en un inicio creían era del Estado y luego se ha complicado con la aparición de un dueño, ha obligado a los dirigentes a compenetrarse con el mundo legal, lo que es ajeno para los pobladores.

Actualmente la junta directiva se encuentra totalmente avocada a gestiones ante el INRENA y la Municipalidad de Lima, además del juicio con el supuesto dueño del terreno.

1.3.2.2 Organizaciones sociales de base

Aparte de la organización central de la junta directiva y las asambleas, y como una respuesta a las necesidades más elementales de la población, se han formado dos tipos de organizaciones sociales de base: comedores populares y comités de vaso de leche, que son independientes, en su funcionamiento y organización, de la junta directiva.

Existen dos comedores en todo el asentamiento humano: el parroquial y el del club de madres. Ambos comedores tratan de cubrir las necesidades alimenticias, enfrentándose con muchos problemas.

Por ejemplo: el comedor del club de madres no cuenta con ayuda; sólo una provisional de PRONAA, ya que no cumplen con el requisito numérico que otras entidades exigen.

Pero lo más importante es el rol de la mujer, porque es ella la principal propulsora de estos comedores. El comedor popular tiene 30 socias activas que cocinan un promedio de 100 menús diarios, enfrentándose creativamente a la crisis y superando los obstáculos (como la falta de agua para cocinar).

Existe un solo comité del vaso de leche en todo el asentamiento humano, destinado principalmente a los niños.

En estas organizaciones sociales de base resalta un sentido de solidaridad, pues además de servir a sus miembros están siempre dispuestos a dar ayuda a personas necesitadas.

La Sra. Teresa (presidenta del comedor del club de madres), nos dice:

«[...] damos ayuda a dos personas y a un niño huérfano; a esas personas les damos porque son ancianas. Antes dábamos también a madres solteras pero hemos visto en una reunión que ellas pueden trabajar, beneficiarse recibiendo cinco menús gratis, porque, si no, se acostumbran».

No toda la población se beneficia de estas organizaciones. Para el comedor, quienes desean menú deben inscribirse diariamente, y para el vaso de leche deben pagar semanalmente para beneficiarse.

1.3.2.3 Organización espontánea

Ante la incapacidad de la junta directiva para satisfacer las necesidades del pueblo, debido a su obsesión por lograr el saneamiento físico-legal, que le ha hecho perder de vista otros aspectos también importantes, surge una organización espontánea. Esta organización espontánea surge tanto del pueblo como de los comedores, en especial del comedor del club de madres. Y son otra vez las mujeres las que se ocupan de ello. Ante la presencia de algún problema grave, y en vista de que no hay asistente social (el cargo existe en la junta, pero en realidad no funciona), las mujeres se organizan para pedir una colaboración y ayudar a la persona afectada.

En caso de accidentes o fallecimientos, todos los vecinos y conocidos de la persona afectada se unen para colaborar con ella. Alguien se ofrece y se encarga de pedir colaboración, por ejemplo, para el traslado del accidentado al hospital, ya que en todo el pueblo no existe ni siquiera un botiquín de primeros auxilios.

Al respecto, los miembros de la junta son conscientes de esa necesidad, pero consideran que el dinero que es para trámites administrativos no puede ser utilizado para otra cosa.

Esta organización espontánea es temporal, surge sólo por un suceso especial y muchas veces significa sólo una solución parcial, por la limitación de recursos de las personas, que quisieran ayudar más pero no cuentan con medios para hacerlo.

Por otro lado, la Sra. Teresa (presidenta del comedor del club de madres y personaje del pueblo N° 16) nos comentaba que para Navidad

iban a tratar de formar un taller en donde hacer muñecos para sus niños y para que sirviera a las madres como una pequeña ayuda.

1.3.3 Relación con otros grupos sociales

El asentamiento humano Sagrada Familia se encuentra ubicado en el sector marginal de Villa-Chorrillos y las relaciones que entabla con los pueblos colindantes son para satisfacer necesidades, utilizando servicios con los que ellos no cuentan.

Con Las Delicias de Villa mantienen una relación de dependencia en cuanto a los servicios de salud, ya que al ser aquella un pueblo de casi cuarenta años, cuenta con una posta médica que, si bien es pequeña, es la única para todo ese sector.

Además, en Las Delicias está el local donde recogen la leche para luego llevarla al local del comité, y se encuentra también la parroquia Jesús Obrero, a la que asisten.

De otro lado, con los Huertos de Villa, colindante por el lado oeste, mantienen una relación de cooperación ya que firmaron un acuerdo por el cual los Huertos de Villa les tendieron una instalación para el único pilón de agua con que cuentan.

Cabe agregar que cuando las madres gestantes están por dar a luz acuden al hospital María Auxiliadora de San Juan de Miraflores o a la maternidad –muy lejos del asentamiento–, pues no hay ningún hospital cercano que pueda atenderlas.

Con los pueblos aledaños, cercanos a los pantanos, Sagrada Familia se comprometió a realizar un esfuerzo conjunto para coordinar con SEDAPAL la realización de un proyecto integral de agua y desagüe que evite la contaminación de los pantanos. (Los dirigentes nos manifestaron que esto es una prueba más de que ellos sí se preocupan por la ecología.)

No hay ninguna confederación de asentamientos. Cada uno hace sus gestiones por su lado, a veces con ayuda de la municipalidad.

1.4 Dualidad de concepciones: pobladores y junta directiva

De las entrevistas realizadas se desprende que la junta directiva se encuentra alejada de la población; ya no hay confianza; su poder se encuentra deslegitimado.

Ya nadie quiere pagar las cuotas y multas administrativas, pues no hay resultados concretos sobre la situación del terreno.

Este alejamiento se refleja en la propia concepción de los dirigentes, quienes piensan que no deben intervenir en los problemas de los pobladores. Consideran que cada uno debe resolverlos y salir adelante como mejor pueda; ellos sólo se ocupan de la parte formal del terreno. La concepción de los pobladores, por el contrario, es de ayuda mutua.

De otro lado, encontramos una diferencia muy interesante en lo que piensan los pobladores respecto de la junta directiva, dependiendo de si son hombres o mujeres.

La junta directiva dice que si bien hay problemas éstos se están solucionando y no hay nada que temer, y curiosamente los varones entrevistados opinan algo similar.

En cambio, las mujeres mostraron una total desconfianza hacia la junta. La Sra. Delia, vendedora de pollo, nos dijo que:

«sólo sirven para sacar dinero y no han hecho nada. Cualquier día de estos nos van a [...] botar, por eso la gente no da plata».

Estas diferencias pueden explicarse porque son los hombres los que participan en las asambleas y en la junta directiva, ya que éstas se realizan de noche, y las mujeres se quedan en casa ocupándose de las labores y cuidando a los niños.

Las mujeres consideran muy difícil que se arregle el problema; no confían en las gestiones de la junta directiva, a la que además consideran insensible, pues si alguien no puede pagar las cuotas no lo ponen en el padrón; no les importa nada.

Ante la indiferencia de la junta respecto de los problemas concretos de la población, las mujeres se organizan para ayudarse a través de los comedores populares.

Son ellas las que se preocupan de los más pobres. La Sra. Inés, vendedora ambulante de verduras, nos dijo que:

«los más pobres siempre asisten a los trabajos comunales; los otros, ni van ni pagan sus multas».

2 La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia

2.1 Distribución de la tierra

Cuando recién se inició la invasión, las familias se acomodaron provisoriamente en forma desordenada, con lo cual no hubo un criterio de

distribución. Fue después cuando la junta directiva empezó la lotización.

La junta directiva tomó en cuenta los siguientes criterios, para repartir los lotes, en forma preferencial: asistencia a las asambleas, mayor participación en trabajos comunales; mayor colaboración, en general.

Los lotes preferenciales eran los ubicados frente a las vías centrales: Panamericana Sur y avenida Doce de Octubre, los cuales se repartieron de acuerdo a los criterios señalados.

La distribución de la tierra se hizo en base a criterios comunales de trabajo y/o aporte dinerario. Existía un sistema de cuota fija para quienes tenían trabajo estable; quienes no lo tenían, o eran de menores recursos, daban un aporte voluntario o participaban en los trabajos comunales.

Los trabajos comunales consistían en juntar la basura, limpiar el campo deportivo; además, rellenar las zonas comunes como parques, pistas, entre otros, lo cual era obligatorio para todo poblador. De lo contrario, se imponía una multa.

Sin embargo, solía ocurrir, según nos narran algunos, que:

«los más pobres siempre asisten a los trabajos comunales; los otros ni van ni pagan sus multas».

La distribución de la tierra por la junta directiva se basó en un criterio calificado, nos expresó el Sr. Velásquez (subsecretario general), quien al respecto señala:

«los moradores tampoco van a venir a imponerse, porque si ellos han venido con el propósito de tener un terreno donde vivir, entonces automáticamente de una asamblea tiene que salir eso, se crea un consenso; y si a la vez era calificado, persona que venía permanentemente y colaboraba, tenía la mayor prioridad de ir a un lugar mejor».

La lotización no se realiza de inmediato, pues hay la necesidad de organizar al pueblo primero; además no hay seguridad y hay un constante miedo al desalojo; por ello, luego de un año recién comienzan a rellenar y luego a distribuir la tierra.

Sagrada Familia se lotizó en 170 lotes para igual número de asociados. Tomando en cuenta un promedio de dos familias por lote, su población es de aproximadamente 340 familias.

2.2 Sistemas de tenencia de la tierra

En este rubro podremos observar las particularidades surgidas por la necesidad de enfrentar una situación real (la invasión de un pantano) y la creatividad de los pobladores para ello.

2.2.1 Sistema de relleno

Ya que el terreno invadido era imposible de urbanizar en sus condiciones normales, era fundamental rellenar la zona pantanosa hasta crear una superficie estable.

Podemos dividir este sistema en dos tipos:

a) *Relleno individual*.— Cada familia rellenaba el espacio correspondiente a su lote. Según sus posibilidades económicas podían pagar volquetes para que les facilitaran esta tarea. Acá no había ayuda entre las familias; el relleno del lote individual dependía de cada familia y si no tenían posibilidades demorarían más tiempo en rellenar.

De lo anterior se deriva un peculiar derecho que los pobladores sienten sobre el relleno de su lote, al cual hemos denominado «derecho de relleno». Cada familia se siente propietaria de su relleno pues ha sido fruto de su esfuerzo y trabajo.

Un poblador expresó indignado que:

«¡no es posible!, nosotros hemos trabajado, nos hemos esforzado y ahora que el terreno ya ésta arregladito viene un dueño a reclamarlo».

De aquella respuesta se denota el derecho que sienten tener los pobladores básicamente en función de su esfuerzo y trabajo.

b) *Relleno comunal*.— Lo primordial para la junta era el relleno de las calles, para lo cual todos tenían que colaborar y coordinar. En este caso sí existía un sentido de cooperación. Los vecinos cuyos lotes quedaban frente a frente debían coordinar para rellenar su calle.

Había zonas públicas como parques, el local para las asambleas, etc., las cuales debían ser rellenados también por los vecinos.

2.2.2 Superficie

Al respecto, los pobladores consideran que el terreno le corresponde en propiedad a la junta directiva, que es la encargada de distribuir los lotes

y de ver las transferencias y todo asunto relacionado con la tenencia de la tierra.

Sin embargo, existe una situación difícil, porque los pobladores asumen que la junta directiva es propietaria del terreno, sin dejar de reconocer que el Estado también tendría derecho al ser el terreno invadido una zona ecológica. Además, existe un tercero particular que también reclama la propiedad.

El problema se puede apreciar de palabras de un poblador:

«Veo difícil la situación, puede ser que nos boten. Hay tres dueños».

Siendo la junta directiva la encargada de distribuir los lotes, ésta le asignó a cada familia un área de la superficie total.

Los pobladores no se sienten propietarios de la superficie de su lote; a pesar de ello han rellenado su lote y han construido sobre él y sienten que nadie puede invadir su terreno después que la junta les ha asignado el lote y los ha inscrito en el padrón. Lo que sucede, como luego se analizará, es que ellos no diferencian entre propiedad y posesión.

La junta directiva lleva un padrón donde se inscribe el lote correspondiente a cada poblador y es éste el que asegura el derecho; es por ello que cuando se transfiera el lote debe darse aviso a la junta para inscribir a la nueva familia; de lo contrario ella no le reconocerá ningún derecho.

2.2.3 Vivienda

Los pobladores se sienten propietarios de su vivienda, ya que cada uno la ha edificado con sus propios recursos.

Debido a que la mayoría de viviendas son de esteras, maderas, u otros materiales que son trasladables, cuando una familia se muda generalmente lleva consigo todas sus cosas, llevando prácticamente «su casa a cuestas».

En los pocos casos en que las viviendas son de material noble, también se reconocen propietarios, lo que se refleja en que no transfieren sus casas, cosa que por lo demás sería extraña, pues si con tanto esfuerzo un poblador llegara a construir de concreto su casa, sería para quedarse definitivamente allí.

2.2.4 Zonas públicas

Como ya adelantáramos al hablar del relleno, existen zonas comunes. Estas zonas, como las calles, el parque, el terreno para asambleas, el comedor, la parroquia, etc., son zonas respecto de las cuales los pobladores no sienten un derecho individual, sino que consideran que, al igual que el lote que poseen, estas zonas son de propiedad de la junta directiva.

Sin embargo, ellos tienen un derecho común sobre ellas; a diferencia del derecho particular que tienen respecto de su lote, son áreas comunes que benefician a todo el asentamiento humano, sin que nadie tenga un derecho particular sobre ellas.

2.2.5 Transferencia de terrenos

Si un poblador desea transferir su lote a un tercero, debe comunicarlo a la junta directiva. Ésta inscribe en el padrón a la nueva familia, sin lo cual no se le reconocerá ningún derecho.

La junta directiva reconoce el «derecho de relleno», pues cuando alguien desea mudarse la junta le reconoce los gastos ocasionados por el relleno, pasando dicho terreno a la junta para que lo adjudique a otra familia, la que deberá a su vez pagar el «derecho de relleno». De igual modo, cuando una familia desea transferir su lote a otra familia ésta debe reconocer el «derecho de relleno» al transferente.

2.3 Visión de los pobladores

En este punto es interesante contrastar la opinión que tienen los pobladores con la que tiene la junta directiva.

Para el Sr. Velásquez no hay peligro de que los pobladores de este asentamiento humano pierdan los derechos que actualmente tienen sobre el terreno invadido. Nos explicó que la junta ha llegado a un acuerdo con el INRENA por el cual los pobladores no serán desalojados si es que se encargan de custodiar la zona que aún permanece pantanosa e impiden que otras personas puedan invadir estas áreas. Lo único que importa ahora –según él– es el saneamiento físico-legal, es decir:

«que todos los papeles queden en regla».

Los pobladores no comparten esta perspectiva; todo lo contrario, experimentan inseguridad y no pueden sentirse propietarios reales del terreno que ocupan. Existe desconfianza.

Ellos piensan que otra persona podría reclamar el terreno, lo cual no les parece justo, pues, en cierta forma, el trabajo invertido para convertir el pantano en una zona habitable les concede un mayor derecho a quedarse con el terreno.

Ante un posible proceso judicial con el tercero que reclama la propiedad del terreno, tienen una actitud escéptica. En su opinión, los jueces no les reconocerán el trabajo realizado. Un poblador señaló al respecto:

«los juicios los ganan los que tienen plata».

De sus palabras puede extraerse el concepto de justicia que predomina entre los pobladores. Los pobladores tienen una visión lejana de lo que es el Derecho oficial; no saben si tienen derecho acorde a las reglas oficiales. Algún poblador señaló:

«¿Qué dirá, el derecho? Nosotros podemos decir que tenemos derecho, pero vienen los abogados y dicen otra cosa, y qué podemos hacer».

Por otro lado, su visión respecto al gobierno central tampoco fue muy positiva. Algunas de sus respuestas fueron:

«No creo que pueda haber ayuda del gobierno; por aquí no llegan». «El gobierno, en los pueblos jóvenes sólo se preocupa de los colegios». «Los alcaldes, para entrar sí vienen; luego no cumplen».

3 Análisis comparativo de la institución de la tenencia de la tierra con el Derecho civil

Luego de presentados los aspectos característicos del asentamiento humano Sagrada Familia, y habiendo destacado el papel relevante de la tenencia de la tierra en la vida de sus pobladores, nos toca ahora señalar el conjunto normativo encargado de regular, directa o indirectamente, la actual situación de este asentamiento humano.

De esta manera, lograremos no sólo determinar con precisión aquellas circunstancias reguladas legalmente o no, sino también facilitar el camino hacia una o varias posibles respuestas a sus necesidades.

3.1 Normatividad vigente

3.1.1 Pantanos de Villa

Entre las normas protectoras de este centro ecológico tenemos la resolución ministerial 00144-89-AG/DGFF (29.5.89), que prohíbe la caza de animales silvestres, la extracción de flora y fauna y otras actividades de explotación de recursos naturales renovables, en un afán de conservación de esta área ecológica, declarándola *zona reservada*.

Esta resolución encarga al patronato de defensa de los Pantanos de Villa el área reservada, quedando la Dirección General de Forestal y Fauna y la Unidad Agraria Departamental VI-Lima, encargadas del cumplimiento de lo antes expuesto.

En la práctica el peligro continuaba, por lo cual se da el decreto supremo 007-91-PCM (9.1.91), encargando al Ministerio de Defensa el resguardo de los Pantanos de Villa y quedando imposibilitado de ceder el uso total o parcial del área a terceros.

Otras normas específicas sobre el tema son el acuerdo de concejo 026 (31.1.92) y el decreto de alcaldía 110 (1.7.92). El primero declara al parque metropolitano de Villa, zona donde se hallan los pantanos, como *área ecológica metropolitana*, y a través del segundo se establecen sanciones a quienes viertan aguas contaminadas o desechos tóxicos en el lugar, pudiendo esta sanción administrativa (consistente en una multa) originar una denuncia penal. La Municipalidad de Lima delega la facultad de sancionar, y de limpiar el área, a su similar de Chorrillos.

Finalmente, como norma general tenemos el Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (decreto legislativo 611) (8.9.90), modificado luego por el decreto legislativo 708 (14.11.91). Este código contiene disposiciones interesantes, como los artículos 4, 5 y 7, sobre planificación ambiental, donde el artículo 5 dice a la letra:

«Art. 5.– La planificación ambiental comprende el ordenamiento del territorio, de los asentamientos humanos y de los recursos para permitir una utilización adecuada del medio ambiente a fin de promover el desarrollo económico sostenido.»

Asimismo, se desarrolla todo un capítulo, De la Población y el Ambiente, a través del cual se busca una adecuada política poblacional y de acción conjunta entre el gobierno y los habitantes.

3.1.2 Asentamientos humanos

Citaremos los dispositivos más importantes para los fines de este trabajo. Para empezar, tenemos la ley 13517, ley orgánica de Barrios Marginales (14.2.61). Esta norma es muy significativa dado que es la primera que regula asentamientos humanos y define por primera vez lo que es un barrio marginal (primer nombre legal que tuvieron los asentamientos humanos) en su artículo 4, inciso a:

«Art. 4.– Para los fines y aplicaciones de esta ley se considera:

a) «Barrio Marginal» o «Barriada», la zona de terreno de propiedad fiscal, municipal comunal o privada que se encuentre dentro de los límites de centros poblados, capitales de circunscripción político-administrativa, o en sus respectivas áreas suburbanas o aledañas, en las que, por invasión al margen de las disposiciones legales sobre propiedad, con autorización municipal o sin ella, sobre lotes distribuidos sin planes de trazado oficialmente aprobados, se hayan constituido agrupamientos de viviendas de cualquier estructura, careciendo dicha zona en conjunto de uno o más de los siguientes servicios: agua potable, desagüe, alumbrado, veredas, vías de tránsito vehicular, etc. [...].»

La ley, además de buscar el crecimiento ordenado de las barriadas y el reconocimiento de las mismas, también busca evitar la creación de nuevas barriadas. Esto se deduce del artículo 2, donde excluye de los alcances de la norma a las barriadas formadas luego del 20.9.60, y prohíbe el establecimiento de las mismas.

Otro dispositivo es la ley 23853, ley orgánica de Municipalidades, la cual encarga a los municipios asistir a los pobladores de los asentamientos humanos de su jurisdicción para el saneamiento físico-legal y la titulación, la que será conferida por el concejo provincial.

Esta norma es la primera en usar el término «asentamientos humanos» (y no «barrios marginales», «barriadas» o «pueblos jóvenes» o «asentamientos humanos marginales»).

También tenemos el reglamento de Saneamiento Físico-Legal de los Asentamientos Humanos (decreto supremo 053-84-VC). La propia norma define al saneamiento como el establecimiento, regularización y ejecución de un plano urbano donde se haya previsto el trazado, lotización, áreas de uso público, vías, etc., mientras que el saneamiento legal está orientado a la entrega en propiedad del lote de cada familia.

Este reglamento ha sido sustituido por el decreto de alcaldía 107-A (25.7.91). Este nuevo reglamento describe el proceso de saneamiento de un asentamiento humano, el cual consta de las siguientes etapas:

a) *Identificación y calificación.*— El municipio distrital reconoce a un determinado grupo de pobladores como asentamiento humano y lo califica como permanente o erradicable total o parcial.

b) *Aprobación del plano perimétrico.*— La municipalidad, previo estudio de la situación jurídica del terreno, señala cuáles son sus límites y el área que comprende.

c) *Aprobación del plano de lotización.*— Esta etapa tiene dos manifestaciones, según sea el caso. Si el asentamiento humano solicita al municipio aceptar el proyecto de trazado y lotización antes de su ejecución, entonces estaremos ante la aprobación de un anteproyecto de trazado y lotización. Sin embargo, puede ser que este asentamiento ya haya ejecutado este anteproyecto o haya lotizado y/o remodelado sin solicitud previa de aprobación al municipio; en estos casos los pobladores pedirán la aprobación del plano definitivo de trazado y lotización.

En este momento es donde se determina el ordenamiento urbano en general: número de lotes, área de los mismos, vías de acceso, usos del terreno, etc.

d) *Empadronamiento y titulación.*— En esta etapa se registran los datos de la persona o familia ocupante del lote, así como toda la información necesaria. Luego de este empadronamiento y de seleccionar las familias que cumplan con los requisitos, el municipio distrital eleva la información al concejo provincial para que, a través del SERMIN (Empresa de Servicios de Informática), emita los títulos de propiedad, remitiendo copia a los registros donde se encuentren inscritos el plano perimétrico y definitivo del trazado y lotización del asentamiento humano.

La ley 24513 (3.6.86) ordena que el proceso de saneamiento hasta la aprobación del plano de lotización deberá durar como máximo 120 días de plazo, vencido el cual los expedientes pasarán al Ministerio de Vivienda y Construcción. Esto motivó una reacción tal, que la ley fue cuestionada y dejada en el olvido.

Finalmente tenemos la ley 25102 (3.10.89), la cual amplía los alcances de la ley 24513, pero destaca por cuanto retoma el término «pueblo joven», aunque leyes posteriores dejaron de lado este nombre por el de «asentamientos humanos». Posteriormente fue dado el decreto supremo 016-89-VC (6.12.89), el cual reglamenta la ley 25102.

Otra norma al respecto es el decreto supremo 019-87-VC, el cual establece requisitos para adquirir lotes de vivienda en pueblos jóvenes.

3.1.3 Código Civil

Para el presente trabajo nos serán útiles todas las disposiciones referidas a los derechos reales de propiedad, posesión y superficie.

En lo que respecta a la propiedad tenemos el artículo 923, el cual describe este derecho como un «poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien», debiendo ejercerse en armonía con el interés social.

Hay otros tres artículos relevantes sobre propiedad. En primer lugar, el artículo 954 nos señala los límites de la propiedad de un predio, la que se ejercerá tanto en el subsuelo y sobresuelo comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial, no comprendiendo los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes específicas.

Vale decir, el derecho de propiedad no se limita a la superficie, sino que se extiende a todo lo que se halle sobre y bajo ésta dentro de los linderos del predio. Este derecho tiene un límite: la utilidad que tenga para el propietario su ejercicio.

En segundo lugar, el artículo 955 permite que el subsuelo o el sobresuelo, en principio de un mismo propietario según lo expuesto anteriormente, pertenezca total o parcialmente a persona distinta del propietario del suelo. De esto se infiere que sólo el dueño del suelo tiene la facultad de ceder el subsuelo, sobresuelo o ambos, aunque no lo especifique la norma.

Por último, el artículo 957 nos indica que la propiedad predial queda sujeta a la zonificación, a los procesos de habilitación y subdivisión y a otros establecidos por las normas respectivas.

Por otro lado tenemos la copropiedad, un régimen especial de propiedad. Este derecho consiste en la pertenencia de un bien a dos o más personas, la cual no se concretiza en cuotas materiales, es decir, dividiendo el bien, sino en cuotas alícuotas o ideales, las cuales se presumen iguales según el artículo 970. Estas cuotas son las que determinan la participación del propietario tanto en los beneficios como en las cargas que tengan origen en la propiedad del bien, así como el valor de los votos en la toma de decisiones, ya sea por mayoría (actos de administración ordinaria) o por unanimidad (en caso de disposición, gravamen, arrendamiento, entrega en comodato o modificación del bien).

La copropiedad también da derecho a asumir la administración y emprender los trabajos para la explotación normal del bien, pero siempre y cuando no haya administración convencional o judicial (art. 973). Si la cuota ideal se concretiza, es decir, se divide o parte el bien, la copropiedad fenece (art. 922, inc.1).

De lo antes dicho se desprenden varios deberes de los copropietarios, como no usar el bien parcial o totalmente con exclusión de los demás (art. 975), concurrir proporcionalmente en los gastos de conservación y en el pago de tributos, cargas y gravámenes que afecten al bien (art. 981), entre otros.

En cuanto a los derechos, el copropietario puede servirse del bien común siempre que no afecte el interés de los demás (art. 974), disfrutar del mismo (art. 976), disponer de su cuota ideal y de los frutos de ésta (art. 977), y puede reivindicar el bien (art. 979).

Finalmente, en lo que toca al derecho de superficie (una persona llamada superficiario puede construir sobre un suelo que puede o no ser de su propiedad), el Código Civil señala que no puede durar más de noventa y nueve años (art. 1030); su constitución se da por acto entre vivos o testamento, siendo el derecho transmisible (art. 1031); no se extingue por la destrucción de lo construido (art. 1033), por citar lo más importante.

3.2 Análisis comparativo: Derecho y realidad

Habiendo citado en el punto anterior las disposiciones legales destinadas a regular el tema, pasaremos a compararlas con la realidad observada en el asentamiento humano, poniendo énfasis en la institución que hemos denominado «derecho de relleno».

3.2.1 El derecho de relleno y la ley

3.2.1.1 *Derecho de propiedad y posesión*

A manera de recapitulación, el «derecho de relleno» consiste en que el poblador de cada lote del asentamiento humano se siente dueño del espacio comprendido entre el suelo pantanoso y la superficie donde construyó su vivienda, dado que fue él mismo quien cubrió esa zona del pantano para poder instalarse.

De este modo, el habitante considera que el suelo es del Estado y de la junta directiva (confusión entre derecho y propiedad), y que el relleno y la vivienda le pertenecen.

Incluso, aunque el asentamiento humano reconoce al Estado como propietario de esta zona reservada, le reconoce también derecho a un tercero que actualmente litiga con el Estado esta área; es decir, en su

forma de pensar ellos admiten la existencia de tres dueños: el Estado, el tercero y la junta directiva en representación del asentamiento humano.

Un intento de explicación de esta figura consistiría en equipararla con la propiedad. El poblador está convencido de que ese relleno y esa vivienda son suyas y nadie podrá quitárselos, lo que no ocurre con la superficie; es por esto que se siente con derecho a ejercer los atributos de la propiedad sobre aquéllos, como por ejemplo, transferirlos a un tercero.

Asimismo, no habría contradicción aparente con el artículo 955 sobre propiedad predial, donde se permite a un tercero ser propietario del subsuelo o sobresuelo habiendo un propietario del suelo.

Sin embargo, el problema no es de tan simple solución. Puede pensarse que los pobladores, al decir que la junta es la dueña de la tierra y quien la reparte, manifiestan que el terreno es de ellos como pobladores, porque saben también que esta junta directiva es quien los representa y no la consideran una entidad exterior a ellos.

Si es así, ellos se estarían reconociendo como dueños del relleno y la vivienda como propiedad individual, y de la superficie en forma comunal. Empero, no puede hablarse de propiedad desde que están asentados en un lugar que, como la Constitución en su artículo 73, y ellos mismos, admiten, pertenece al Estado y es un bien de dominio público inalienable e imprescriptible.

En todo caso, el Estado está dispuesto a reconocerlos y darles la titulación de ese territorio a través del Concejo Provincial de Lima, siempre y cuando cumplan con las etapas y plazos señalados en el decreto de alcaldía 107-A, según la resolución 1845 donde Sagrada Familia es identificada como asentamiento humano.

Por último, cabe resaltar que ellos no distinguen entre los conceptos de *propiedad* y *posesión*, sino que los identifican: dentro de su concepción ellos son propietarios, pero si la ley señala a otro u otros como tales, entonces esta propiedad desaparecería, pues el derecho de propiedad es único.

La *posesión* es otra figura legal con la cual nuestro «derecho de relleno» tiene cosas en común. Aunque los pobladores hablan de una propiedad, se están refiriendo a una posesión en tanto usan y disfrutan del terreno hasta que obtengan los títulos o hasta que un tercero al amparo de la ley los desaloje; sin embargo, jamás podrían ganar el terreno por prescripción por orden de nuestra Constitución. No obstante, esta posesión, en principio ilegítima, empieza a enmarcarse en la ley al ser reconocido el asentamiento humano por la resolución 1845 del 17 de agosto de 1990 y, por ende, al iniciar el proceso de saneamiento físico-legal.

3.2.1.2 *Derecho de superficie*

Otra figura legal similar a este derecho es el *derecho real de superficie*. Los pobladores serían superficiarios de los lotes que les otorga la junta directiva, pudiendo construir sobre ellos y teniendo en propiedad esa construcción. Vale la pena destacar el trabajo organizado de los vecinos para rellenar lo que serían sus calles, etc., por lo cual todos los participantes en esta actividad se sienten con derecho al relleno. Esto chocaría de algún modo con la ley, ya que las calles son de uso público y nadie puede detentar propiedad sobre ellas.

Sin embargo, lo diferencia el hecho de que el superficiario debe recibir el lote del propietario del suelo, y en el caso de Sagrada Familia la junta directiva, aunque considerada como la dueña del suelo, no puede darlo en superficie porque legalmente no hay propiedad sobre esta tierra. Por otro lado, el derecho real de superficie tiene una duración de noventa y nueve años; en cambio, el poblador siempre será dueño de su relleno y de su vivienda.

3.2.1.3 *Derecho de copropiedad*

Anteriormente dejamos sentado que los pobladores de Sagrada Familia se sentían dueños comunales del terreno, cuya administración encargaban a la junta directiva. Esto desde un primer momento nos sugiere la existencia, entonces, de una copropiedad del terreno, y del relleno correspondiente a las zonas públicas, calles, parques, etc. En el primer caso, la tenencia de la tierra en Sagrada Familia no encajaría dentro del modelo de copropiedad, puesto que no existen cuotas alícuotas, sino partes concretas del bien ya entregadas a los pobladores y/o familias del asentamiento humano.

De todo lo antes dicho se desprende que el derecho de relleno es una institución *sui generis*, en tanto surge de una realidad específica que la normatividad en general (leyes, Código Civil) no ha regulado.

Al no encajar perfectamente en ninguna de las instituciones legales, nuestro derecho de relleno se presenta como una salida original, por decir lo menos, al problema que implica el no sentirse seguros de la propiedad del suelo donde se habita; y constituye además un intento de explicación coherente de la situación de la tierra, que los pobladores reconocen como del Estado y de Sagrada Familia.

4 Conclusiones

4.1 El asentamiento humano Sagrada Familia

1. La junta directiva, debido al problema del terreno, se ha trazado un único objetivo: el saneamiento físico-legal.

2. Debido a que no se pueden palpar resultados concretos sobre la solución del problema de la tierra, la junta directiva va perdiendo credibilidad.

3. Las organizaciones sociales de base ayudan a satisfacer las necesidades básicas de alimentación, que son dejadas de lado por la junta directiva.

4. Las organizaciones sociales de base tienen el apoyo de la población, y son el canal de solución espontánea de problemas no resueltos por la junta directiva.

5. Las organizaciones sociales de base se fundan en un sentido de solidaridad.

6. El asentamiento humano Sagrada Familia depende de otros pueblos respecto de las necesidades que no puede satisfacer.

7. La junta directiva confía en poder resolver el problema.

8. Los pobladores desconfían de la capacidad de la junta para solucionar los problemas.

4.2 La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia

1. La distribución de la tierra se basó en los siguientes criterios:

- Asistencia a asambleas.
- Trabajos comunales (limpieza de parque, recojo de basura).
- Colaboración y participación.

2. Se determinaron vías centrales preferenciales para la distribución, que fueron:

- Antigua Panamericana Sur.
- Avenida Doce de Octubre.

3. Se dieron dos clases de relleno:

- Relleno individual: cada familia rellenaba su lote.

– Relleno colectivo: las familias cuyos lotes estaban frente a frente debían rellenar la calle que los unía.

4. Los pobladores consideran a la junta dueña del terreno; sin embargo, siendo ésta representante del pueblo, podemos considerar que se trata de un terreno comunal. Por otro lado, reconocen que el Estado también tiene derecho.

5. La junta otorga un área de superficie, un lote a cada familia.

6. Cada familia tiene derecho para rellenar y construir en ese lote siempre que se encuentre inscrita en el registro que posee la junta.

7. El registro que posee la junta, en consecuencia, es constitutivo de derecho.

8. Cada familia se siente propietaria de su relleno en base a un criterio de trabajo y esfuerzo.

9. Cada familia tiene derecho de propiedad sobre su casa.

10. Las zonas públicas son áreas comunes de las cuales todos se benefician. Éstas no se independizan del terreno general, sino que como parte de éste pertenecen a todos.

11. La transferencia de un lote se hace a través de la junta, la cual reconoce el «derecho de relleno».

12. No se reconoce derecho sobre el lote, el cual debe retornar a la junta para que lo otorgue a otra persona.

13. Los pobladores no esperan apoyo del gobierno.

14. Existe un desconocimiento sobre el Derecho oficial.

15. Algunos pobladores consideran que los juicios los ganan quienes tienen plata.

4.3 Análisis comparativo de la institución de la tenencia de la tierra con el Derecho civil

1. Los pobladores tienen un derecho de propiedad sobre el relleno y sobre sus viviendas.

2. Los pobladores reconocen la existencia de varios dueños, lo cual se contradice con el Derecho.

3. Existe un conflicto jurídico respecto a la propiedad del terreno. Pero los pobladores no podrían adquirir el terreno por prescripción, pues los bienes del Estado no son susceptibles de ello.

4. La junta otorga un derecho sobre la superficie de un lote para que una familia pueda construir sobre el suelo o sobresuelo.

5. Sin embargo, no se trata de un derecho de superficie por cuanto

éste es otorgado únicamente por el propietario, y la junta legalmente no lo es.

6. Por otro lado, la ley establece un plazo de noventa y nueve años al derecho de superficie, luego del cual lo construido pasa a poder del propietario, lo que no sucede con el relleno ni la vivienda.

7. Los pobladores, por representación de su junta directiva, parecerían ser copropietarios de todo el terreno. Sin embargo, el modelo de copropiedad tampoco encaja, pues no hay partes alícuotas sino que ya se ha dado un lote específico a cada trabajador, y ni siquiera en propiedad.

8. Al no encajar con precisión en ninguna de las instituciones reales, el «derecho de relleno» constituye una salida original para explicar la situación de la tierra que los pobladores reconocen como del Estado y de la junta directiva en su representación.

Propietarios de su destino

*Análisis económico de los derechos de propiedad en las comunidades campesinas de la Sierra**

Enrique DELGADO FLORES

Introducción

En el verano de 1989, Francis FUKUYAMA publicó un artículo titulado «¿El fin de la historia?», en el que afirma la marcha incontenible hacia el liberalismo que en la época contemporánea tiene el mundo, evolución que empieza «primero con un triunfo en el mundo de las ideas o del conocimiento»¹, y que en el ámbito material se expresa hoy en lo que denominamos una economía de mercado. El objeto de este trabajo no es ciertamente definir si el liberalismo es o no la última fase de la evolución ideológica de la humanidad, pero no podemos sustraernos al hecho de que el actual régimen económico de nuestro país viene inspirado en gran medida por esta corriente de pensamiento, muestra de lo cual es el artículo 58 de nuestra Constitución Política, que señala que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado. Para nuestros fines dejaremos de lado los sutiles matices que diferencian los conceptos de economía social de mercado y economía de mercado, y trabajaremos más bien con los supuestos de similitud que entre ellos existen.

Los supuestos para la existencia de una economía de mercado son tres: libertad, competencia y propiedad. «La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien a nuestra propia manera, en tanto que no intentamos privar de sus bienes a otros o frenar sus esfuerzos para obtenerla.»². El hombre será libre en una economía de

* Trabajo que ocupó el primer puesto en la categoría «B» del I Concurso de Investigación sobre Derecho y Realidad convocado en setiembre de 1995 por nuestra facultad.

¹ FUKUYAMA, 1990.

² STUART MILL, 1980, p. 33.

mercado «toda vez que la intervención estatal no cercene su autonomía más allá de lo que ya estaría en virtud de insoslayables leyes praxeológicas»³. Existe competencia cuando lo que la gente tenga dependa más de su actividad o de circunstancias imprevisibles, que de la decisión arbitraria de alguien:

«Es significativo que una de las objeciones más comunes en contra del sistema de la competencia consiste en decir que es “ciega”. No es inoportuno recordar que para los antiguos la ceguera era un atributo de su diosa de la Justicia. Aunque la competencia y la justicia tengan poco más en común, es un mérito, tanto de la competencia como de la justicia, que no hacen acepción de personas.»⁴.

Finalmente, al hablar de propiedad nos referimos al doble contenido de este derecho; por un lado es necesario tener claramente establecidos cuáles son sus límites, y en segundo lugar es necesaria la existencia de un sistema institucional de garantías.

La clave del desarrollo económico en este sistema está guiada principalmente por un criterio de eficiencia, es decir, se busca una organización económica eficaz, lo que implica:

«el establecimiento de un marco institucional y de una estructura de la propiedad capaces de canalizar los esfuerzos económicos individuales hacia actividades que supongan una aproximación de la tasa privada de beneficios respecto a la tasa social de beneficios»⁵.

En este trabajo nos centramos en un aspecto de la propiedad: la propiedad de las tierras de las comunidades campesinas, con la finalidad de analizar la utilidad (o no utilidad) de la incorporación de las tierras de las comunidades campesinas, y por ende, de las economías de dichas comunidades, al mercado; vale decir, conferir a sus propietarios la facultad de transferir libremente sus tierras, utilizarlas como instrumento para la obtención de créditos, permitiendo incluso su embargabilidad, y las demás atribuciones que nuestro ordenamiento legal suele conferir a los propietarios.

³ MISES, 1986, p. 406.

⁴ HAYEK, 1978, p. 136.

⁵ NORTH y THOMAS, 1976, p. 1.

I

1.1 Análisis de la función económica del derecho de propiedad

Dentro de las diversas escuelas ortodoxas del pensamiento liberal contemporáneo, la de los derechos de propiedad, integrada entre otros por Roger Le Roy Miller y los Premios Nóbel George Stigler, Ronald Coase, y Douglas North, es sin duda la que ha alcanzado mayor vigor intelectual; razón por la cual manejaremos algunos de sus planteamientos como esquema para describir el rol que les compete a los *property rights* en un sistema económico racional guiado por criterios de eficiencia.

Para este análisis es preciso tomar en cuenta lo señalado por Santos PASTOR⁶ respecto al problema de falta de equivalencia entre nuestro derecho de propiedad y los *property rights*, que abarcan una más amplia gama de derechos sobre las cosas, como el uso o el disfrute, razón por la cual resulta más apropiado llamarlos *derechos de apropiación*.

La premisa que sirve como punto de partida a este análisis es que en un mundo donde los recursos por definición son escasos, el objetivo es alcanzar la asignación más eficiente de éstos, vale decir, que los recursos se encuentren en las manos de los individuos que les den una mayor valoración económica, y donde los *property rights* funcionen como «incentivos para que los individuos dediquen sus esfuerzos a las actividades que llevan al crecimiento económico»⁷. Se señala que la vía para lograrlo es otorgar derechos de apropiación, mediante la asignación de estos recursos a los individuos, o grupos de derechos para usar una determinada parte de lo que es común y poder excluir de su uso a los demás⁸.

Estos planteamientos están ligados a la idea de que los individuos actúan guiados por un deseo de maximización de sus beneficios; así, en un sistema en que no exista propiedad privada (ya sea que no existan derechos de propiedad, o se trate de una propiedad comunal), todos actuaran de un modo tal que su búsqueda por aprovechar al máximo los recursos existentes los lleve a tomar decisiones que no tomen en cuenta ni la posibilidad de extinción de estos recursos, ni los costes que suponen para los demás (externalidades).

Lo que se busca, por tanto, es crear un sistema en que cada individuo tome en cuenta no sólo los beneficios que obtendrá, sino también todos los costes que ello produce a la sociedad.

⁶ Santos PASTOR, 1984, p. 165.

⁷ NORTH y THOMAS, 1976, p. 5.

⁸ TORRES LÓPEZ, 1987, p. 48.

Pongamos un ejemplo real: el desarrollo de los derechos de propiedad privada sobre la tierra entre los indios norteamericanos⁹. Hasta los siglos XVII y XVIII, antes de que surgiera el comercio de pieles, la caza era una actividad primaria, desarrollada para proporcionar alimento y las escasas pieles que necesitaba la familia del cazador. Si bien es cierto aparecían ya los efectos externos de esta actividad, éstos eran de tan escaso significado que no merecía la pena tomarlos en cuenta. Sin embargo, la aparición del comercio de pieles trajo dos consecuencias inmediatas: el aumento del valor de las pieles para los indios y el consecuente aumento de la actividad de la caza¹⁰. Como es lógico, a partir de este momento los efectos externos incrementaron su importancia, pues si los recursos habían de agotarse en algún momento, cada grupo de cazadores intentaría cazar el máximo número de presas posible. Esto se explica porque para los cazadores cada animal tiene valor sólo después de haber sido capturado; por tanto, el escoger un nivel de actividad subóptimo (por ejemplo, dejar algunos animales para que se reproduzcan) no acarrea ningún beneficio, porque cualquier animal que quede con vida será cazado por otro grupo¹¹.

La respuesta racional de estos grupos «fue la parcelación puramente temporal de tales territorios [...]. Según su costumbre [...] (sic) se apropiaban de parcelas de unas dos leguas cuadradas, donde cada grupo cazaba en exclusiva»¹². La ventaja que obtenían de estos acuerdos era que permitían internalizar los efectos externos de esta actividad; así ya los cazadores no se comportarían como si estos recursos fueran inagotables, sino que tomarían en cuenta el costo que implicaba la posible extinción de sus presas dentro de la parcela que les había sido asignada.

La internalización de los costos externos no es, sin embargo, el único fin para implantar derechos de propiedad; se busca al mismo tiempo que éstos funcionen como incentivos para los individuos. Un buen ejemplo lo constituyen los derechos de propiedad sobre las invenciones:

«Uno de los mayores obstáculos (*para el desarrollo de la navegación oceánica y el comercio internacional*) consistía en la incapacidad de los navegantes para determinar su situación exacta, que requiere la determinación de dos coordenadas: latitud y longitud.

⁹ Ejemplo tomado de DEMZET, 1980, pp. 77 y ss.

¹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

¹¹ NORTH, 1984, p. 100. Ver también CHEUNG, Steven, *The Structure of a Contract and Theory of a Non-Exclusive Resource*.

¹² *Loc. cit.*

La primera se consiguió determinar en época muy temprana: sólo requería medir la altitud de la Estrella Polar; pero en las latitudes meridionales ésta se encuentra por debajo del horizonte. El príncipe portugués Enrique el Navegante, en su intento de hallar un medio sustitutivo, reunió en su Corte a un grupo de expertos matemáticos que descubrieron que mediante la determinación de la altitud del meridiano solar, combinada con las tablas de declinación del Sol, se podía establecer la latitud. Sin embargo, la determinación de la longitud era más difícil, ya que requería un reloj que conservase su exactitud durante los largos viajes oceánicos. En primer lugar, el monarca español Felipe II ofreció un premio de 1 000 coronas a quien inventase tal mecanismo de relojería. Holanda subió la recompensa a 100 000 florines, y los ingleses ofrecieron finalmente un premio que variaba entre 10 000 y 20 000 libras, según la exactitud del cronómetro. Este premio quedó vacante hasta el siglo XVIII, cuando lo ganó John Harrison, quien dedicó la mayor parte de su vida a la solución de tal problema.»¹³.

Como señalan NORTH y THOMAS, los premios eran mecanismos artificiales para incentivar la actividad de los individuos; pero hubiese resultado un incentivo más general de una ley que asignara derechos de propiedad exclusiva a los inventos e innovaciones. Son evidentes las ventajas que reportaba a la sociedad la nueva invención, pero para que alguien acepte el riesgo de dedicar sus esfuerzos y recursos a la obtención de un nuevo invento que es posible no se realice, debe existir también la posibilidad de que el inventor se beneficie con estas ventajas y pueda evitar que alguien se aproveche de ellas sin otorgarle una debida compensación¹⁴.

Hemos visto, así, que la asignación de titularidades cumple un doble papel: permite internalizar efectos externos indeseables, y actúa como incentivo a la actividad productiva.

¹³ Tomado de NORTH y THOMAS, 1976, p. 3.

¹⁴ De hecho, ha sido una constante en la historia que la existencia de costes de transacción positivos, sumada a la existencia de unos derechos de propiedad no eficientes, hayan logrado que siempre la tasa de beneficio social sea siempre mayor que la tasa de beneficio privado. NORTH, 1994, p. 20.

1.1.1 Caracteres de los derechos de propiedad

Suelen señalarse tres atributos para que estos derechos cumplan los objetivos de eficiencia que se exigen: universalidad, exclusividad y transferibilidad.

La universalidad se refiere a la necesidad de que «todos los recursos deben ser poseídos por alguien, salvo aquellos que sean tan abundantes que puedan ser consumidos en cualquier cantidad sin que otros queden excluidos»¹⁵. Un criterio íntimamente ligado a este principio es que sólo se implantan estos derechos cuando los beneficios que se deriven de ello sean superiores a los costes; así, en los ejemplos anteriores, o bien la actividad de caza era en principio tan incipiente que no era necesario establecer titularidades, o aún no existía un registro de patentes y los costos de su implementación eran inmensamente superiores a los beneficios que reportaría¹⁶.

La exclusividad se refiere a «la posibilidad, garantizada jurídicamente, de excluir a los demás del consumo del recurso de que se trate»¹⁷. En este sentido, BULLARD afirma que del carácter exclusivo de los derechos de propiedad surge un incentivo para invertir capital y trabajo en un bien determinado, permitiendo además la internalización de los costos que se derivarían de una sobreexplotación del bien¹⁸.

Finalmente, la transferibilidad se refiere a la posibilidad de transferir mediante intercambios voluntarios estos recursos, de sus usos menos valiosos a los más eficientes¹⁹. Ahora bien, la garantía para que todas las transferencias sean realmente benéficas viene dada por aquello que FRIEDMAN llama el hallazgo clave de Adam Smith: «*todo intercambio voluntario genera beneficios para las dos partes y que mientras la cooperación sea estrictamente voluntaria ningún intercambio se llevará a cabo, a menos que ambas partes obtengan con ello un beneficio*»²⁰. Es importante, sin embargo, señalar que en el mercado pueden presentarse diversos factores distorsionantes que lleven a los sujetos a tomar decisiones ineficientes; esto sucede a menudo cuando los costes de adquirir información son demasiado altos: piénsese por ejemplo en el caso de aquel que vende su casa en 100 u.m. porque le era imposible saber que el precio de mercado de tal bien era 200 u.m.

¹⁵ TORRES LÓPEZ, 1987, p. 49.

¹⁶ NORTH y THOMAS plantean dos hipótesis distintas.

¹⁷ TORRES LÓPEZ, 1987, p. 49.

¹⁸ BULLARD, 1991, p. 138.

¹⁹ TORRES LÓPEZ, 1987, p. 49.

²⁰ FRIEDMAN, 1983, p. 16.

1.1.2 Criterios para establecer derechos de propiedad

Líneas arriba señalamos que los derechos de apropiación se establecían cuando los beneficios obtenidos por la internalización de efectos externos eran mayores que sus costes; sin embargo, éste no es el único criterio a ser tomado en cuenta.

En primer lugar, debemos tomar en cuenta que el derecho de propiedad (como nosotros lo conocemos) no es el único tipo de titularidad que se puede establecer sobre un bien; los *property rights* pueden tener diferente forma y naturaleza, lo cual tendrá un «efecto fundamental en la asignación de recursos y distribución de los ingresos de una economía»²¹.

CALABRESI y MELAMED²² señalan tres tipos de titularidades que pueden ser asignadas: de propiedad, de responsabilidad y de inalienabilidad. Las primeras son aquellas que permiten la transferencia de los bienes por medio de intercambios voluntarios; en cambio las otras dos no permiten que los individuos transfieran libremente sus titularidades.

Al hablar de cosas en general, se nos ocurre que todas ellas, por estar dentro del «comercio de los hombres», han de ser transferibles. Sin embargo, ello no es así, pues han existido, y existen, bienes cuyo comercio está prohibido, y no hablamos sólo de sustancias como las drogas o los órganos humanos; en nuestro país la Constitución Política de 1979 proclamaba, en su artículo 163, que las tierras de las comunidades campesinas eran inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Nos toca ahora descubrir cuáles son las razones que llevan al legislador a optar por un tipo de titularidad o por otro. CALABRESI y MELAMED mencionan tres criterios: la eficiencia económica, criterios distributivos, y finalmente otras razones, entre las cuales se incluye a la justicia²³.

Como ya expusimos de manera extensa el objetivo de eficiencia, vamos a limitarnos ahora a señalar en qué consisten los objetivos distributivos.

Una afirmación que es fácil de constatar es que el valor económico de los recursos viene determinado por el haz de derechos a él adscritos²⁴. Así tenemos el ejemplo puesto por PEJOVICH²⁵: una casa aumentará su

²¹ Santos PASTOR, 1984, p. 166.

²² CALABRESI y MELAMED, 1992, pp. 73 y ss.

²³ CALABRESI y MELAMED, 1992, pp. 66 y ss., señalan además que no siempre es claro el límite entre un reparto basado en ideas de igualdad o justicia y uno basado en objetivos distributivos.

²⁴ Santos PASTOR, 1984, p. 166.

²⁵ Citado por BULLARD, 1991, p. 139.

valor si permite excluir la instalación, en el barrio, de estaciones de gasolina, plantas químicas, etc.

Sin embargo, muchas veces se supone que se protege mejor al propietario otorgando un menor alcance a su propiedad, pues no es sino en ese sentido que podemos entender normas como la que poseía nuestra anterior Constitución. Se consideraba, pues, que los miembros de las comunidades campesinas estaban en una situación similar a la de un menor de edad o un interdictado, y se consideraba, por tanto, que no estaban en situación de realizar intercambios que les beneficiaran. Pero la adopción de reglas como éstas muchas veces supone un perjuicio mayor que el supuesto beneficio que reportan. Así, una comunidad no podía considerar *su tierra* como parte de *su capital*, pues en el supuesto de que ella deseara emigrar (supuesto por lo demás común²⁶) no podía vender su tierra para luego invertir ese dinero en otra actividad más rentable. Y suponiendo que emigrase, dejaba sus tierras abandonadas; pero como éstas también son imprescriptibles, no podría acercarse otro individuo para apropiarse de ellas, lo que produciría un perjuicio a toda la sociedad, pues tendríamos un bien escaso que por una inadecuada legislación no podría aplicarse al proceso productivo.

Es decir, una asignación de recursos basada en un objetivo distributivo o en otras razones (léase justicia, igualdad), presupone siempre una elección hecha por el legislador acerca de los valores que desea proteger. Esto en principio no es malo, mientras responda a unos ciertos fines sociales, o mejor dicho, a la coincidencia de fines individuales²⁷. Lo importante es tomar en cuenta todas las posibles repercusiones de una decisión que forzosamente ha de restringir la libertad, pues no debemos olvidar que el infierno está empedrado de buenas intenciones.

1.2 Historia de un fracaso

La idea de implantar un modelo liberal en el Perú es muy antigua. De hecho, en gran medida nuestras luchas para independizarnos de España estuvieron influidas por este pensamiento.

No se tardó demasiado en el intento de poner en práctica algunas medidas que en ese tiempo se consideraban indispensables para el desarrollo del modelo. Es así como el 8 de abril de 1824, en Trujillo, Bolívar

²⁶ Son desde ya conocidos los dramáticos casos de las poblaciones andinas desplazadas durante los años en que campeó la violencia senderista.

²⁷ HAYEK, 1978, p. 90.

dicta un decreto que, en su búsqueda por librar a la propiedad de la tierra de las vinculaciones que la hacían intransferible, ordena que las tierras comunales de las comunidades campesinas sean otorgadas individualmente a los comuneros²⁸. Ésta no fue, sin embargo, la única medida de ese tipo; tenemos además, entre otras, la ley del 31 de marzo de 1828, y la Constitución de dicho año, que hacía enajenables todas las tierras²⁹.

Estas disposiciones estaban inspiradas en el convencimiento de que la baja productividad de la tierra se debía a que no existía competencia entre los copropietarios, y de que la sanción económica para la baja productividad (pérdida de la propiedad) era evitada por la existencia de propiedades vinculadas³⁰. En ese sentido, lo que se buscaba era crear campesinos individualistas con mentalidad utilitaria, que ingresasen a la competencia a través de un mercado³¹. Sin embargo, el producto de estas leyes fue distinto al esperado: los campesinos, en su intento de capitalizarse, se endeudaron con frecuencia con vecinos propietarios más ricos, los cuales, a la postre, resultaron dueños de sus tierras, con lo cual sólo se produjo una mayor concentración de tierras en pocas manos, y los campesinos, por el contrario, terminaron convertidos en yanaconas o colonos³².

Interesa, pues, determinar cuáles fueron las causas de este fracaso. Nosotros creemos que fueron principalmente las siguientes:

– En primer lugar, la forma incompleta y hasta contradictoria en que se asumieron los postulados liberales, en una sociedad en la que eran evidentes las discriminaciones raciales y el esclavismo. Basten como ejemplo las palabras de un liberal de entonces, Manuel Lorenzo de Vidaurre, al pedir sentencia para los acusados de una sublevación en 1827: «Son indios, negros, personas estúpidas que oyen voz de naturaleza que impele a la defensa de los derechos: no saben las reglas establecidas entre nosotros. Pocos son los discípulos de Locke.»³³.

Es evidente que en una sociedad como la de ese momento eran pocos los que veían a los indios como iguales con quienes competir; y en ese sentido no resulta extraño que muchos despojos se hayan producido más bien por medios violentos, y que se haya usado el Derecho sólo con posterioridad, para «dar legalidad» a esos abusos.

²⁸ CASTRO POZO, 1973, p. 153.

²⁹ TRAZEGNIES GRANDA, 1992, pp. 49 y 190.

³⁰ *Ibidem*, p. 48.

³¹ *Ibidem*, p. 49.

³² TRAZEGNIES GRANDA, 1992, p. 49, y CASTRO POZO, 1973, p. 153.

³³ ORREGO, 1994, p. 169.

– En segundo término, nosotros creemos que un factor determinante para que las transferencias de estas tierras no hayan sido, en muchos casos, eficientes, es la existencia de unos costos de transacción sumamente elevados, que se reflejan principalmente en el casi imposible acceso a la información legal por parte de muchos grupos (supuesto que analizaremos más adelante).

En suma, nosotros no creemos que la regla legal adoptada haya sido en sí mala; lo que sucedía era que existían una serie de factores deformantes del mercado, de entre los cuales nos parece el más importante los elevados costes de transacción.

II

2.1 Las economías campesinas

Creemos que para poder valorar las distintas medidas que el legislador adopta para regular la tenencia de las tierras de las comunidades campesinas, resulta esencial descubrir la racionalidad económica de estas comunidades.

2.2.1 El rol de las economías campesinas dentro de la economía nacional

Según los datos recogidos del libro de GONZALES DE OLARTE³⁴, la población de las comunidades campesinas representa una sexta parte de la población nacional (alrededor de 3 500 000 habitantes). Aunque ciertamente como número de habitantes representan un porcentaje alto, no puede decirse lo mismo de su participación en el PBI, que actualmente es de 4%, siendo su participación dentro del ingreso nacional de alrededor de 4% o 5%³⁵, lo que quiere decir que son sumamente pobres. Esta escasa participación se debe sobre todo al modelo de crecimiento seguido por nuestro país a partir de los años sesenta: «primario-exportador y semi-industrial dependiente» (PESID), pues la agricultura ha sido la actividad económica más importante de estos grupos.

³⁴ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 177.

³⁵ *Ibidem*, p. 55.

Además, como señala FIGUEROA³⁶, existe una desproporción entre población y control de los recursos, pues los grupos a los que él denomina *minifundistas* (serían minifundios los predios agrícolas situados en el Perú con una extensión menor a las 5 ha) representan alrededor del sesenta por ciento de las familias rurales, y en cambio poseen sólo el 33% de las tierras cultivadas. Esta desproporción se hace aún más evidente si se evalúa la calidad de los recursos que manejan.

Existen datos, además, que pondrían en evidencia la poca permeabilidad de estos grupos frente al mercado, como por ejemplo el que en líneas generales suelen ser los menos afectados por las políticas económicas del gobierno³⁷.

En base a los datos que hemos señalado, muchos han concluido que se trata de pequeñas economías situadas fuera del mercado, aunque existe una corriente que asume que estas economías se encuentran *articuladas* pero no *integradas* al mercado (FIGUEROA 1988, GONZALES DE OLARTE 1994).

Desde nuestro punto de vista sí existe una cierta dependencia de los sectores comuneros campesinos respecto del mercado, que se manifiesta en aspectos como la variación de la estructura de precios campesinos como consecuencia de la mayor importancia que actualmente se concede a los impuestos indirectos; la determinación de la oferta campesina en base a las demandas de las ciudades cercanas a ella (aunque debemos recordar que se trata de una oferta sumamente inelástica), o la afectación de los ingresos campesinos por las antiguas políticas de subsidio de los productos alimenticios en beneficio de las poblaciones urbanas (años 1985-1988).

2.2 Las decisiones familiares son más importantes que las comunales

Cualquier estudio sobre el comportamiento de estos grupos puede ser efectuado en dos niveles distintos: el de la comunidad como organización, o a nivel de las familias campesinas consideradas como unidades de producción.

Nosotros daremos un mayor énfasis al estudio de las familias, pues, como señala FIGUEROA³⁸, las decisiones económicas se dan primordialmente a ese nivel.

³⁶ FIGUEROA, 1989, p. 15.

³⁷ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 326.

³⁸ FIGUEROA, 1989, p. 91.

2.2.1 Principales actividades económicas

Aunque la actividad económica más representativa del campesino típico del Ande sea la actividad agropecuaria, no debemos olvidar que éstos desarrollan también otros tipos de actividades, como por ejemplo la confección de artesanías y *souvenirs* (Cusco, Puno y Ayacucho), y la venta de su fuerza de trabajo, ya sea dentro de su comunidad o al exterior de ella.

FIGUEROA³⁹ señala que existe un proceso de proletarización de la familia campesina, en base al estudio que hace de la estructura de sus ingresos monetarios; así, señala que el 14% proviene de la venta de bienes agrícolas; 23%, del ganado; 24%, de otras actividades (incluido el comercio); 22%, de salarios en el mercado local, y 17%, de salarios en el mercado de trabajo exterior. Esta proporción de cerca del cuarenta por ciento del ingreso monetario familiar proveniente de la venta de su fuerza de trabajo, hace que «la familia campesina de hoy sea también una familia proletaria»⁴⁰.

La principal mercancía de intercambio con el mercado, que poseen los campesinos, es, pues, su fuerza de trabajo; sin embargo, su ingreso al mercado está condicionado por la demanda que de ella exista. Debido al bajo nivel educativo que por lo general suelen tener los comuneros campesinos, en muchos casos sólo pueden vender su trabajo al interior de su propia comunidad; y son, en los casos en que existe relación con los mercados de trabajo capitalistas (agropecuarios y no agropecuarios), totalmente dependientes de las variables que pueda tener la demanda⁴¹.

2.2.2 Aversión al riesgo

El patrón de comportamiento de un sujeto racional, dentro del paradigma neoclásico, es el de un maximizador de beneficio. El comportamiento económico de los grupos que estudiamos ha sido definido como el de unos minimizadores de riesgos: «esta familia preferirá entonces una pequeña pérdida en su ingreso a la pequeña posibilidad de sufrir una gran pérdida»⁴². Este tipo de comportamiento, en apariencia ineficiente, se debe a dos factores principalmente: el que prácticamente todas las acti-

³⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁰ *Ídem*.

⁴¹ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 120.

⁴² FIGUEROA, 1989, p. 92.

vidades económicas de la sierra están sujetas a riesgo, y, en segundo lugar, a que estas familias son sumamente pobres⁴³.

Este tipo de comportamiento se manifiesta, tanto en la diversificación de actividades (como vimos, suelen tener variadas fuentes de ingreso), como en la diversificación de los productos agrícolas que cultivan, lo cual les permite un más *eficiente* control de los riesgos derivados del clima y la altura. Por ello, una misma familia suele cultivar distintos productos de acuerdo a la distinta ubicación de sus parcelas en determinados pisos ecológicos. Sin embargo, esta estrategia ha llevado en muchos casos a una excesiva fragmentación de la propiedad, lo cual conlleva una agricultura muy poco intensiva. Para el caso de las comunidades de la sierra sur que estudia FIGUEROA, el número de parcelas que posee una familia varía desde nueve hasta 84, presentándose casos como los de Culta y Jacantaya en que existen parcelas tan pequeñas que se miden por número de surcos cuya longitud no supera los 20 metros⁴⁴.

Como es lógico, esta excesiva fragmentación de la propiedad del recurso tierra impide la especialización de la familia comunera en un solo cultivo, y dificulta enormemente los actos de disposición, hacia afuera de la comunidad, de estas propiedades.

2.2.3 Escasa capitalización

Éste es seguramente el problema más grave que impide el desarrollo económico de estos grupos, pues existe una capacidad de ahorro tan pequeña, en la mayoría de los casos, que impide la acumulación de capital. Las pocas utilidades que se obtienen, mayoritariamente alcanzan sólo para cubrir las necesidades más urgentes.

Además, debemos señalar la baja tasa de retorno de la inversión en esta actividad, lo que impide la inversión de nuevos capitales. Dadas las actuales condiciones de tecnología, así como los condicionantes naturales (como el clima y la altura), además de la existencia de riesgos, la rentabilidad de las actividades agropecuarias suele estar por debajo de la tasa de interés vigente, lo cual señala un límite a la inversión capitalista⁴⁵.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ FIGUEROA, 1989, p. 37.

⁴⁵ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 71.

2.3 Mercado de tierras

Un dato de dolorosa comprobación es que, a pesar de su larga tradición agraria, el Perú es un país con muy poca superficie cultivable (se señala que solo un 2,5% del territorio nacional es aplicado a la agricultura⁴⁶). En la sierra sólo se cultiva el 5% de la superficie total, que, además (debemos recordarlo), suelen ser tierras de muy baja calidad que se encuentran generalmente a alturas que oscilan entre los 3 000 y 4 000 m.s.n.m.⁴⁷.

Respecto al grado de concentración de las tierras, se señala que existe una relación inversa entre éste y la pobreza de las comunidades⁴⁸, lo que quiere decir que, paradójicamente, donde existe mayor acumulación existe menos pobreza. En los casos estudiados por GONZALES DE OLARTE (1994), el coeficiente Gini varía de 0,32 a 0,46⁴⁹.

Estos datos resultarían consistentes con la posibilidad de que una mayor concentración de tierras produciría campesinos más eficientes y competitivos, liberando los excedentes de población a otras actividades más rentables. Lógicamente, esto debe ir acompañado de un aumento en la demanda de trabajo en otros sectores, y de un aumento en el nivel educativo de los campesinos.

Lo que queda comprobado es, pues, que el recurso tierra es sumamente escaso, y no existe posibilidad (aparentemente) de una ampliación de la frontera agrícola serrana⁵⁰.

BULLARD⁵¹ señala que existe un mercado restringido de tierras entre miembros de la propia comunidad y que no existen prácticamente transferencias de tierras a sujetos extraños a ella. GONZALES DE OLARTE⁵² también señala que existe un intercambio de tierras entre los miembros de la comunidad mediante sistemas como el de aparcería, o el del canje (que permite, por ejemplo, que dos familias intercambien sus parcelas debido a la distancia que existe entre éstas y sus residencias).

Como vemos, aun este mercado restringido lleva a soluciones eficientes, pues no cabe duda de que transferir parcelas por razones de distancia, o cuando existe una excesiva fragmentación de la propiedad,

⁴⁶ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 60.

⁴⁷ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 61.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 83.

⁴⁹ El coeficiente Gini mide la concentración relativa y varía desde una perfecta distribución (0) hasta una completa desigualdad (1).

⁵⁰ *Ibidem*, p. 82.

⁵¹ BULLARD, 1990, pp. 347-357.

⁵² GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 86.

resulta una respuesta adecuada de un individuo con un comportamiento económico racional.

La ausencia de un mercado «externo» de tierras debe ubicarse en la presencia de dos elementos: la existencia de normas legales que prohibían su enajenación, no importando lo eficientes que pudiesen resultar tales transferencias, y la ya señalada ausencia de atractivos para la inversión de nuevos capitales.

2.3.1 La inmigración

Una hipótesis bastante común es la que señala que en la sierra existe una sobrepoblación campesina⁵³. Esto se vería corroborado por las altas tasas de migración que vienen haciendo que la proporción de población urbana aumente en detrimento del porcentaje de población rural.

Según los datos aportados por FIGUEROA⁵⁴, alrededor de tres de cada cuatro hijos que tiene una familia campesina salen de la comunidad con un destino que es generalmente urbano, lo que graficaría la escasa capacidad de retención que tiene la comunidad respecto a la nueva fuerza laboral.

La migración campesina tiene dos formas: la migración temporal, y la permanente o definitiva. Como señalamos anteriormente, una buena parte del ingreso monetario de la familia campesina proviene de la venta de su fuerza de trabajo en mercados externos a la comunidad; esto se logra principalmente mediante la migración temporal. Para la sierra sur, considerada como un todo, FIGUEROA⁵⁵ ha estimado que la familia campesina típica utiliza 34 días-persona de su fuerza laboral para migrar temporalmente.

Un dato interesante, que suele vincularse al retorno de los que migraron sin intención de retorno, es el vinculado al hecho de que estos migrantes no suelen vender sus tierras antes de irse; es decir, no existe un mercado de tierras producido por la migración⁵⁶.

El migrante «no quema sus naves» al irse. En este sentido, existe una estrategia en el comportamiento económico: «el migrado sigue ligado a la comunidad donde tiene una reserva en las parcelas suyas o de sus padres, donde puede retornar en caso de fracasar»⁵⁷.

⁵³ FIGUEROA, 1989, p. 17.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 116.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 120.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 122.

2.4 Bases económicas para la existencia de la comunidad campesina

Como adelantamos, nosotros no creemos que la comunidad campesina sea únicamente una organización económica creada con el fin de garantizar la subsistencia de los campesinos más pobres; creemos que existen también una serie de elementos culturales que son base de esta forma de organizarse.

La comunidad campesina tendría, según GONZALES DE OLARTE, tres esferas de actuación: una en la organización económica (mediante la asignación de recursos entre individuos y colectivos); otra en la organización socio-política (vinculada con el gobierno de la comunidad), y otra en la esfera ideológico-cultural (que es la que permite la reproducción de esta forma de organización mediante la transmisión de ciertos valores y códigos de comportamiento)⁵⁸.

La existencia de la comunidad, como organización económica, se daría por la existencia de una serie de factores, vinculados, tanto a la pobreza de sus miembros como a las adversas condiciones naturales de sus territorios.

La existencia de organizaciones colectivistas se basaría en la imposibilidad individual para llevar a cabo ciertas actividades, como, por ejemplo, la compra de un tractor que supera las capacidades financieras de las familias⁵⁹. En general, la existencia de *economías de escala* justificaría el modo de producción colectivo en la medida que los costos medios colectivos sean menores que los costos medios familiares⁶⁰.

La forma de organización comunal también permite la aparición de algunas *externalidades positivas*; se cita, por ejemplo, el caso del que, protegiendo de la erosión sus tierras ubicadas en las laderas de los cerros, protege al mismo tiempo las tierras de otros ubicadas en los valles cercanos⁶¹. Esto, como es claro, no se condice con nuestro objetivo de eficiencia, que busca que la tasa privada de beneficios tienda a ser igual a la tasa social de beneficio⁶².

Dentro de la comunidad campesina existen una serie de *bienes públicos*, es decir, son bienes que pueden ser usados por cualquiera y no se puede excluir a nadie de su uso. Algunos casos (como el de las postas médicas, por ejemplo) se vinculan a la imposibilidad de conseguir estos

⁵⁸ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 174.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 185.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 196.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 197-198.

⁶² Ver cita número 5.

bienes por medio del esfuerzo individual. Pero existen otros bienes, como los pastos, que en gran parte de las comunidades son de uso común. La causa de esto se ubicaría (para nosotros) en la escasa cantidad de ganado que poseen por lo general los comuneros, por lo cual en muchos de los casos estas externalidades negativas son tan pequeñas que no justifican el establecimiento de reglas de apropiación; y en el caso inverso, cuando sí existen familias que poseen abundante ganado, las comunidades suelen establecer ciertas reglas (*property rights*), como por ejemplo, la saca obligatoria⁶³.

Como se señala en los estudios que consultamos (FIGUEROA 1989, GONZALES DE OLARTE 1994, MATOS MAR 1964), dentro de las comunidades existen diferencias económicas entre las familias. Así, existen familias pobres, medias y ricas. Uno de los objetivos de la comunidad sería *redistribuir* algunos excedentes entre sus miembros más pobres, o entre aquellos que son afectados por alguna desgracia. De esta forma, la comunidad actuaría como una especie de seguro⁶⁴; esto se justifica por la extrema pobreza de la mayoría de sus integrantes, para los cuales la pérdida de las cosechas de un año podría ser catastrófica.

La mayoría de las afirmaciones que acabamos de hacer abonarían en favor de la tesis de que la existencia de la comunidad campesina se justifica por ser un medio de subsistencia en circunstancias de gran pobreza, pero que no tendría ningún sentido si los campesinos fuesen más ricos. Este tema, y la posibilidad de la desaparición de esta forma de organización cuando los campesinos logren que su actividad individual sea más productiva que la colectiva, son los temas que tocamos en el siguiente subcapítulo.

2.5 Libertad de elegir

«Recuerdo haber tenido en Londres, con el escritor Shiva Naipaul, que acababa de regresar de allí, una discusión sobre Singapur. Según él, ese progreso, la rápida modernización, eran un crimen cultural contra los singapurenses, quienes estaban por ello “perdiendo su alma”. ¿Eran más auténticos antes, cuando vivían rodeados de pantanos, cocodrilos y mosquitos, que ahora que viven entre rascacielos? Más pintorescos, sin duda, pero estoy seguro que todos ellos —todos los habitantes del Tercer Mundo—

⁶³ GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 199.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 200 y ss.

estarían dispuestos a dejar de ser pintorescos a cambio de tener trabajo y vivir con un mínimo de seguridad». (Mario Vargas Llosa, cita a pie de página número 22, en *El pez en el agua*.)

Taquile es una comunidad ubicada en una pequeña isla de la parte peruana del lago Titicaca. En la actualidad es muy conocida por el alto nivel de desarrollo del turismo receptivo en ese lugar, y también por la alta calidad de sus tejidos, todo ello obra del esfuerzo individual y también comunal, que aunque no hayan hecho de esa isla un lugar de gran bonanza económica, han permitido sin duda alguna que sus habitantes tengan un nivel y calidad de vida superiores al de la gran mayoría de habitantes de lo que se denomina la «mancha india»⁶⁵.

En 1964, Matos Mar publicó un estudio sobre la propiedad en la isla de Taquile, en el que narra la lucha de esta comunidad por alcanzar la propiedad de estas tierras. Los litigios contra los propietarios no comuneros de estas islas son casi tan antiguos como la conquista española; por fin, a mediados del presente siglo los taquileños pudieron adquirir mediante compraventas el dominio absoluto sobre estas tierras.

El desarrollo de esta isla —durante el período que estudia MATOS MAR— se da alrededor de dos focos: la revolución que supuso —para el transporte en la isla— la aparición de lanchas con motor fuera de borda (que permitió «acortar distancias»), pero, sobre todo, la adquisición de la propiedad sobre estas islas:

«En el aspecto económico constituye una liberación: ya no serán, más, colonos; con tierras propias tienen asegurada una mejor posición humana y una sobrevivencia básica, se trabaja mejor la tierra, se obtienen mayores rendimientos, lo que se traduce en una mejor dieta; sin hambre existen fuerzas para dedicarse a otras actividades [...]»⁶⁶.

Sin embargo, la adquisición de la propiedad sobre la gran mayoría de las tierras situadas en la isla no supuso el establecimiento de la propiedad comunal sobre ellas; se asignó parcelas de propiedad privada para cada familia y se presentó también un proceso de acumulación en manos de algunas familias (como los Huata); empero, ello no impidió que

⁶⁵ Se denomina así a las 2 894 comunidades campesinas situadas en Cusco, Puno, Ayacucho, Huancavelica y Apurímac, que conforman el 62% de las organizaciones de este tipo en nuestro país. Datos recogidos de GONZALES DE OLARTE, 1994, p. 177.

⁶⁶ MATOS MAR, 1964, p. 71.

se mantuvieran las costumbres ancestrales, como por ejemplo, la elección libre de la forma tradicional de sus autoridades⁶⁷.

Como vemos, la acumulación de tierras en manos de algunas familias no implica necesariamente la desaparición de la comunidad (por lo menos hasta ciertos niveles de acumulación), y existen otros elementos de cohesión, como son la elección de las autoridades o la celebración de sus fiestas y cargos religiosos.

Durante la segunda década del presente siglo, y por mucho tiempo después, es que se empieza a argumentar que el principal problema del indio es el relacionado a la tenencia de sus tierras (Víctor Andrés Belaunde, después Mariátegui, Haya de la torre, Castro Pozo, entre otros). Con la reforma agraria emprendida a fines de los años sesenta, se da un gran paso hacia la solución de este problema; en la actualidad las demandas sociales son de otro tipo: se exige salud, educación, crédito agrario; etc.⁶⁸. En ese sentido, el problema ya no es el acceso a la tierra, sino cómo obtener una productividad mayor y más competitiva que permita salir de la pobreza.

Pero además, como señalamos anteriormente, tal vez el recurso más importante de estas comunidades no sean sus tierras, sino su fuerza de trabajo, un recurso que es desperdiciado debido a la escasa capacitación que tienen los campesinos, que deben enfrentar con temor la posibilidad de incorporarse a otras economías de mercado ajenas a su comunidad debido a que manejan códigos de conducta distintos a los de los centros urbanos. Lamentablemente, cuando los campesinos migran las únicas oportunidades de trabajo que generalmente se les presentan están relacionadas a los oficios peor remunerados; ello se explica porque una gran mayoría de ellos sólo tiene estudios primarios incompletos.

Pero la importancia de saber manejarse en los códigos que impone la sociedad misma no se manifiesta sólo al momento de migrar; también se hace patente cuando los grupos campesinos hacen demandas frente al aparato estatal. Así por ejemplo, para muchas comunidades quechuo-hablantes resulta un recurso importante contar con personas que hablen castellano:

«Nos ayudan a hablar así, porque mayormente los campesinos no estamos al tanto de hablar así; entonces ya ellos, al hablar así, nos están ayudando» (testimonio de Nicanor Taipe, comunero de Coñamuro)⁶⁹.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 67.

⁶⁸ SULMONT HAAK, 1995, p. 170.

⁶⁹ Tomado de SULMONT HAAK, 1995, p. 89.

En este sentido, si consideramos además que las leyes están siempre redactadas en castellano, al igual que los contratos, notamos lo altísimos que pueden resultar los costes de transacción vinculados a la obtención de información legal, y a la celebración de contratos a los que se desee revestir de alguna solemnidad para conseguir mayor seguridad jurídica.

Así es como nos damos cuenta que el verdadero gran problema es la pobreza, y no necesariamente el tener tierras; sin embargo, nuestra regulación legal, en los últimos veinticinco años, ha estado orientada a mantener esta situación, tal vez orientada por la creencia de que la falta de información de los campesinos los iba a llevar a la celebración de transferencias siempre ineficientes.

Como vemos, existen unos costes de transacción sumamente elevados, lo que en términos cousianos justificaría la intervención de una norma estatal para corregir esta deformación. Sin embargo, la regulación no se orientó al abaratamiento de estos costes, sino que sacó del comercio estos bienes mediante reglas de inalienabilidad. Nosotros creemos que la mejor manera de hacerlo hubiese sido la promoción de la educación.

Adicionalmente parece existir un temor, común en mucha gente (legisladores sobre todo), de que la acumulación y el acaparamiento de tierras al interior de la comunidad lleven a la postre a la desaparición de estas comunidades. Sin embargo, no se han tomado en cuenta hechos como la menor pobreza relativa de las comunidades donde el coeficiente Gini para acumulación de tierras es mayor, y, lo que es peor, no siempre se han tomado en cuenta las demandas campesinas. Es decir, muchas veces se han elaborado los dispositivos legales sin tomar en cuenta las aspiraciones de los afectados. En todo caso, las únicas personas que debieran decidir si mantienen o no su organización comunal son los mismos campesinos, pues no debemos olvidar que si existe un sistema de libre transferibilidad y una adecuada información, los comuneros dejarán de serlo si y sólo si después de su análisis de costos y beneficios descubren que eso es lo mejor para ellos.

Lo expuesto hasta aquí evidencia que nunca se permitió a los campesinos elegir libremente. Se olvidó que cuando existe libertad e información adecuada las transferencias son eficientes, y se olvidó también que la pobreza sólo se combate creando mayor riqueza. Sin embargo, al parecer el legislador se dejó llevar por otros criterios. Posiblemente le pareció más importante conservar estas organizaciones por considerarlas parte de nuestra cultura, sin importarles demasiado la condena a la mayoría de sus miembros a vivir en la pobreza extrema.

III

Durante la vigencia de la Constitución Política de 1979, y también hasta la dación del decreto legislativo 653, las tierras de las comunidades campesinas y nativas, y las propiedades rurales en general, estuvieron sujetas a un régimen legal distinto al de las normas que sobre los derechos reales posee nuestro código civil.

Como ya se adelantó, nuestra anterior Constitución Política señalaba que las tierras de las comunidades campesinas eran inalienables, inembargables e imprescriptibles. Del mismo modo, el hoy derogado artículo 883 de nuestro código civil señalaba que los derechos reales sobre los predios rústicos eran regulados por la ley de la materia.

Hoy en día todos los derechos sobre las tierras susceptibles de uso agrícola se rigen por la ley 26505 y por el Código Civil.

3.1 Normas constitucionales

El capítulo VI de nuestra actual Constitución es la norma marco del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas.

El artículo 88 de dicho cuerpo de leyes señala:

«El Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona.

Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta.»

Una disposición que llama la atención es la posibilidad reservada a la ley para fijar los límites y la extensión de las propiedades. A nuestro modo de ver, y conforme al análisis realizado en los capítulos precedentes, esta norma resulta ineficiente, por cuanto en su afán de garantizar (posiblemente) el acceso de todos a la propiedad, y evitar (seguramente) la aparición de latifundios, impediría una serie de transacciones eficientes. Como señalamos antes, las tierras de la sierra son por lo general de baja calidad y una explotación intensiva de las mismas generalmente sólo se puede lograr si se poseen extensiones relativamente grandes. Imaginemos que la ley señale que la extensión máxima de tierras que alguien puede poseer en las provincias altas del departamento del Cusco es de 100 hectáreas. Imaginemos también al eficiente agricultor individual

Juan Quispe, quien por su esfuerzo ha llegado a ser propietario de un fundo de 100 hectáreas conformado por pastos naturales, en los cuales cría ganado ovino y lanar. El día de hoy Juan Quispe descubre que resultaría rentable dedicarse al engorde de ganado vacuno, ya que posee suficiente cantidad de pastos, pero tiene un problema: sus tierras poseen poca agua; en cambio su vecino, José Huata, comerciante de un pueblo vecino, posee una pequeña propiedad de siete hectáreas, en medio de las cuales existe un puquio (manante de agua). José Huata valora estas tierras en 200 unidades monetarias. Juan Quispe piensa que el terreno de su vecino vale por lo menos 300 unidades monetarias, pero para tener una mayor ganancia le propone a José comprársela en 250 unidades, y este último acepta esta transacción. Como vemos, de esta transacción se derivarían unos beneficios equivalentes a 100 unidades monetarias; sin embargo, la presencia de un límite legal, posiblemente arbitrario, impedirá tal transacción.

Por otro lado, el último párrafo del artículo que venimos comentando al parecer nos estaría hablando de la pérdida del dominio por el abandono, lo cual sí resultaría compatible con nuestro objetivo de eficiencia, por cuanto sería una sanción para aquellos que desperdicien un bien escaso; sin embargo, el artículo 5 de la ley 26505 fija el alcance y contenido de esta norma constitucional, señalando que «sólo se refiere a las tierras adjudicadas en concesión por el Estado, en los casos de incumplimiento de los términos y condiciones de aquélla». No obstante la existencia de esta última norma, nosotros creemos que también resulta aplicable el artículo 968 del Código Civil, que en su inciso 4 señala que la propiedad se extingue por abandono del bien durante veinte años, en cuyo caso el predio pasa al dominio del Estado. Además nos parece que, en tanto no sean tierras de comunidades campesinas o nativas, rigen también las normas de prescripción adquisitiva de dominio, que son una forma en que el Derecho reasigna los bienes cuando el mercado no pudo llevar a cabo una transacción en apariencia eficiente.

Dice el artículo 89 de la Constitución:

«Las comunidades campesinas y nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior.

El Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas.»

En primer lugar, deseamos señalar que el reconocimiento de la capacidad que tienen las comunidades campesinas para disponer o usar libremente sus tierras nos parece un gran avance respecto a las normas que antes existieron.

Esta norma también señala que la propiedad de las tierras de estas comunidades es imprescriptible, pero debe ser analizada con mucho cuidado, pues tanto puede ser considerada como un obstáculo para la obtención de mayor eficiencia económica, al proteger un comportamiento no diligente, como puede al mismo tiempo evitar transferencias ineficientes de estas tierras. Aunque desconocemos la *ratio legis* de esta norma, nos atrevemos a suponer que la norma pudo haber sido diseñada con el objeto de proteger a todas aquellas comunidades campesinas y nativas que fueron desplazadas por la violencia terrorista. Otro motivo que pudo estar presente en la mente del constituyente es la existencia de tierras en «descanso» (no cultivadas) en la mayoría de las comunidades campesinas, debido al sistema de rotación, que evita que muchas tierras se esquilmen. Si este último fue el motivo de la norma, no cabe duda de que hubiese resultado más eficiente determinar que los plazos prescriptorios no corren durante el tiempo en que la tierra ha sido puesta en «descanso».

3.2 Ley de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas

A partir del 18 de julio de 1995 se encuentra vigente la ley 26505. Nos parece especialmente interesante realizar un comentario de su artículo 11, que señala:

«Para disponer, gravar, arrendar, o ejercer cualquier otro acto sobre las tierras comunales de la Sierra o Selva, se requerirá del acuerdo de la asamblea general con el voto conforme de no menos de los dos tercios de todos los miembros de la comunidad.»

Como señalamos anteriormente, los individuos pueden realizar transferencias ineficientes (y también otro tipo de actos) debido a la presencia de información falsa o incompleta. Nos parece que el razonamiento que se halla detrás de esta norma está vinculado a evitar este tipo de decisiones, pues en todo caso parece menos probable que se equivoquen muchas personas a que se equivoque una sola.

Sin embargo, esta norma revela tener también un carácter sumamente conservador, y al parecer inclinado al mantenimiento de las formas tradicionales, por cuanto exige una cantidad de votos en realidad bastante elevada y que en muchos casos puede representar un costo de transacción bastante alto. Recordemos que la migración temporal es un fenómeno bastante común en estos lugares, por lo cual no siempre resultará fácil reunir a todos los miembros de la comunidad, salvo en épocas como la de la cosecha. Del mismo modo, se pueden presentar casos como el de alguna comunidad en la que, por ejemplo, el 65% de los miembros estén de acuerdo en hipotecar las tierras, pero debido a la exigencia de una mayoría superior a los dos tercios no se podrá tomar la decisión, generándose así externalidades negativas, ya que una gran mayoría deberá cargar con las consecuencias de la decisión de una minoría.

Conclusiones

Para finalizar, debemos señalar que no basta con el reconocimiento de la capacidad de las comunidades campesinas para disponer libremente de sus tierras, para que de inmediato se lleven a cabo todas las transferencias que reporten beneficios a las partes —reassignando este recurso a sus usos más valiosos—, debido principalmente a las razones siguientes:

– La existencia de altos costos de transacción vinculados a la obtención de información, y lo costoso que resulta la negociación misma para los campesinos.

– El comportamiento minimizador de riesgos, presente en los campesinos, hará que muchas veces, después de realizado un análisis del costo oportunidad, no se adopte una decisión diferente a la tradicional, aun si fuese más beneficiosa. Creemos definitivamente que la situación de pobreza en que vivieron estos grupos durante tanto tiempo, hará que exista una demora en el cambio del patrón de comportamiento.

– La baja tasa de retorno para la inversión en la agricultura serrana hace que no exista aún un grupo de gente interesada en invertir nuevos capitales, o incluso en conceder créditos a los campesinos.

Bibliografía

BULLARD GONZALES, Alfredo

1990 *La relación jurídico patrimonial. Reales vs. obligaciones*
Lima: ARA Editores

BULLARD GONZALES, Alfredo

1991 «Un mundo sin propiedad»
En: *DERECHO*, n.º 45, diciembre, Programa Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

CALABRESI, Guido, y MELAMED, Douglas

1992 «Reglas de la propiedad, reglas de la responsabilidad e inalienabilidad: un vistazo a la catedral»
En: *THEMIS*, n.º 21, Lima

CASTRO POZO, Hildebrando

1973 *Del ayllu al socialismo cooperativista*
(1936) Lima: PEISA

DEMZET, Harold

1980 «Hacia una teoría general de los derechos de propiedad»
(1967) En: *Información Comercial Española*, n.º 557, enero

FIGUEROA, Adolfo

1989 *Economía en la sierra del Perú* (4.ª edición)
Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú

FRIEDMAN, Milton y Rose

1983 *Libertad de elegir*
Barcelona: Ediciones Orbis S.A.

FUKUYAMA, Francis

1990 «¿El fin de la historia?»
En: *Clave*, n.º 1, abril, Madrid

GONZALES DE OLARTE, Efraín

1994 *En las fronteras del mercado: economía política del campesinado en el Perú*
Lima: Instituto de Estudios Peruanos

HAYEK, Friedrich A.

1978 *Camino de servidumbre*
Madrid: Alianza Editorial, reimpresión corregida

MATOS MAR, José

1964 «La propiedad en la isla de Taquile (lago Titicaca)»

En: *Estudios sobre la cultura actual del Perú*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

MILL, John Stuart

1980 *Sobre la libertad*
(1859) Madrid: Aguilar

MISES, Ludwig von

1986 *La acción humana* (4.ª edición)
Madrid: Unión Editorial S.A.

NORTH, Douglas C.

1984 *Estructura y cambio en la historia económica*
Madrid: Alianza Editorial

NORTH, Douglas C., y THOMAS, Robert Paul

1976 *The rise of the Western World. A new economic history*
Cambridge: Cambridge University Press

ORREGO PENANGOS, Juan Luis

1994 «Ilusiones liberales, civiles y élites en el Perú del siglo XIX»
En: *HISTÓRICA*, volumen XVIII, n.º 1, Departamento de Humanidades, Pontificia Universidad Católica del Perú

PASTOR, Santos

1984 «Una introducción al análisis económico del Derecho»
En: *Hacienda Pública Española*, n.º 89

PERÚ

Constitución Política de 1979

Constitución Política de 1993

Código Civil

Ley 26505, de la Inversión Privada en el Desarrollo de las Actividades Económicas en las Tierras del Territorio Nacional y de las Comunidades Campesinas y Nativas

SULMONT HAAK, David

1995 *Estado, ciudadanía y grupos sociales en la sociedad rural andina: estudio de caso en la provincia de Quispicanchis-Cusco*, tesis (lic.), Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Ciencias Sociales

TORRES LÓPEZ, Juan

1987 *Análisis económico del Derecho*
Madrid: Tecnos

TRAZEGNIES, Fernando de

1992 *La idea de Derecho en el Perú republicano del siglo XIX*
Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Crónica del Claustro

1 Seminarios de Integración

En 1995 se organizaron las áreas en base a la designación de un Comité Asesor y un Coordinador, quienes tienen la tarea de organizar y preparar en coordinación con la Directora de Estudios los Seminarios de Integración del Plan nuevo.

Área de Derecho civil patrimonial

Integrantes: Gastón Fernández Cruz (Coordinador), Jorge Avendaño y Felipe Osterling.

Área de Derecho civil no patrimonial

Integrantes: Róger Rodríguez (Coordinador), César Fernández Arce y Benjamín Aguilar.

Área de Derecho constitucional y administrativo

Integrantes: César Valega (Coordinador), Domingo García Belaunde y Miguel de Althaus.

Área de Derecho internacional

Integrantes: Elvira Méndez Chang (Coordinadora), César Delgado Barreto y Eduardo Ferrero.

Área de Derecho laboral

Integrantes: Javier Neves (Coordinador), Mario Pasco Cosmópolis y Carlos Blancas Bustamante.

Área de Derecho tributario

Integrantes: Armando Zolezzi (Coordinador), Humberto Medrano y Luis Hernández.

Área de Derecho mercantil y de empresa

Integrantes: César Pérez Vásquez (Coordinador), Enrique Elías Laroza y Enrique Normand.

Área de Derecho penal

Integrantes: Alejandro Solís (Coordinador), César San Martín y José Ugaz.

Área de teoría general del Derecho

Integrantes: René Ortiz Caballero (Coordinador), Fernando de Trazegnies y Marcial Rubio Correa.

Área de Derecho procesal

Integrantes: Fausto Viale Salazar (Coordinador), Lorenzo Zolezzi y Juan Luis Avendaño.

En el semestre 1996-1 se está ofreciendo el Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil, a cargo de Jorge Avendaño Valdez, y el Seminario de Integración en Derecho Constitucional, a cargo de Domingo García Belaunde.

Para el semestre 1996-2 se ofrecerán, adicionalmente, los siguientes Seminarios de Integración: *Derecho Laboral* (a cargo de Javier Neves); *Derecho Tributario* (a cargo de Luis Hernández); *Derecho Penal y Procesal Penal* (a cargo de Víctor Prado Saldarriaga), y *Teoría General del Derecho* (a cargo de René Ortiz Caballero).

2 Convenios

Universidad Nacional Autónoma de México (Instituto de Investigaciones Jurídicas)

Los siguientes profesores realizaron estancias de dos meses aproximadamente: Mario Castillo y Samuel Abad.

Universidad de Warwick

Se seleccionó al segundo becario para seguir maestría en Warwick, siendo beneficiado Miguel Denegri.

El 4 y 5 de diciembre de 1995 Mike McConville ofreció dos conferencias sobre Derecho penal: «Los orígenes de la institucionalización del sistema de justicia negociada en los Estados Unidos; algunas lecciones de la historia», para los profesores y estudiantes, y «Últimos avances de la justicia criminal en Gran Bretaña», para la Academia Nacional de la

Magistratura. La primera de ellas se dictó en la Facultad y la segunda en el Centro Cultural.

Se publicó el libro *Desafíos constitucionales contemporáneos*, con las conferencias dictadas en Warwick y en Perú por profesores de ambas universidades.

El 20 y 21 de marzo de 1996 se llevó a cabo en el auditorio del Centro Cultural un Seminario sobre Arbitraje a cargo de Frank Griffith Dawson, quien trató los siguientes temas: «La función del Poder Judicial en los procedimientos arbitrales» y «Aplicación de los laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York: inmunidad soberana y otros problemas».

El convenio con Warwick será prorrogado por un período adicional ampliando sus alcances.

Universidad de Friburgo

Se organizó el Congreso de Derechos Culturales los días 17 y 18 de julio de 1995. El certamen tuvo carácter multidisciplinario. Fueron expositores, por la Universidad de Friburgo: Pedro Ramírez, Vicerrector de la Universidad; José Hurtado Pozo, Decano de la Facultad de Derecho; Ives Le Roy y Marco Borgui. Por la Universidad Católica expusieron: Franklin Pease García Yrigoyen, Decano de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas; Enrique Carrión, profesor de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas, y Antonio Peña, profesor de la Facultad de Derecho.

Universidad de Wisconsin

En julio de 1995 visitó la Facultad de Derecho Daniel O. Bernstine, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin, a fin de coordinar los términos para el establecimiento de un convenio entre ambas Facultades. El Consejo de Facultad, en su sesión del 13 de julio, acordó incorporar a la Facultad de Derecho y al Departamento de Derecho al profesor Bernstine, como Profesor Principal Honorario.

El 16 de abril de 1996 se llevó a cabo la ceremonia de firma del Convenio de cooperación académica entre la Facultad de Derecho de nuestra Universidad y la de Wisconsin. Un aspecto principal de este convenio es la posibilidad de que alumnos puedan estudiar un semestre –y los profesores puedan realizar estadias de investigación y dictar cursos– en la otra universidad.

Colegio de Abogados de Lima

El 10 de mayo de 1995 se firmó el Convenio de cooperación interinstitucional entre el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y nuestra Facultad. Este convenio permitió la realización de los siguientes certámenes:

a) Seminario de Derecho Laboral: «Ley de Fomento del Empleo. Principales modificaciones al decreto legislativo 728». Se llevó a cabo del 22 al 25 de agosto de 1995. Los temas, expositores y panelistas fueron: i) «Estabilidad laboral, contrato de trabajo, capacitación para el trabajo y período de prueba». Expositores: Ricardo Marcenaro y Jorge Vega Rendón. Panelistas: Edmundo Villacorta y David Lobatón. ii) «Contratación temporal e intermediación en las relaciones laborales». Expositores: Víctor Ferro y Javier Neves. Panelistas: Jaime Beltrán, Luis Vinatea y Javier Dolorier.

b) Seminario de Derecho Tributario: «Problemas y alternativas». Se llevó a cabo del 26 al 28 de setiembre de 1995. El seminario tuvo los siguientes expositores y temas: César Luna-Victoria León («Agenda pendiente. Problemas y alternativas»), Adrián Revilla («Lineamientos de la política actual de la SUNAT»), Humberto Medrano («Impuesto mínimo a la renta»), Luis Hernández Berenguel («Impuesto a la renta»), Javier Luque Bustamante («Impuesto general a las ventas»), Armando Zolezzi Möller («Infracciones y sanciones tributarias») y Jorge Danós («Tributación municipal»).

c) Fórum «Reestructuración empresarial. Presente y futuro». Se llevó a cabo del 22 al 24 de noviembre de 1995. Los siguientes expositores: Francisco Echeandía, Ricardo Beaumont Callirgos, licenciada Norma Poilti Figallo, Hernando Montoya, Carlos Torres Morales, José Enrique Palma Navea, licenciado Carlos de la Puente, Juan Carlos Bocanegra, Oswaldo Hundskopf Exebio, Juan Echevarría, Rolando Castelares, César Luna-Victoria León, Amanda Velásquez de Rojas, Milton Carpio Barbieri y Alfredo Ferrero Diez Canseco; se ocuparon de los siguientes temas: «Lineamientos generales de la política actual del INDECOPI frente a la reestructuración empresarial», «Desjudicialización del proceso concursal», «Contenido, implementación y viabilidad del plan de reestructuración», «La insolvencia de las empresas unipersonales y de las personas naturales no comerciantes», «El reconocimiento de los créditos, prueba de su existencia, prelación de créditos», «Los convenios de liquidación extrajudicial», «El proceso judicial de quiebra» y «Propuestas de modificación a la ley de Reestructuración Empresarial y su reglamento».

Comisión Episcopal de Familia

El 31 de mayo se firmó un convenio entre la Facultad de Derecho y la Comisión Episcopal de Familia. El Convenio de cooperación para la difusión del magisterio de la Iglesia sobre temas de familia y derechos humanos, permitirá realizar actividades conjuntas sobre este tema.

Universidad Diego Portales

En setiembre de 1995 se recibió la invitación del Departamento de Investigación de la Universidad Diego Portales de Chile, para que nuestra Facultad integre por el Perú el proyecto de investigación: «Las acciones de interés público: estudio e intercambio de experiencias y análisis de las oportunidades que presentan para la profundización democrática en cuatro países de América latina». Gorki Gonzales se encargó de la coordinación de este proyecto y de elaborar el texto de la relatoría general del mismo.

Los investigadores y los temas desarrollados son: César Azabache («Acciones de interés público y protección de derechos civiles y políticos»), Alfredo Bullard («Acciones de interés público y protección de los derechos del consumidor y libre competencia»), Carlos Chirinos Arrieta («Acciones de interés público y protección del medio ambiente») y Antonio Peña («Acciones de interés público y justicia de paz»).

Asimismo, el 2 de abril en el auditorio de Humanidades se llevó a cabo el taller, donde se dieron a conocer los resultados de cada uno de los trabajos de investigación. En esta jornada se contó con la presencia de Felipe González, Director del Departamento de Investigación en Derecho de la Universidad Diego Portales. Cada tema de investigación fue comentado por profesores de nuestra Facultad, así como por profesores de otras Facultades de Derecho del país (César Vallejo de Trujillo; San Agustín de Arequipa; Los Andes de Huancayo; San Antonio Abad del Cusco, y Universidad de Lima).

3 Miscelánea

3.1 Cursos

I y II Curso para funcionarios consulares y diplomáticos de carrera.

I Curso para los funcionarios del IPSS. La coordinación estuvo a cargo de Javier Neves.

3.2 Proyección social en Derecho

En el semestre 1995-1 se realizaron seis programas radiales en Radio Programas del Perú, donde se trataron algunos temas de gran interés para la comunidad, como detenciones arbitrarias, violencia contra la mujer en el hogar, orientaciones al consumidor, etc.

Del 21 al 23 de junio de 1995 en el auditorio Juan Pablo II del Centro de Asesoría Pastoral Universitaria (CAPU) se llevó a cabo el seminario: «La resolución de conflictos en materia civil: personas, familia, propiedad y contratos».

En 1995-1 se inició el programa de prevención. Este programa consiste en diseñar y poner en funcionamiento las Oficinas de Defensoría del Niño y del Adolescente en algunos centros educativos. Esta actividad es complementaria a la labor de educación legal. Las áreas de trabajo son diversos centros educativos y organizaciones comunales, juveniles o barriales. Se está trabajando en los siguientes distritos: Cercado de Lima (C.E. Nuestra Señora de Monserrat), Breña (C.E. Rosa de Santa María), Carmen de la Legua (C.E. Salazar Bondy y C.E. Raúl Porras Barrenechea), Bellavista (a nivel de USE) y Chorrillos. Como producto de estas actividades, a fines del año pasado se inauguró la Oficina de la Defensoría del Niño y del Adolescente en el Colegio Brígida Silva de Ochoa, en Chorrillos.

Se continuó con la proyección a la comunidad a través de los consultorios jurídicos gratuitos en Carmen de la Legua, Plaza Francia y el campus universitario.

Todas estas actividades están a cargo de los profesores Antonio Peña Jumpa y Alberto Salazar, apoyados con el equipo de jefes de prácticas y la participación de los alumnos.

3.3 Doctorado

El 23 de agosto de 1995 se llevó a cabo la clase magistral de Dale Furnish: «La importancia de una visión global del Derecho», como parte de la ceremonia de inauguración del doctorado en Derecho que se realizó en el Centro Cultural de la PUCP.

Los estudios del primer ciclo estuvieron a cargo de Fernando de Trazegnies, quien dirigió el Seminario sobre retos al Derecho desde el avance de la ciencia. El segundo ciclo está a cargo de Enrique Bernalles Ballesteros, quien dirige el Seminario sobre la ciencia política y el quehacer del Derecho público.

3.4 Revista *DERECHO-PUC*

En sesión de Consejo de Facultad del 25 de octubre de 1995 se acordó designar un nuevo Consejo Editorial para la revista *DERECHO*, el mismo que está conformado de la siguiente forma: Aníbal Quiroga, Editor

General; Enrique Lastres Berninzon, Baldo Kresalja Rosselló y Domingo García Belaunde. También está integrado por un representante estudiantil: el Sr. Iván Meini.

3.5 Clase inaugural 1996-1

El 11 de marzo de 1996 en el aula D-105 se llevó a cabo la inauguración de las actividades académicas de la Facultad de Derecho. Para ello contamos con la presencia de Pedro Néstor Sagüés, quien dictó la conferencia: «Los desafíos del Derecho procesal constitucional».

3.6 Profesores honorarios

- Daniel O. Bernstine, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin (20 de julio de 1995).
- Carlos Roberto Reina, especialista en Derecho internacional público y Presidente Constitucional de la República de Honduras (28 de marzo de 1996).

3.7 Infraestructura

- En junio estará lista la playa de estacionamiento con ingreso por la avenida Riva Agüero.
- En julio se inaugurará el Auditorio.
- En junio PROSODE (Proyección Social para Derecho) tendrá una oficina en la Facultad de Derecho, adicionalmente al consultorio jurídico gratuito que funciona en las casetas del campus.
- En julio de 1995 se entregó un local a la revista *Ius et Veritas*, con mobiliario indispensable.
- Se ha logrado un equipamiento informático con once computadoras y nueve impresoras, una de las cuales está destinada para los docentes y está ubicada en la oficina de PRO DERECHO, donde adicionalmente pueden acceder a su correo electrónico.
- Se han adquirido equipos de apoyo educativo: un desktop proyector de multimedia que permite dictar clases con el apoyo de una computadora, un retroproyector para el trabajo en clase con el apoyo de transparencias, un televisor y un VHS en el aula D-105, dos micros inalámbricos para las aulas D-105 y D-205, algunas pizarras blancas, dos ecrans fijos y uno portátil, cortinas blancas y negras en los salones. Además, se han cambiado todas las carpetas del aula D-104.

3.8 Informática en la Facultad

En relación al área de Grados y Títulos, a pedido de la Facultad la Dirección de Informática elaboró un programa especial de base de datos para el seguimiento de los grados y títulos otorgados por la Facultad. El programa fue instalado en febrero de este año y estamos ingresando la información. Sobre los exámenes para el título de abogado, se han tomado las medidas para que la Facultad pueda estar en capacidad de atender tres exámenes en simultáneo. También se está equipando y amoblando el Salón de Grados.

En relación a las matrículas de los estudiantes, se logró ingresar a la computadora central de la Universidad los planes de estudios vigentes en la Facultad, a fin de contar con información rápida sobre la situación académica de cada estudiante. Este año la Dirección de Informática está haciendo un programa especial para los horarios de los cursos.

4 Publicaciones

Tratado de las obligaciones (segunda parte)

El 14 de febrero de 1996 en el auditorio del Centro Cultural se presentó la obra *Tratado de las obligaciones* (segunda parte), de Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre. Este trabajo forma parte de la Biblioteca Para leer el Código Civil, volumen XVI, tomos V, VI y VII.

Adolescencia, matrimonio y familia

El 11 de noviembre de 1995 se realizó la presentación del libro *Adolescencia, matrimonio y familia*, obra de Róger Rodríguez Iturri. La ceremonia se llevó a cabo en las instalaciones del Colegio La Imaculada. El Rector del Colegio La Imaculada, Rvd. Padre José Luis Fernández Castañeda SJ, hizo uso de la palabra haciendo memoria de los méritos del autor y su cercana amistad. La presentación del libro estuvo a cargo de Lorenzo Zolezzi Ibárcena, Decano de la Facultad de Derecho, y fue comentada por Felipe Osterling Parodi, César Fernández Arce y Manuel de la Puente y Lavalle.

Entre otras personas ilustres, asistieron el Vicerrector Académico de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ing. Luis Guzmán-Barrón Sobrevilla, en representación del Rector, y el Nuncio Apostólico de Su Santidad, Monseñor Fortunato Baldelli.

Divorcio y jurisprudencia en el Perú

El 20 de setiembre en el auditorio del Centro Cultural se presentó el libro de Carmen Julia Cabello, *Divorcio y jurisprudencia en el Perú*. La presentación estuvo a cargo de Lorenzo Zolezzi, Decano de la Facultad, y el libro fue comentado por Carlos Montoya, profesor de la Facultad y Presidente del Consejo Nacional de la Magistratura, y César Fernández Arce, profesor de la Facultad. La edición del libro estuvo a cargo del Fondo Editorial de la Universidad.

Otras publicaciones

En junio de 1995 se publicó una nueva edición del Plan de Estudios 1993, incluyendo las últimas modificaciones.

En mayo de 1995 se publicó «Law School», folleto con información sobre los estudios en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú para la comunidad jurídica de habla inglesa.

Se encuentran en edición los siguientes títulos :

- *Historia de la Facultad de Derecho*
- *Derecho civil patrimonial*
- *Derechos culturales*
- *Reglamento de la Facultad y el Manual de procedimientos académicos y administrativos*

Plan de Estudios de la Facultad de Derecho

Los estudios en la Facultad de Derecho conducen a la obtención de los siguientes grados y títulos:

- Grado académico de bachiller en Derecho
- Título de abogado

Para iniciar estudios en la Facultad de Derecho se requiere:

- Haber obtenido el diploma de Estudios Generales Letras que incluya la aprobación de los siguientes cursos:
 - DER-181 Introducción al Derecho, y
 - FIL-115 Ética

En la Facultad de Derecho el alumno debe aprobar:

- Cursos obligatorios	110 créditos
- Seminarios de integración	12 créditos
- Cursos electivos	57 créditos
	<hr/>
Total	179 créditos

Estructura del Plan de Estudios

<i>Primer ciclo:</i> 19 créditos	
Cursos obligatorios	19 créditos
<i>Segundo ciclo:</i> 22 créditos	
Cursos obligatorios	22 créditos

<i>Tercer ciclo:</i> 21 créditos	
Cursos obligatorios	21 créditos
<i>Cuarto ciclo:</i> 18 créditos	
Cursos obligatorios	18 créditos
<i>Quinto ciclo:</i> 21 créditos	
Cursos obligatorios	21 créditos
<i>Sexto ciclo:</i> 21 créditos	
Cursos obligatorios	6 créditos
Cursos electivos	15 créditos
<i>Sétimo ciclo:</i> 21 créditos	
Seminario de integración	3 créditos
Cursos electivos	18 créditos
<i>Octavo ciclo:</i> 18 créditos	
Curso obligatorio	3 créditos
Seminario de integración	3 créditos
Cursos electivos	12 créditos
<i>Noveno ciclo:</i> 18 créditos	
Seminarios de integración	6 créditos
Cursos electivos	12 créditos

Grado de bachiller en Derecho

Para optar el grado de bachiller en Derecho se requiere:

– Haber aprobado todas las asignaturas y cumplido con todos los requisitos contenidos en el Plan de Estudios vigente. En caso de modificación del Plan de Estudios, el decano y el Consejo de Facultad resolverán lo pertinente respecto a qué asignaturas y requisitos son exigibles en cada caso.

– Acreditar haber aprobado siete ciclos de idioma inglés, francés, alemán o italiano, en el Centro de Idiomas de la Universidad o, en su defecto, en las instituciones aprobadas por el Consejo Universitario para tal fin. El requisito de certificado de conocimiento de idiomas no es exigible para aquellos graduandos que hayan cursado su primera asignatura en la Facultad de Derecho antes del ciclo 1978-I.

– Cumplir con los demás requisitos de carácter administrativo establecidos por la Universidad.

Título de abogado

Para optar el título de abogado se requiere:

- Ser bachiller en Derecho.
- Haber aprobado todas las asignaturas y cumplido con todos los requisitos contenidos en el Plan de Estudios vigente.
- Cumplir con el SECIGRA DERECHO de acuerdo a ley.
- Cumplir con los demás requisitos de carácter legal y administrativo establecidos por el Reglamento de la Facultad.

Se puede optar el título profesional de abogado por cualquiera de las siguientes modalidades, a elección del graduando:

- a) Presentación y sustentación de una tesis.
- b) Presentación y sustentación de una memoria sobre el trabajo profesional del graduando y que comprenda un período no inferior a tres años posteriores a haber egresado de la Facultad.
- c) Presentación y sustentación de dos expedientes.
- d) Sustentación de casos hipotéticos entregados al alumno por la Facultad, de acuerdo a la reglamentación que apruebe el Consejo de Facultad.

Detalle de los cursos (códigos, número de créditos, de horas semanales, semestre en que se dictan y pre-requisitos)

Cursos obligatorios

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
<i>Primer ciclo</i>					
DEC-200	Derecho Civil 1: Principios Generales y Personas Naturales	3	3	I-II	
DEC-213	Teoría General del Proceso	3	3	I-II	
DEC-224	Bases Romanistas del Derecho Civil	3	3	I-II	
DEE-206	Derecho Constitucional General	3	3	I-II	
DEP-201	Derecho Penal 1	3	3	I-II	
DER-207	Introducción a las Ciencias Jurídicas	4	5*	I-II	
<i>Segundo ciclo</i>					
DEC-202	Derecho Civil 3: Reales	3	3	I-II	DEC-200/DER-207
DEC-210	Personas Jurídicas	3	3	I-II	DEC-200/DER-207
DEC-222	Derecho Procesal Civil 1	4	4	I-II	DER-207/DEC-213
DEC-244	Derecho Civil 4: Acto Jurídico	3	3	I-II	DEC-200/DER-207
DEE-202	Derecho Constitucional Peruano	3	3	I-II	DEE-206/DER-207
DEP-202	Derecho Penal 2	3	3	I-II	DEP-201/DER-207
DER-208	Introducción Metodológica de la Investigación Jurídica	3	3	I-II	DER-207
<i>Tercer ciclo</i>					
CON-351	Contabilidad	2	2	I-II	DER-208
DEC-245	Derecho Civil 5: Obligaciones	3	3	I-II	DEC-244/DEC-202 DER-208
DEC-231	Derecho Civil 6: Familia	3	3	I-II	DEC-200/DER-208
DEE-203	Derecho Administrativo 1	3	3	I-II	DEC-244/DEE-202 DER-208
DEL-201	Derecho Laboral	3	3	I-II	DEC-244/DEE-202 DER-208
DEM-203	Derecho Mercantil 1	3	3	I-II	DEC-210/DER-208
DEP-213	Derecho Procesal Penal	4	4	I-II	DEP-201/DEC-213 DER-208

* Único curso con 2 horas de práctica y 3 horas de teoría.

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
<i>Cuarto ciclo</i>					
DEC-233	Derecho Civil 8: Contratos	4	4	I-II	DEC-245
DEL-301	Derecho Individual del Trabajo	3	3	I-II	DEL-201
DEM-206	Derecho Mercantil 2: Sociedades	3	3	I-II	CON-351/DEM-203
DER-202	Sociología del Derecho	3	3	I-II	DER-208
DER-210	Deontología Forense: Ética y Temas	2	2	I-II	DER-208
DET-201	Derecho Tributario 1: Principios Generales y Código Tributario	3	3	I-II	DEC-245/DEM-203
<i>Quinto ciclo</i>					
DEC-234	Derecho Civil 9: Contratos Típicos 1	3	3	I-II	DEC-233
DEC-250	Derecho Civil 11: Sucesiones	3	3	I-II	DEC-244/DEC-231
DEE-207	Derecho Internacional Público	3	3	I-II	DEC-233/DEE-202
DEL-302	Derecho Colectivo del Trabajo	3	3	I-II	DEL-201
DET-211	Legislación Tributaria	3	3	I-II	DEM-206/DET-201
ECO-285	Economía	3	3	I-II	CON-351/DET-201
TEO-208	Teología y Derecho	3	3	I-II	DER-208
<i>Sexto ciclo</i>					
DEC-241	Derecho Internacional Privado	3	3	I-II	DEC-250/DEE-207
DER-205	Filosofía del Derecho	3	3	I-II	DER-202
<i>Octavo ciclo</i>					
DER-326	Metodología de la Investigación Jurídica	3	3	I-II	DER-208

Seminarios de integración

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
DEE-252	Seminario de Integración en Derecho Administrativo	3	3	I-II	DEE-204
DEC-251	Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 1	3	3	I-II	DEC-223
DEC-252	Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 2	3	3	I-II	DEC-223

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
DEE-251	Seminario de Integración en Derecho Constitucional	3	3	I-II	DEE-312
DEE-253	Seminario de Integración en Derecho Internacional	3	3	I-II	DEC-241
DEL-252	Seminario de Integración en Derecho Laboral	3	3	I-II	DEL-307
DEM-207	Seminario de Integración en Derecho Mercantil	3	3	I-II	DEM-205/DEM-317
DEP-221	Seminario de Integración en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal	3	3	I-II	DEP-215
DET-251	Seminario de Integración en Derecho Tributario	3	3	I-II	DET-301
DER-212	Seminario de Integración en Teoría General del Derecho	3	3	I-II	DER-205

Cursos electivos

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
<i>Derecho administrativo</i>					
DEE-204	Derecho Administrativo 2	3	3		DEC-233/DEE-203
DEE-314	Temas de Derecho Administrativo	3	3		DEE-203
DEE-316	Derecho Regional	3	3		DEE-203
DEE-318	Derecho Municipal	3	3		DEE-203
<i>Derecho civil</i>					
DEC-221	Garantías	3	3		DEC-202/DER-208
DEC-235	Derecho Civil 10: Contratos Típicos 2	3	3		DEC-234
DEC-271	Taller de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil	3	3		DEC-233/DEC-250 DEE-202/DEM-203 DEC-223
DEC-315	Derecho Civil 2: Responsabilidad Civil	3	3		DEC-233
DEC-266	Temas de Derecho Civil	3	3		DEC-234/DEC-241
DEC-326	Seminario de Propiedad	3	3		DEC-221/DEC-233
DER-271	Derecho del Menor	2	2		DEC-231
DEC-305	Temas de Derecho Civil Patrimonial	3	3		DEC-233/DEC-315 DEC-202
<i>Derecho constitucional</i>					
DEE-307	Derecho Constitucional Comparado	3	3		DEE-202/DER-208
DEE-312	Garantías Constitucionales	3	3		DEE-202/DEC-213 DER-208
DEE-328	Derechos Humanos	2	2		DEE-312
DEE-261	Poder Ejecutivo	3	3		DEE-202/DER-208
DEE-264	Temas de Derecho Constitucional	3	3		DEE-203

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
DEE-262	Ciencia Política	3	3		DEE-202/DER-208
DEE-263	Derecho Parlamentario	3	3		DEE-202/DER-208
<i>Derecho internacional</i>					
DEE-269	Arbitraje Comercial Nacional e Internacional	3	3		DEC-241
DEE-265	Temas de Derecho Internacional Público	3	3		DEE-207
DEE-258	Derecho del Mar y otros Espacios	3	3		DEE-207
DEE-267	Sujetos de Derecho Internacional	3	3		DEE-207
DEE-268	Solución de Controversias Internacionales	3	3		DEE-207
DEM-310	Derecho del Comercio Internacional	3	3		DEC-241
DEM-313	Transacciones Internacionales	3	3		DEC-241
DER-308	Derecho de la Integración	3	3		DEE-207
DER-601	Introducción al Derecho Internacional Económico	3	3		DEC-241/ECO-285
DEE-313	Derecho de los Tratados	3	3		DEE-207
DEE-311	Temas de Derecho Internacional Privado	3	3		DEC-241
DEE-321	Relaciones Internacionales	3	3		DEE-207
<i>Derecho laboral</i>					
DEL-304	Seguridad Social	2	2		DEL-301
DEL-321	Régimen Laboral de los Trabajadores Estatales	3	3		DEL-307
DEL-311	Temas de Derecho Individual del Trabajo	3	3		DEL-301
DEL-312	Temas de Derecho Colectivo del Trabajo	3	3		DEL-302
DEL-313	Temas de Teoría General del Derecho Laboral	3	3		DEL-201
<i>Derecho mercantil</i>					
DEM-205	Derecho Mercantil 3: Títulos Valores	3	3		DEM-203
DEM-333	Derecho de la Propiedad Industrial	3	3		DEM-206
DEM-306	Derecho del Transporte	3	3		DEC-233/DEM-203
DEM-312	Derecho Concursal	2	2		DEC-223
DEM-308	Derecho de Seguros	3	3		DEC-315/DEM-306
DEM-309	Derecho Aeronáutico	3	3		DEM-306
DEM-318	Derecho Bancario	3	3		DEC-234/DEM-206
DEM-317	Derecho de la Competencia	3	3		DEM-206/ECO-285
DEM-319	Derechos de Autor	3	3		DEM-317
DEM-325	Temas de Derecho Mercantil	3	3		DEM-206
<i>Derecho penal</i>					
DEP-215	Derecho Penal 3	3	3		DEP-202/DEP-213
DEP-303	Medicina Legal	2	2		DEP-202
DEP-311	Derecho Penal Económico	3	3		DEM-203/DEP-202
DEP-307	Criminología	3	3		DEP-202
DEP-246	Derecho de Ejecución Penal	2	2		DEP-213

<i>Código</i>	<i>curso</i>	<i>créditos</i>	<i>horas</i> <i>semanales</i>	<i>semestre</i>	<i>pre-requisitos</i>
DEP-241	Temas de Derecho Penal	3	3		DEP-213
DEP-316	Teoría de la Sanción Penal	3	3		DEP-213
<i>Derecho procesal</i>					
DEL-307	Derecho Procesal del Trabajo	3	3		DEL-301/DEL-302
DEC-223	Derecho Procesal Civil 2	3	3		DEC-234/DEC-250 DEC-222
DEC-263	Derecho Procesal Civil Especial	3	3		DEC-223
DEP-344	Derecho Procesal Penal Especial	3	3		DEP-215
DEC-301	Derecho Judicial	3	3		DEC-223
DEC-323	Temas de Derecho Procesal	3	3		DEC-223
<i>Derecho tributario</i>					
DET-301	Derecho Tributario 2: Impuesto a la Renta	3	3		DET-211
DET-323	Temas de Derecho Tributario	3	3		DET-211
DET-311	Tributación Municipal y Regional	3	3		DET-211
DET-312	Impuestos Patrimoniales	3	3		DET-211
DET-313	Derecho Aduanero	3	3		DET-211
DET-314	Impuesto al Consumo	3	3		DET-211
<i>Economía</i>					
ECO-281	Instituciones Financieras	3	3		DEM-206/ECO-285
ECO-282	Desarrollo Económico	2	2		ECO-285
DER-306	Análisis Económico del Derecho	3	3		ECO-285
DET-322	Política Fiscal	3	3		ECO-285/DET-211
<i>Teoría general del Derecho</i>					
DER-302	Historia del Derecho Privado	3	3		DEC-224/DER-202
DER-304	Derecho y Desarrollo	3	3		DER-202
DER-309	Derecho Comparado	3	3		DEC-224/DER-202
DER-310	Derecho Romano	3	3		DEC-224/DER-208
DER-315	Antropología Jurídica	3	3		DER-205
DER-335	Seminario de Investigación 1	3	3		DER-208
DER-338	Temas de Teoría General del Derecho	3	3		DER-202
<i>Varios</i>					
DEM-331	Derecho de Minería y Energía	3	3		DEC-202/DEE-204
DEM-315	Gestión Empresarial	3	3		DEM-206
DEM-324	Derecho Cooperativo	3	3		DEC-210/DER-208
DER-241	Derecho Agrario	3	3		DEC-202/DEE-204
DER-265	Seminario Mujer y Derecho	3	3		DEC-250/DEL-301 DEP-202
DER-301	Derecho Registral y Notarial	3	3		DEC-324/DEM-206 DEC-222
DER-325	Teoría de la Negociación	3	3		DEC-235
DER-330	Informática Jurídica	2	3		DER-208
DER-320	Derecho del Medio Ambiente	3	3		DEE-207
DER-344	Derecho Urbanístico	3	3		DEC-202/DEE-204
DER-345	Proyección Social	3	3		DER-202
DER-346	Seminario Especial	3	3		DER-208

Descripción de cursos

a) Cursos obligatorios

DEC-200, Derecho Civil 1: Principios Generales y Personas Naturales (3 créditos)

El curso es una introducción al Derecho civil peruano a través del manejo de los conceptos y partes fundamentales del Código Civil. Permite conocer con detalle el contenido de los artículos del Título Preliminar del Código Civil y el tratamiento de la persona natural, tanto a nivel del ordenamiento civil peruano como de su vinculación con la Constitución Política del Estado.

DEC-224, Bases Romanistas del Derecho Civil (3 créditos)

El curso tiene como base el análisis histórico sistemático de las principales instituciones del Derecho civil. El Derecho civil peruano pertenece al sistema romanista, uno de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos. Hundiendo sus raíces en Roma, el sistema romanista se desarrolló tanto en el área occidental como en el oriental del continente europeo, con una indiscutible influencia en los ordenamientos jurídicos locales, reforzado con el empleo del latín. Dentro del proceso de recepción y de difusión de este sistema, resulta importante el estudio de las codificaciones europeas del siglo XIX (*Code Napoléon* de 1804 y *Burgerliches Gesetzbuch* de 1900) y latinoamericanas (la obra Freitas), que han tenido influencia en códigos civiles posteriores. Ello se logra a través de un análisis comparativo de estas codificaciones y el Código Civil peruano.

DEE-206, Derecho Constitucional General (3 créditos)

El curso es una introducción a la teoría general del Derecho Constitucional. Con este fin se desarrollará: el objeto y contenido del Derecho constitucional; la noción de Estado y nación; el poder; el poder constituyente; las democracias: tipos, concepto; reforma; los poderes del Estado: Ejecutivo, Legislativo y Judicial, su estructura y funciones; los derechos fundamentales; las formas de Estado y de Gobierno; los derechos políticos y el sistema electoral; la jurisdicción constitucional y el régimen de excepción.

DEP-201, Derecho Penal (3 créditos)

El curso desarrolla la teoría del delito y la ley penal. Se estudia la conducta, la tipicidad, los tipos dolosos y culposos de comisión, la preterintencionalidad, los tipos de omisión, la antijuricidad, la responsabilidad, los tipos de imperfecta realización y el concurso de delitos.

DER-207, Introducción a las Ciencias Jurídicas (4 créditos)

El curso pretende que el alumno desarrolle capacidad práctica de manejo del sistema jurídico peruano para utilizarla en su labor profesional. Asimismo, brinda conocimientos sobre la teoría general del Derecho, las particularidades del Derecho peruano, la norma jurídica, las fuentes del Derecho, la aplicación del Derecho y las teorías del ser del Derecho.

DEC-213, Teoría General del Proceso (3 créditos)

Comprende el estudio sistemático de los principios fundamentales de la ciencia procesal, con referencia a las especificidades que dichos principios asumen por la diferencia en los derechos sustanciales que se sirven del Derecho procesal. Junto con los principios se estudian los conceptos básicos de jurisdicción, acción y proceso. Se analiza el sistema judicial peruano y algunas instituciones del Código Procesal Civil, como la competencia, los sujetos del proceso y algunos temas de la actividad procesal (tiempo en los actos procesales, notificaciones, nulidad).

DEC-202, Derecho Civil 3: Reales (3 créditos)

El objeto del curso es el estudio de los derechos reales en el Código Civil peruano: la propiedad, la posesión, el usufructo, el uso, la habitación, la superficie y la servidumbre. También se analizan los derechos reales accesorios o de garantía: prenda, hipoteca, anticresis y el derecho de retención.

DEC-244, Derecho Civil 4: Acto Jurídico (3 créditos)

El curso pretende dar al estudiante una visión amplia y pormenorizada de la doctrina general del negocio jurídico de aplicación en nuestro Código Civil. Los temas a desarrollar a lo largo del semestre son: la teoría del acto jurídico y la doctrina del negocio jurídico; los elementos, presupuestos y requisitos del negocio jurídico; el objeto, causa y fin del negocio jurídico; la presentación; la simulación del negocio jurídico; los vicios de la voluntad; las modalidades del negocio jurídico; la ineficacia del negocio jurídico, y el negocio jurídico en fraude a los acreedores.

DEC-210, Personas Jurídicas (3 créditos)

El curso analiza a las personas jurídicas como una creación del Derecho, en función de determinadas necesidades que las originan. No pretende una revisión exhaustiva de todas las personas jurídicas; el énfasis se centra en su funcionalidad y naturaleza, vinculando el análisis de sus principales características con los objetivos sociales que se persiguen a través de ellas, así como su connotación social y política.

DEC-222, Derecho Procesal Civil 1 (4 créditos)

El curso está centrado en la secuela básica del proceso: postulación (demanda, contestación, excepciones, rebeldía, saneamiento, audiencias, juzgamiento anticipado), medios probatorios, sentencia, formas especiales de conclusión, medios impugnatorios, costas, costos y multas. También se realiza una presentación de los tipos de procesos y se profundiza en el proceso de conocimiento.

DEE-202, Derecho Constitucional Peruano (3 créditos)

Este curso estudia la Constitución peruana a partir de su condicionamiento por la realidad histórica. Se analiza la historia constitucional peruana; los derechos y libertades fundamentales; las garantías constitucionales; el régimen de excepción; los derechos políticos y el sistema electoral; la supremacía de la Constitución (acción de inconstitucionalidad y acción popular); estructura y organización del Estado: gobierno central, regiones y municipios; el Parlamento; el Poder Ejecutivo; la función jurisdiccional; la reforma de la Constitución y el régimen económico.

DEP-202, Derecho Penal 2 (3 créditos)

El curso ofrece una visión general de los delitos contra la vida, delitos contra la salud individual, delitos contra el honor, delitos contra la familia, delitos contra el patrimonio, así como los aspectos más importantes de los delitos: tráfico ilícito de drogas y terrorismo.

DER-208, Introducción Metodológica de la Investigación Jurídica (3 créditos)

El objetivo del curso consiste en que los alumnos aprendan los principales métodos de investigación en las disciplinas jurídicas. Para lograrlo, se analizarán las diferentes perspectivas de investigación en el Derecho, se enseñarán los criterios metodológicos formales para la planificación de una investigación jurídica, se ejercitarán las principales técnicas de recojo de información jurídica y, al final del curso, se redactará y sustentará un trabajo de investigación jurídica.

DEC-245, Derecho Civil 5: Obligaciones (3 créditos)

El curso comprende los conceptos generales, las obligaciones y sus modalidades; los derechos reales y los derechos obligacionales; las obligaciones en cuanto a su objeto; obligaciones con pluralidad de objetos; obligaciones con prestaciones múltiples; obligaciones pluripersonales; divisibles e indivisibles; mancomunadas y solidarias; reconocimiento, transmisión y efectos de las obligaciones; extinción de obligaciones; pago,

novación, compensaciones; condonación, consolidación, transacción, mutuo disenso; inejecución de las obligaciones, retraso en el cumplimiento de la obligación y pena obligacional. Además, se tratan los lineamientos generales de la responsabilidad civil.

DEC-231, Derecho Civil 6: Familia (3 créditos)

El curso analiza los esponsales; el matrimonio; las relaciones personales entre el marido y la mujer; el régimen patrimonial; el decaimiento y la disolución del vínculo matrimonial; el régimen paterno-filial; la filiación matrimonial, la filiación extramatrimonial; la adopción; la patria potestad; el patrimonio familiar; los alimentos; la tutela y la curatela.

DEE-203, Derecho Administrativo (3 créditos)

El curso estudia las nociones generales y las fuentes del Derecho administrativo, la jerarquía de los actos administrativos, su contenido, el proceso administrativo en general, la justicia administrativa, la estructura y funcionamiento del gobierno central y los aspectos generales de los contratos administrativos.

DEL-201, Derecho Laboral (3 créditos)

El curso versa sobre la teoría general del Derecho laboral. Trata los siguientes temas: la evolución histórica del trabajo y de su regulación jurídica; el tipo de trabajo objeto de protección; las fuentes del Derecho del trabajo; la función de la jurisprudencia, la costumbre y el contrato de trabajo; las normas laborales en el tiempo y en el espacio; las relaciones entre normas y actuación de los principios.

DEM-203, Derecho Mercantil (3 créditos)

El curso estudia las nociones generales y las fuentes del Derecho mercantil; los elementos esenciales del Derecho mercantil; la empresa; el registro mercantil y las instituciones auxiliares; las sociedades mercantiles, adecuándose a los modernos planteamientos del Derecho mercantil.

DEP-213, Derecho Procesal Penal (4 créditos)

En el curso se estudian las principales instituciones en materia procesal penal, desde el punto de vista doctrinario y práctico, incidiendo en los principios fundamentales reguladores del proceso penal, acorde con las normas constitucionales y el sistema procesal peruano. Se tratarán los siguientes temas: aplicación y objeto del proceso penal, la acción, la intervención del Ministerio Público en la investigación policial y judicial, los personajes del proceso, la instrucción, las cuestiones previas, la teoría de la prueba, el juicio oral y la sentencia.

CON-351, Contabilidad (2 créditos)

El curso permite una visión completa de los efectos que un buen sistema de contabilidad produce en cualquier operación económica financiera. Se estudian los principios de contabilidad generalmente aceptados; la cuenta, la educación contable, el principio de partida doble, los libros de contabilidad, inventarios y balances, el libro diario, el balance de comprobación y el balance general, las cuentas de resultados y el estado de ganancias y pérdidas.

DEC-233, Derecho Civil 8: Contratos (4 créditos)

El curso comprende el estudio de la teoría general del contrato; la celebración del contrato; clasificación y contenido del contrato; la formación y relatividad del contrato; la oferta y la aceptación; la contratación entre ausentes, por incapaces; modalidades especiales de contratación; el objeto del contrato; contratos preparatorios; contrato de prestaciones recíprocas; la cesión; la excesiva onerosidad de la prestación; la lesión, el contrato a favor de tercero; la promesa de la obligación o del hecho de un tercero; cooperación en el contrato ajeno; las arras; las obligaciones de saneamiento.

DEL-301, Derecho Individual del Trabajo (3 créditos)

El curso aborda el contrato de trabajo en cada uno de sus elementos básicos, así como los principales derechos y obligaciones emanados de la relación originada en aquél: remuneración, jornada de trabajo, descansos semanales y anuales, estabilidad laboral y contratación temporal, compensación por tiempo de servicios.

DEM-206, Derecho Mercantil 2: Sociedades (3 créditos)

El curso desarrolla el acto constitutivo de la sociedad; la sociedad anónima; transformación de sociedades; fusión y escisión de sociedades; dimensión, liquidación y extinción de sociedades.

DER-202, Sociología del Derecho (3 créditos)

El curso es una introducción a la sociología del Derecho y pretende analizar la relación entre Derecho y sociedad presentando las principales líneas teóricas de esta disciplina a partir de investigaciones empíricas realizadas tanto en el país como en el extranjero. Los temas a desarrollar son: relación entre Derecho y sociedad, la sociología del Derecho, los operadores del Derecho, la criminología crítica, el uso alternativo del Derecho y el pluralismo jurídico.

DER-210, Deontología Forense: Ética y Temas (2 créditos)

El curso comprende el estudio de los principios de moral cristiana para el ejercicio forense, el estudio del Código de Ética, sus concordancias y la discusión de temas que conjugan la ética forense y la realidad.

DET-201, Derecho Tributario I: Principios Generales y Código Tributario (3 créditos)

Este primer curso del área del Derecho tributario pretende dar los conocimientos básicos sobre la razón de ser de los tributos y de las normas jurídicas comunes que los regulan en sus distintos aspectos. Comprende el estudio de los recursos públicos, el sistema tributario, los tributos, el Derecho constitucional tributario, las normas y principios generales, el Derecho tributario material, el Derecho tributario formal o administrativo, el Derecho procesal tributario y el Derecho penal tributario.

DEC-234 Derecho Civil 9: Contratos Típicos 1 (3 créditos)

El curso aborda los principales contratos típicos y nominados de nuestro Derecho civil que resultan frecuentes en la vida diaria. Se pone énfasis al estudio de los contratos de compraventa y de arrendamiento, su naturaleza jurídica, elementos, principios, las obligaciones, así como temas conexos.

DEC-250, Derecho Civil 11: Sucesiones (3 créditos)

Este curso estudia el proceso hereditario, la trasmisión de la herencia, la petición de herencia, las condiciones para heredar, la representación, la sucesión testamentaria, la legítima, la institución de herederos y legatarios, la desheredación, los legados y albaceas, la invalidación de disposiciones testamentarias; la sucesión intestada, la masa hereditaria, la indivisión y partición de la herencia, las deudas y cargas de la herencia.

DEE-207, Derecho Internacional Público (3 créditos)

El curso comprende el estudio del concepto de Derecho internacional en el mundo contemporáneo; la costumbre internacional, los tratados internacionales y otras fuentes; los Estados, reconocimiento de Estados y de gobiernos; el dominio marítimo; las organizaciones internacionales; el individuo como sujeto de Derecho internacional público; la responsabilidad internacional y los medios de solución pacífica de controversias.

DEL-302, Derecho Colectivo del Trabajo (3 créditos)

Se estudian los sindicatos, la convención, la negociación colectiva, el derecho de petición colectiva, la huelga, situaciones excepcionales de la

empresa que afectan a una colectividad de trabajadores, la quiebra, el traspaso o cambio y la clausura temporal del centro de trabajo.

DET-211, Legislación Tributaria (3 créditos)

Este curso pretende que el estudiante reciba los conocimientos básicos sobre los principales tributos que afectan la renta o ingresos, patrimonio y consumo, y, en general, sobre aquellos que todo abogado, sin ser un especialista, debe conocer.

ECO-285, Economía (3 créditos)

Pretende lograr que los alumnos conozcan la terminología y los conceptos básicos de la economía para que, desde su profesión, puedan entender lo que ocurre a nivel económico, especialmente en el Perú. Comprende las doctrinas económicas en la historia, la teoría básica del consumidor, la teoría de la empresa, la estructura del mercado, determinación del Ingreso Fiscal Nacional, elementos de política fiscal; sistema bancario y política monetaria; comercio internacional, política cambiaria, política arancelaria y Balanza de Pagos.

TEO-208, Teología y Derecho (3 créditos)

El curso estudia el sentido y la razón de ser de la teología en la Universidad; la relación entre la teología y el Derecho; los problemas de incidencia entre lo religioso, lo ético y lo jurídico; su interrelación con la moral y el Derecho; la fe y el ejercicio profesional del Derecho.

DEC-241, Derecho Internacional Privado (3 créditos)

El curso presenta el método y normas especiales de esta rama del Derecho internacional a fin de solucionar los llamados conflictos de leyes. Cuenta con el siguiente contenido: la relación jurídica internacional y la estructura de la norma de conflicto; la nacionalidad, la condición de los extranjeros; el domicilio internacional, la competencia jurisdiccional, la determinación de la ley aplicable; el reenvío, la cuestión previa, la jurisdicción peruana, la excepción del fraude a la ley; el Derecho civil internacional de las personas naturales y de las personas jurídicas; obligaciones contractuales; la familia y derechos sucesorios; el reconocimiento y la ejecución de sentencias y laudos extranjeros.

DER-205, Filosofía del Derecho (3 créditos)

El curso es una introducción a la filosofía del Derecho y a la teoría general del Derecho. Como tal, pretende promover la reflexión sobre el Derecho contemporáneo, considerado globalmente como una totalidad.

Para lograrlo, se propone un modelo teórico sobre el Derecho, lo cual es una forma de ejercitarse en la reflexión teórica o filosófica, el cual constituye la tesis del curso, sobre el *ser* del Derecho actual. Este modelo propondrá ciertas características y roles al Derecho de nuestra época que deberán detectarse y que pueden verse tanto en el orden jurídico en su conjunto como en la norma jurídica, e, incluso, en el razonamiento jurídico.

DER-326, Metodología de la Investigación Jurídica (3 créditos)

El curso ofrece al alumno la posibilidad de realizar un trabajo de investigación jurídica bajo la conducción de un profesor asesor. Comprende desde la elección del tema hasta la elaboración de la monografía, retomando los aspectos teóricos de la investigación jurídica desarrollados en el curso de Introducción a la Metodología de la Investigación Jurídica.

b) Seminarios de integración

DEE-252, Seminario de Integración en Derecho Administrativo (3 créditos)

Partiendo del análisis de la doctrina y de casos, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho administrativo, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEC-251, Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 1 (3 créditos)

A partir del análisis de casos y de la doctrina, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho civil y de Derecho procesal, con especial referencia de Personas, Familia, Sucesiones y Derechos reales; vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEC-252, Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 2 (3 créditos)

A partir del análisis de casos y de la doctrina, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho civil y Derecho procesal, con especial referencia a acto jurídico, obligaciones y contratos; vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEE-251, Seminario de Integración en Derecho Constitucional (3 créditos)

Partiendo del análisis de la doctrina y de casos, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho constitucional, con especial referencia a la interpretación constitucional, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEE-253, Seminario de Integración en Derecho Internacional (3 créditos)

Partiendo del análisis de la doctrina y de casos, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho internacional, tanto público como privado, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEL-252, Seminario de Integración en Derecho Laboral (3 créditos)

A partir del análisis de casos y de la doctrina, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho laboral y de Derecho procesal, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEM-207, Seminario de Integración en Derecho Mercantil (3 créditos)

A partir del análisis de casos y de la doctrina, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho mercantil, con especial referencia a las nuevas concepciones que afectan la economía mundial, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DEP-221, Seminario de Integración en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal (3 créditos)

A partir del análisis de casos y de la doctrina, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho penal y de Derecho procesal penal, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DET-251, Seminario de Integración en Derecho Tributario (3 créditos)

Partiendo del análisis de la doctrina y de casos, se busca profundizar el estudio de temas del área de Derecho tributario, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

DER-212, Seminario de Integración en Teoría General de Derecho (3 créditos)

Partiendo del análisis de la doctrina y de casos, se busca profundizar el estudio de temas del área de teoría general del Derecho, vinculándolos con instituciones tratadas en otras áreas del Derecho. Su contenido variará según los temas seleccionados.

c) Cursos electivos***Derecho administrativo*****DEE-204, Derecho Administrativo 2 (3 créditos)**

El curso comprende el estudio de los contratos administrativos, elementos constitutivos del contrato administrativo; el contrato de concesión de servicios públicos; el contrato de obra pública, su firma y modalidades, la resolución del contrato de obra pública; el contrato de suministro administrativo; los procedimientos de selección del contratista; concepto de licitación pública; el Poder Ejecutivo, su actuación y su autoridad administrativa; las personas jurídicas; la administración territorial, la descentralización y el Sistema Nacional de Control.

DEE-314, Temas de Derecho Administrativo (3 créditos)

El curso comprende el estudio de temas seleccionados del área de Derecho administrativo. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo a su eventual diseño.

DEE-316, Derecho Regional (3 créditos)

El curso comprende el estudio de las competencias de las regiones en diversas materias, a la luz de la legislación peruana vigente.

DEE-318, Derecho Municipal (3 créditos)

El curso estudia las competencias municipales en diversas materias, a la luz de la legislación peruana vigente.

Derecho constitucional**DEE-307, Derecho Constitucional Comparado (3 créditos)**

El curso comprende el estudio de las instituciones constitucionales más importantes, ocupándose de la Gran Bretaña, Francia, Estados Unidos; y en América latina, los casos de Colombia y Chile.

DEE-312, Garantías Constitucionales (3 créditos)

El curso presenta una imagen global de la problemática constitucional, tanto a nivel histórico como de Derecho comparado. Parte del estudio del Derecho procesal constitucional para analizar los sistemas de control constitucional, la jurisdicción constitucional en el Derecho peruano, así como el proceso de amparo, el proceso de hábeas corpus, la acción de inconstitucionalidad y la acción popular. Asimismo, estudia el Tribunal Constitucional, el acceso a la jurisdicción supranacional y los procesos de hábeas data y acción de cumplimiento.

DEE-328, Derechos Humanos (2 créditos)

El curso estudia principalmente la doctrina y categorías de derechos humanos, su situación en el mundo actual y los mecanismos jurídicos de protección.

DEE-261, Poder Ejecutivo (3 créditos)

El curso estudia el Poder Ejecutivo y desarrolla instituciones como la legislación delegada y de urgencia; las atribuciones presidenciales; el Consejo de Ministros; la responsabilidad política, entre otros.

DEE-264, Temas de Derecho Constitucional (3 créditos)

El curso trata de temas seleccionados en el área de Derecho constitucional. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEE-262, Ciencia Política (3 créditos)

El curso pretende introducir al estudiante en la reflexión conjunta del Derecho constitucional y de la ciencia política. Asimismo, trata del Estado, del poder, de la opinión pública, del poder y decisión política en el Perú, de los regímenes políticos, de los procesos políticos a partir de la Constitución de 1993, entre otros.

DEE-263, Derecho Parlamentario (3 créditos)

El curso comprende aspectos importantes del Derecho parlamentario, como la representación política, el procedimiento legislativo, las comisiones parlamentarias, las inmunidades, entre otros.

Derecho civil**DEC-221, Garantías (3 créditos)**

El curso desarrolla el sistema de garantías en el Perú, profundizando en el estudio de la prenda civil, la prenda mercantil, las prendas sin despla-

zamiento; la anticresis; el derecho de retención; la hipoteca y las hipotecas especiales; las garantías personales; las garantías y el comercio.

DEC-235, Derecho Civil 10: Contratos Típicos 2 (3 créditos)

El curso desarrolla los contratos que no han sido estudiados en el primer curso de Contratos Típicos: las donaciones, el mutuo, el comodato, el hospedaje, el contrato de prestación de servicios, el contrato de locación de servicios, el contrato de obra, el mandato, el depósito y el secuestro.

DEC-271, Taller de Derecho Civil y Derecho Procesal Civil (3 créditos)

El curso pretende un análisis paralelo, sistemático y coherente de importantes instituciones de orden civil, familiar, constitucional, mercantil, entre otras, en su correlato procesal. Ello permite adiestrar al alumno en el manejo conjunto de instituciones civiles con su correlato procesal.

DEC-315, Derecho Civil 2: Responsabilidad Civil (3 créditos)

Persigue el estudio de la doctrina sobre responsabilidad civil dentro de la vertiente moderna que apunta hacia la unificación de los sistemas de responsabilidad. Asimismo, subraya la vinculación de la responsabilidad con la obligación y la importancia del derecho de daños.

DEC-266, Temas de Derecho Civil (3 créditos)

El curso versa sobre temas seleccionados del área de Derecho civil. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEC-326, Seminario de Propiedad (3 créditos)

El curso tiene como contenido la propiedad: atributos, caracteres, extensión; la transferencia de la propiedad: sistemas, el caso peruano; la protección de la propiedad: acción reivindicatoria, inmuebles, muebles y acción negatoria.

DER-271, Derecho del Menor (2 créditos)

El curso desarrolla los conceptos básicos: factores en la conducta del menor en situación irregular y especial; el marco jurídico; Código de Menores y leyes especiales.

DEC-305, Temas de Derecho Civil Patrimonial (3 créditos)

El curso versa sobre temas seleccionados del Derecho civil patrimonial. Comprende análisis de conceptos, principios e instituciones de derechos reales, obligaciones y contratos. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

Derecho internacional

DEE-269, Arbitraje Comercial Nacional e Internacional (3 créditos)

El curso desarrolla las ventajas y desventajas del arbitraje frente a otros medios de solución de controversias; la evolución, naturaleza jurídica y ubicación en los distintos instrumentos jurídicos nacionales e internacionales; la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral; los tipos de arbitraje; los árbitros; el procedimiento arbitral; el laudo arbitral; el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales; la experiencia y casos sobre arbitraje comercial.

DEE-265, Temas de Derecho Internacional Público (3 créditos)

El curso pretende el estudio de temas seleccionados del Derecho internacional público. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEE-258, Derecho del Mar y otros Espacios (3 créditos)

El curso desarrolla el carácter pluridimensional del Derecho del mar; la vocación universal del Derecho del mar, antecedentes, evolución; las dimensiones geográfica, tecnológica, económica, ecológica y socio-política; las Convenciones de Ginebra de 1958; la nueva Convención sobre el Derecho del Mar (1982); el Perú y el Derecho del mar; la regulación constitucional; el Derecho antártico; el Perú y el sistema antártico; el espacio ultraterrestre y la órbita geoestacionaria.

DEE-267, Sujetos de Derecho Internacional (3 créditos)

El curso desarrolla la sociedad moderna y la interdependencia internacional; los sujetos de Derecho internacional público como realidad en el mundo actual; el Estado como principal sujeto del Derecho internacional público, Estados de condición jurídica particular y otras colectividades; y los territorios autónomos, las organizaciones internacionales, las Naciones Unidas, el Sistema Interamericano y la Organización de los Estados Americanos.

DEE-268, Solución de Controversias Internacionales (3 créditos)

El curso comprende el estudio del principio de la solución pacífica de controversias; los medios de solución pacífica de controversias; medios diplomáticos y medios jurídicos; la función de las organizaciones internacionales en la solución pacífica de controversias; el principio de la prohibición de la amenaza o del uso de la fuerza; el Derecho de la guerra en el Derecho internacional público actual.

DEM-310, Derecho del Comercio Internacional (3 créditos)

El curso tiene como contenido la evolución, características, fuentes y principales organizaciones internacionales vinculadas al comercio internacional; el marco jurídico de la comercialización internacional (normas de integración comercial, GATT y códigos de conducta); contratos internacionales, convenciones y usos; fórmulas de solución de conflictos en las relaciones comerciales internacionales; régimen del comercio exterior en el Perú.

DEM-313, Transacciones Internacionales (3 créditos)

El curso desarrolla la regulación jurídica y operatividad de diversos aspectos como: la Balanza de Pagos, el régimen cambiario, la inversión extranjera, la deuda externa.

DER-308, Derecho de la Integración (3 créditos)

El curso comprende los conceptos de integración; la evolución de la integración; los principios, objetivos y naturaleza jurídica; la organización institucional y normativa comunitaria; la integración en el mundo desarrollado (CEE, COMECON, etc.); la integración en el mundo en desarrollo; la integración en América latina y en el ámbito andino; la normatividad peruana en integración.

DER-601, Introducción al Derecho Internacional Económico (3 créditos)

El curso pretende poner a disposición de los alumnos los elementos doctrinarios y metodológicos necesarios para entender el desarrollo del Derecho internacional económico como nueva disciplina dentro del área jurídica internacional. Aspectos relativos a los principales actores de las relaciones económicas mundiales, así como la estructura y funcionamiento de las organizaciones internacionales involucradas en estas actividades, serán analizados en detalle para lograr un conocimiento y amplio manejo, tanto teórico como práctico, de sus alcances e impacto, ya sea en el ámbito nacional como mundial.

DEE-313, Derecho de los Tratados (3 créditos)

Dentro de la estructura y las funciones del Derecho internacional contemporáneo, los tratados cumplen un rol fundamental. En este sentido, el curso tiene como objetivo principal el estudio de los acuerdos celebrados entre los sujetos de Derecho internacional como fuente principal de las obligaciones internacionales. Aspectos como la definición, conclusión, entrada en vigor, obligaciones y derechos que se derivan de los

acuerdos, serán analizados en detalle a lo largo del curso, para lograr un amplio manejo teórico y práctico de los alcances de la normatividad convencional y su impacto, tanto en el ámbito nacional como mundial.

DEE-311, Temas de Derecho Internacional Privado (3 créditos)

El curso trata temas seleccionados del Derecho internacional privado. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEE-321, Relaciones Internacionales (3 créditos)

El curso estudia las principales teorías y enfoques que existen sobre las relaciones interestatales en sus diferentes ámbitos: jurídico, político, económico y social, con el propósito de establecer y diseñar estrategias de política exterior.

Derecho laboral

DEL-304, Seguridad Social (2 créditos)

El curso trata sobre los mecanismos de protección frente a las necesidades, desde la asistencia hasta las variadas formas de previsión, deteniéndose en el estudio de la previsión social a través de su surgimiento, elementos conceptuales y regulación normativa en el Perú.

DEL-321, Régimen Laboral de los Trabajadores Estatales (3 créditos)

El curso intenta dar al alumno una visión del régimen laboral de los trabajadores de la administración pública, que es un estatuto especial respecto del régimen común, de amplio alcance social en nuestro país.

DEL-311, Temas de Derecho Individual del Trabajo (3 créditos)

El curso trata temas seleccionados del Derecho individual del trabajo. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEL-312, Temas de Derecho Colectivo del Trabajo (3 créditos)

El curso trata de temas seleccionadas del Derecho colectivo del trabajo. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEL-313 Temas de Teoría General del Derecho Laboral (3 créditos)

El curso trata de temas seleccionados de la teoría general del Derecho

laboral. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable de acuerdo al eventual diseño del mismo.

Derecho mercantil

DEM-205, Títulos Valores (3 créditos)

El curso analiza la normatividad nacional, la jurisprudencia, la doctrina, el Derecho comparado y las normas internacionales sobre títulos valores. Comprende el estudio del título valor; la obligación y el derecho incorporado al título; las reglas básicas; las acciones derivadas del título valor; títulos al portador, nominativos y a la orden; el endoso; el protesto; la letra de cambio; la aceptación; el aval; el pago; las acciones cambiarias; el pagaré; el vale a la orden, el cheque; la caducidad y prescripción.

DEM-333, Derecho de la Propiedad Industrial (3 créditos)

El curso comprende el estudio de las instituciones que conforman la propiedad industrial y que incluye el estudio de la naturaleza jurídica de estos derechos inmateriales, la protección de las creaciones industriales, tales como las patentes, modelos de utilidad, modelos y dibujos industriales, secretos industriales, así como también la protección de los signos distintivos de la empresa, de productos y de servicios, tales como las marcas y los temas comerciales. Estudia también la regulación internacional y sub-regional de esta materia; protección, duración y remisión de estos derechos, y su vinculación con las normas sobre antimonopolio, competencia desleal; publicidad y protección al consumidor. Por último, la jurisdicción y competencia para la solución de conflictos y la jurisprudencia sobre la materia.

DEM-306, Derecho del Transporte (3 créditos)

El curso desarrolla los aspectos legales relevantes del contrato de transporte. Se establecen los tres campos definidos en los cuales se mueve el mundo del transporte comercial: el terrestre, el marítimo y el aéreo, así como se refiere a la legislación que sobre el particular existe en el país y su relación con la legislación comparada. Asimismo, se estudia la compraventa a distancia.

DEM-312, Derecho Concursal (2 créditos)

El curso plantea el tema de la quiebra, que bajo una nomenclatura nueva refleja las nuevas tendencias del Derecho. Comprende las institucio-

nes principales del Derecho concursal, toda la repercusión jurídica de la quiebra, los orígenes, los delitos de quiebra, la rehabilitación del quebrado.

DEM-308, Derecho de Seguros (3 créditos)

El curso desarrolla los aspectos más importantes del Derecho de seguros. Analiza el contrato de seguros en general y el contrato de seguro marítimo en particular.

DEM-309, Derecho Aeronáutico (3 créditos)

El curso comprende dos grandes temas: la responsabilidad civil derivada de la inejecución del contrato de transporte aéreo internacional de pasajeros, carga y correo, y la negociación de derechos de tráfico aéreo a través de convenios bilaterales.

DEM-318, Derecho Bancario (3 créditos)

El curso desarrolla la evolución de la banca a nivel nacional y el sistema jurídico peruano en cuanto a la organización de los bancos y financieras, así como la actuación de la Superintendencia de Banca y Seguros.

DEM-319, Derecho de Autor (3 créditos)

El curso desarrolla los aspectos más importantes del Derecho de autor. Comprende el objeto de esta rama jurídica; el ámbito de protección; los titulares; las teorías sobre la naturaleza jurídica; la duración de la protección; la trasmisión del derecho; los derechos conexos; la gestión colectiva del derecho de autor; los organismos de defensa; las violaciones y sanciones; jurisdicción y competencia, y los Convenios de Berna y Roma, entre otros aspectos.

DEM-317, Derecho de la Competencia (3 créditos)

El curso trata sobre la regulación de la libertad de industria y comercio, la legislación antimonopolio, la competencia desleal, la regulación de la actividad económica, aspectos publicitarios, protección a los consumidores; su vinculación con los derechos exclusivos de la propiedad intelectual; las normas constitucionales económicas.

DEM-325, Temas de Derecho Mercantil (3 créditos)

El curso presenta temas seleccionados del área de Derecho mercantil. Por su naturaleza, el contenido varía de acuerdo al eventual diseño del mismo.

Derecho penal

DEP-215, Derecho Penal 3 (3 créditos)

El curso desarrolla los delitos contra el honor y las buenas costumbres, los delitos contra la autoridad pública, el abuso de autoridad, el peculado, la concusión, la corrupción de funcionarios, prevaricato y otros delitos en las normas penales, y las faltas.

DEP-303, Medicina Legal (2 créditos)

El curso desarrolla temas de medicina interrelacionados con el Derecho penal, sin perjuicio de su repercusión en otras áreas del Derecho.

DEP-311, Derecho Penal Económico (3 créditos)

El curso analiza los principales delitos económicos y los delitos ecológicos.

DEP-307, Criminología (3 créditos)

El curso desarrolla las teorías que analizan el origen de los comportamientos criminales. Desde la perspectiva del Derecho, el estudio de la criminología se relaciona con la antropología, la psicología, la sociología y otras disciplinas.

DEP-246, Derecho de Ejecución Penal (2 créditos)

El curso tiene como contenido principal el correspondiente al curso de Ciencia Penitenciaria, cuyo nombre ha sido cambiado conforme a las nuevas tendencias del Derecho penal. Estudia la problemática del recluso, las cárceles en el Perú, el tratamiento del delincuente, su rehabilitación y reincorporación a la sociedad, así como las normas que la regulan.

DEP-241, Temas de Derecho Penal (3 créditos)

El curso aborda temas seleccionados del área de Derecho penal. Por su naturaleza, el contenido del curso varía de acuerdo al eventual diseño del mismo.

DEP-316, Teoría de la Sanción Penal (3 créditos)

El curso trata de la teoría de la sanción penal, que tiene instituciones propias y de gran importancia para un estudio horizontal de las ramas del Derecho penal. Comprende el estudio de la sanción penal, el sistema de penas y temas conexos.

Derecho procesal

DEL-307, Derecho Procesal del Trabajo (3 créditos)

El curso desarrolla los conceptos básicos del proceso laboral, su autonomía y sus principios, así como cada uno de los principales procedimientos existentes en nuestro país en el campo laboral.

DEC-223, Derecho Procesal Civil 2 (3 créditos)

El objetivo del curso es el estudio del proceso abreviado y del proceso sumarísimo, tanto en su estructura básica como en lo tocante a los procesos específicos que siguen sus pautas: retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva, responsabilidad civil de los jueces, expropiación, tercería, impugnación de actos administrativos, alimentos, separación de cuerpos, interdicción, desalojo, interdictos. También comprende el estudio del proceso cautelar, los procesos de ejecución y los procesos no contenciosos.

DEC-263, Derecho Procesal Civil Especial (3 créditos)

El curso desarrolla a profundidad instituciones específicas del Derecho procesal civil.

DEP-344, Derecho Procesal Penal Especial (3 créditos)

Esta asignatura analiza a lo largo del semestre los procedimientos especiales como el juicio sumario, la extradición, juicios por delitos contra el honor, por delito de imprenta, contra el reo ausente; juicios por faltas, entre otros.

DEC-301, Derecho Judicial (3 créditos)

Este curso ofrece un estudio sobre la problemática judicial en el Perú, la organización del poder judicial, las garantías de la administración de justicia, para lo cual se analiza la ley orgánica del Poder Judicial.

DEC-323, Temas de Derecho Procesal (3 créditos)

El curso estudia temas seleccionados del área de Derecho procesal. Por su naturaleza, el contenido del curso varía de acuerdo al diseño del mismo.

Teoría general del Derecho

DER-302, Historia del Derecho Peruano (3 créditos)

El curso constituye una introducción al estudio y la investigación de la historia del Derecho en el Perú. En tal sentido, se pretende identificar y

presentar las grandes líneas de esta disciplina y los grandes períodos que ella comprende, así como sus posibles perspectivas, considerando que la investigación y el conocimiento histórico y jurídico del Perú es notoriamente insuficiente.

DER-309, Derecho Comparado (3 créditos)

El curso constituye una introducción a los grandes sistemas jurídicos contemporáneos y, como tal, comprenderá el estudio de los principios, conceptos, instituciones y métodos de razonamiento fundamentales que permitan aproximarnos a la noción de Derecho que tiene cada tradición jurídica. A partir del desarrollo del método comparativo, de sus alcances y límites, y de la noción de familia jurídica, se estudiarán el *Common Law* y los derechos tradicionales (musulmán, hindú, etc.), concluyendo con una breve referencia a nuestra familia romanogermánica.

DER-310, Derecho Romano (3 créditos)

El curso propone el estudio del Derecho romano desde sí mismo, es decir, desde las fuentes jurídicas romanas, con especial atención a la Compilación Justiniana. Dado que el Derecho peruano forma parte del sistema jurídico romanista, toda investigación sobre sus principios, conceptos e instituciones encuentra el punto de partida en el Derecho romano; por ende, en el curso se analizarán algunas instituciones, para lo cual es indispensable el conocimiento y manejo adecuado de la técnica para el estudio y la investigación del Derecho romano.

DER-315, Antropología Jurídica (3 créditos)

El curso consiste en una revisión crítica de las diversas teorías fundantes de la relación existente entre el Derecho y la sociedad. Pretende un conocimiento jurídico y antropológico que parte de la realidad peruana.

DER-304, Derecho y Desarrollo (3 créditos)

El curso comprende el estudio de los conceptos de modelo, de Derecho moderno, la investigación de sistemas y la aplicación de modelos, así como los tipos ideales, la perspectiva intelectual y la sociología de Max Weber.

DER-335, Seminario de Investigación (3 créditos)

El seminario de investigación permite realizar trabajos de investigación con la participación de alumnos. Bajo la dirección de un profesor, se desarrollarán trabajos de investigación sobre determinados problemas jurídicos, de duración semestral.

DER-338, Temas de Teoría General del Derecho (3 créditos)

El curso presenta temas seleccionados del área de teoría general del Derecho. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable según el diseño del mismo.

Derecho tributario**DET-301, Derecho Tributario 2: Impuesto a la Renta (3 créditos)**

El curso comprende el estudio del concepto de renta; de los sistemas de imposición a la renta; la base jurisdiccional; el período de tiempo; los sujetos pasivos; las rentas del trabajo; las rentas del capital; las rentas empresariales; el tratamiento a las ganancias del capital; el tratamiento a las utilidades de las empresas y su distribución; la determinación de la renta imponible; los regímenes especiales; las tasas, liquidación y pago del impuesto.

DET-323, Temas de Derecho Tributario (3 créditos)

El curso aborda temas seleccionados del área de Derecho tributario. Por su naturaleza, el contenido del curso es variable en armonía con el diseño del mismo.

DET-314, Impuestos al Consumo (3 créditos)

El curso comprende el estudio de los impuestos que afectan al consumo de bienes y servicios; formas de imposición al consumo; impuestos generales específicos; hecho imponible; sujetos pasivos; exoneraciones; determinación de la base imponible; deberes formales; período de imposición y alícuotas.

DET-312, Impuestos Patrimoniales (3 créditos)

El curso comprende el estudio de los impuestos que afectan el patrimonio; formas de imposición al patrimonio; hecho imponible; sujetos pasivos; exoneraciones; evaluación de bienes computables.

DET-311, Tributación Municipal y Regional (3 créditos)

El curso comprende el estudio de la potestad tributaria municipal y regional, los tributos municipales y los tributos regionales.

DET-313, Derecho Aduanero (3 créditos)

El curso comprende el estudio de las principales instituciones jurídicas reguladas por la ley general de Aduana. Los impuestos aduaneros. Franquicias y exoneraciones: la admisión temporal; franquicias territoriales

(puesto, zona y depósitos francos). Uniones Aduaneras. Mercados comunes.

Economía

ECO-281, Instituciones Financieras (3 créditos)

Se estudian las instituciones financieras y el sistema en su conjunto, la importancia del dinero en la estructura económica, así como los dispositivos legales vigentes para el funcionamiento del sistema financiero nacional.

ECO-282, Desarrollo Económico (2 créditos)

El curso comprende el análisis de los recursos humanos, el recurso de capital, los recursos naturales y la tecnología. También estudia los factores económicos del desarrollo, la planificación, el desarrollo y los problemas y teorías de éstos.

DER-306, Análisis Económico del Derecho (3 créditos)

El curso ha sido diseñado como una introducción a los fundamentos del análisis económico del Derecho. Recogiendo el desarrollo que ha tenido el *Law & Economics* en los Estados Unidos, Alemania e Italia, este curso trata de utilizar el método de análisis del Derecho para ver los alcances de su aplicación al sistema jurídico peruano. Se centrará principalmente en el análisis del Derecho civil patrimonial (reales, responsabilidad civil extracontractual y contratos).

DET-322, Política Fiscal (3 créditos)

El curso pretende integrar el análisis económico al Derecho, partiendo del estudio de las decisiones en materia fiscal y sus consecuencias socioeconómicas.

Varios

DEM-331, Derecho de la Energía y de la Minería (3 créditos)

El curso comprende el estudio sobre el dominio de los yacimientos mineros y la participación estatal; la intervención de los particulares en la actividad minera.

DEM-315, Gestión Empresarial (3 créditos)

Pretende otorgar los conocimientos básicos sobre el manejo empresarial moderno, familiarizando al estudiante con la gestión y dirección empresarial.

DEM-324, Derecho Cooperativo (3 créditos)

El curso analiza la doctrina, legislación y práctica sobre cooperativismo y su importancia en el modelo social actual.

DER-241, Derecho Agrario (3 créditos)

Desarrolla el estudio de la tierra agraria en relación con las normas jurídicas vigentes, con especial referencia a la propiedad, la promoción e inversión agraria, los negocios y el seguro agrario.

DER-265, Seminario Mujer y Derecho (3 créditos)

El curso estudia el marco legal peruano y la ubicación de la mujer en el mismo. Asimismo, enfoca la problemática desde el Derecho laboral; también temas como la pornografía y la prostitución, la violencia doméstica y la violación. Finalmente, se conceptualiza el rol de la mujer frente al Derecho.

DER-301, Derecho Registral y Notarial (3 créditos)

El curso estudia el Derecho registral y analiza los Registros Públicos y la legislación registral, resaltando la importancia del registro frente a terceros y la publicidad registral. Se analiza la institución y la función notarial, así como consecuencias registrales.

DER-325, Teoría de la Negociación (3 créditos)

El curso pretende brindar al estudiante los conocimientos sobre los métodos y técnicas modernas de solución de conflictos y de negociación, que orienten la posibilidad de solución rápida y eficaz de conflictos jurídicos.

DER-330, Informática Jurídica (2 créditos)

El curso sitúa al alumno en el campo de la informática jurídica, abordando el Derecho informático. Presenta los programas más importantes en relación a: sistema operativo, procesador de textos y base de datos.

DER-320, Derecho del Medio Ambiente (3 créditos)

Desarrolla los aspectos jurídicos del sistema nacional y del sistema internacional sobre la conservación (protección y desarrollo sustentable) del

medio ambiente e identifica los conceptos y mecanismos jurídicos existentes para dar respuestas adecuadas a los problemas y conflictos que se presentan en la realidad relacionados con la variable ecológica.

DER-344, Derecho Urbanístico (3 créditos)

Este curso presenta algunos temas importantes del Derecho urbanístico relacionados con la legislación vigente y la doctrina.

DER-345, Proyección Social (3 créditos)

El curso se desarrolla a través de programas semestrales acordados por la Dirección de PROSODE (Proyección Social en Derecho), en coordinación con la Facultad, en los cuales los alumnos participarán en actividades específicas de proyección social.

DER-346, Seminario Especial (3 créditos)

Es un curso en el cual se implementa un taller de investigación y discusión de importantes problemas jurídicos de interés interdisciplinario.

Abogados graduados con tesis y con mención de sobresaliente

Martín Alberto CARRILLO CALLE

Fecha: 25.4.95

Tesis: «La regulación de la libertad sindical en la ley de Relaciones Colectivas de Trabajo»

Jurado: Mario Pasco, Javier Neves y Juan Carlos Cortés

Robinson VÁSQUEZ MONTES

Fecha: 5.5.95

Tesis: «La democracia participativa a nivel de gobiernos locales»

Jurado: Ana Velazco, César Ochoa y Ricardo Salazar

Ana Lucía CAMAIORA ITURRIAGA

Fecha: 23.5.95

Tesis: «La simplificación administrativa y su influencia en la reforma del Estado»

Jurado: César Landa, Jorge Danós y Carmen Arana

Virginia María ROSASCO DULANTO

Fecha: 7.6.95

Tesis: «Evolución del Derecho marcarío en el Perú entre 1985 y 1994»

Jurado: Baldo Kresalja, Carmen Arana y Adriana Giudice

Santos Enrique QUEDENA ZAMBRANO

Fecha: 5.7.95

Tesis: «Participación y democracia en la Constitución política de 1993»

Jurado: Javier Neves, Ana Velazco y Jhony Zas Fritz

Eduardo Adrián GONZALES ESPINOZA

Fecha: 26.7.95

Tesis: «El régimen de admisión temporal y el fomento de las exportaciones en el Perú»

Jurado: Alejandro Solís, Enrique Palacios y Miguel Torres

Walter Hernán ZÚÑIGA VILLEGAS

Fecha: 3.8.95

Tesis: «La innovación tecnológica como causa justa de terminación de la relación laboral en el marco del nuevo sistema productivo»

Jurado: Javier Neves, Carlos Blancas y Fernando García

Fernando DUPUY MONTORI

Fecha: 7.8.95

Tesis: «La jurisdicción voluntaria en el Perú: propuesta basada en la tradición romana»

Jurado: Marcial Rubio, René Ortiz Caballero y Elvira Méndez Chang

Rocío Janet MEDINA BOLÍVAR

Fecha: 9.8.95

Tesis: «La responsabilidad internacional del Estado por daños ambientales derivados de actividades no prohibidas por el Derecho internacional»

Jurado: Elvira Méndez, Luis Carlo Rodrigo y Fabián Novak

Ursula Verónica BARRIO DE MENDOZA OCAMPO

Fecha: 11.8.95

Tesis: «El fenómeno de la notoriedad»

Jurado: César Guzmán-Barrón, Carmen Arana y Adriana Giudice

Eric Moisés PALACIOS MARTÍNEZ

Fecha: 24.8.95

Tesis: «La conversión y heterointegración de los negocios jurídicos»

Jurado: Lizardo Taboada, Alfredo Bullard y Carlos Cárdenas

Diego Hernando ZEGARRA VALDIVIA

Fecha: 28.8.95

Tesis: «Los contratos de estabilidad jurídica»

Jurado: Jorge Danós, César Ochoa y Elvira Méndez

Ítalo Juscelino BIZERRA OSORIO

Fecha: 8.9.95

Tesis: «Inflación y sociedad anónima»

Jurado: César Luna-Victoria, César Talledo y Miguel Calle

Maritza Elizabeth REÁTEGUI VALDIVIESO

Fecha: 14.9.95

Tesis: «Interpretación jurídica de los anuncios publicitarios»

Jurado: Baldo Kresalja, Adriana Giudice y Wilfredo García-Noriega

Huáscar Alfonso EZCURRA RIVERO

Fecha: 15.9.95

Tesis: «Regulación de los privilegios y preferencias en el sistema jurídico patrimonial peruano»

Jurado: Alfredo Bullard, César Luna-Victoria y Mauricio Olaya

Julieta Ana ESTREMADOYRO VERMEJO

Fecha: 20.10.95

Tesis: «La regulación jurídica de la violencia en las relaciones de pareja: aportes para un análisis del rol del Derecho en la construcción de relaciones de género en el Perú»

Jurado: Marcial Rubio, Antonio Peña y Ana Teresa Revilla

Jessica Milagros MORALES HURTADO

Fecha: 22.11.95

Tesis: «Marco teórico para la sostenibilidad de la diversidad biológica en un área natural protegida»

Jurado: Ana Teresa Revilla, Pierre Foy Valencia y Fabián Novak

Paúl Gonzalo PAREDES PALACIOS

Fecha: 5.12.95

Tesis: «Prueba y presunciones en el proceso laboral»

Jurado: Javier Neves, Juan Monroy y David Lobatón

Sara Haydeé SOTELO AGUILAR

Fecha: 18.12.95

Tesis: «Promoción de las Organizaciones No Gubernamentales de desarrollo en el Perú: marco legal»

Jurado: Walter Albán, Elvira Méndez y Cecilia Flores

María Rosa VILLAR CALDERÓN

Fecha: 19.12.95

Tesis: «Régimen de producción de normas y actos administrativos en la municipalidad distrital de Pueblo Libre»

Jurado: Jorge Danós, Ricardo Salazar y Eloy Espinoza-Saldaña

Abogados graduados con expedientes y con mención de sobresaliente

David Licurgo VELAZCO RONDÓN

Fecha: 26.1.95

Expedientes: Civil (nulidad de testamento) y penal (tráfico ilícito de drogas)

Jurado: Carlos Montoya, Alejandro Solís y Verónica Zambrano

Luis Enrique MACHUCA NAJAR

Fecha: 24.3.95

Expedientes: Constitucional (acción de amparo) y laboral (incumplimiento de disposiciones legales)

Jurado: César Ochoa, Ricardo Salazar y David Lobatón

Yovanna Yanet BAZÁN DE LA O

Fecha: 29.3.95

Expedientes: Tributario (impuesto general a las ventas) y civil (separación de cuerpos)

Jurado: Carmen Julia Cabello, Fernando Zuzunaga y Francisco Ruiz de Castilla

Corina Milagros GONZALES BARRÓN

Fecha: 4.5.95

Expedientes: Civil (nulidad de escritura de compraventa) y penal (delito contra la vida, el cuerpo y la salud: homicidio y lesiones)

Jurado: Víctor Prado, Luis Pizarro y Raúl Canelo

Jesús ASTORGA PHILIPPON

Fecha: 5.5.95

Expedientes: Civil (retracto) y constitucional (acción de amparo)

Jurado: Javier Neves, Eduardo Benavides y Mario Castillo

María Eugenia VALDEZ BORTESI

Fecha: 19.5.85

Expedientes: Civil (divorcio) y laboral (calificación de despido)

Jurado: Benjamín Aguilar, Manuel Alayza y Róger Rodríguez

Gillian Gilda PAREDES GUERRERO

Fecha: 23.5.95

Expedientes: Civil (divorcio) e industrial (registro de marca)

Jurado: Elvira Méndez, Carmen Julia Cabello y Carmen Arana

Renzo Leonello SCAVIA REVILLA

Fecha: 30.5.95

Expedientes: Civil (divorcio) e industrial (nulidad de registro de marca)

Jurado: René Ortiz, Mario Castillo y Carmen Arana

Peggy Yanina HURTADO VALDIVIA

Fecha: 30.5.95

Expedientes: Civil (filiación) e industrial (registro de marca)

Jurado: Carlos Montoya, Adriana Giudice y Juan Morales Godo

Ais Jesús TABARAY YAYA

Fecha: 15.6.95

Expedientes: Civil (exclusión de nombre) y agrario (prescripción adquisitiva de dominio)

Jurado: Martín Mejorada, Enrique Palacios y Guillermo Figallo

María Micaela MUJICA SAN MARTÍN

Fecha: 21.7.95

Expedientes: Civil (divorcio) e industrial (marcas)

Jurado: Baldo Kresalja, Benjamín Aguilar y Rudecindo Vega

Yanira ARMAS REGAL

Fecha: 25.8.95

Expedientes: Civil (divorcio) y laboral

Jurado: Javier Neves, Carlos Ramos y Gorki Gonzales

Juan Luis HERNÁNDEZ GAZZO

Fecha: 14.9.95

Expedientes: Constitucional (amparo mercantil) e industrial

Jurado: César Luna-Victoria, Alfredo Bullard y Samuel Abad

Patricia Mariela POW SANG TEJADA

Fecha: 20.9.95

Expedientes: Laboral (calificación de despido) y constitucional (acción de amparo)

Jurado: Carlos Blancas, Javier Neves y Aníbal Quiroga

Isabel Cristina GUERRA URIOSTE

Fecha: 28.9.95

Expedientes: Civil (divorcio) y constitucional (acción de amparo)

Jurado: Ricardo Salazar, César Benites y Benjamín Aguilar

Luis Enrique ÁLVAREZ ARANDA

Fecha: 28.11.95

Expedientes: Civil (nulidad de escritura) y amparo

Jurado: Carlos Montoya Anguerry, Juan Morales y Juan Francisco Jiménez Mayor

Ginette Esther LUMBROSO BATIEVSKY

Fecha: 26.12.95

Expedientes: Industrial (competencia desleal) y civil (indemnización)

Jurado: Gastón Fernández Cruz, Adriana Giudice y Alfredo Bullard

Maestría en Derecho: graduados con mención de sobresaliente

Maestría en Derecho con mención en Derecho civil

René ORTIZ CABALLERO

Fecha: 27.6.95

Tema: «La matrícula universitaria: ¿contrato privado o acto administrativo?»

Asesor: Marcial Rubio Correa

Gorki GONZALES MANTILLA

Fecha: 8.8.95

Tema: «La consideración jurídica del indio como persona en la Colonia (siglos XVI-XVII)»

Asesor: Marcial Rubio Correa

Lizardo TABOADA CÓRDOVA

Fecha: 11.8.95

Tema: «Análisis y consideraciones del concepto de causa del negocio jurídico»

Asesor: Marcial Rubio Correa

Maestría en Derecho con mención en Derecho internacional económico

Elvira MÉNDEZ CHANG

Fecha: 25.7.95

Tema: «Bases romanistas para la igualdad de trato del inversionista extranjero (persona natural en el Perú)»

Asesor: Marcial Rubio Correa

De los autores

Carlos Blancas Bustamante es abogado y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exministro de Trabajo y Promoción Social, exministro de Justicia y exdiputado nacional.

Fernando Cantuarias Salaverry es abogado y Profesor Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (Universidad de Yale). Presidente de la Comisión de Represión a la Competencia Desleal del INDECOPI.

César Delgado Barreto es doctor en Derecho (Universidad Complutense de Madrid). Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exministro de Justicia y exsenador de la República. Exvicepresidente del Consejo Nacional de Justicia.

Francisco Fernández Segado es doctor en Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Catedrático de Derecho constitucional en la Universidad de Santiago de Compostela. Miembro de la Junta Electoral española. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Lourdes Flores Nano es abogada y Profesora Auxiliar de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (Instituto de Empresas de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid). Congresista de la República.

Domingo García Belaunde es doctor en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Profesor Principal de la Facultad de De-

recho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Eduardo Hernando Nieto es bachiller en Derecho (Universidad Católica). Estudios de postgrado en Teoría Política en la Universidad de Exeter (Inglaterra). Máster en Teoría Social y Política por la Universidad de East Anglia (Norwich, Inglaterra).

José Hurtado Pozo es doctor en Derecho (Universidad de Neuchâtel, Suiza). Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza. Exprofesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Exvocal titular de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Víctor Humberto Lazo es máster en Derecho (Universidad de South Hampton, Inglaterra). Profesor y consultor internacional.

Mike McConville es Profesor Principal y director del Instituto de Investigación Legal de la Universidad de Warwick, Reino Unido. Decano de su Facultad de Derecho.

Juan Morales Godo es abogado (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Máster en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor contratado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Manuel de la Puente y Lavalle es doctor en Derecho (Universidad Católica). Abogado y Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Comité Asesor del Doctorado en Derecho en la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Expresidente del Jurado de Honor de la Magistratura.

Aníbal Quiroga León es abogado y Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de doctorado en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor Asociado de la Maestría en Derecho Constitucional Económico de la Universidad de Lima. Vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Nelson Reyes Ríos es doctor en Derecho (Universidad Nacional Mayor de San Marcos). Vocal titular de la Corte Suprema de Justicia.

Profesor contratado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sandro Schipani es Profesor Ordinario de Istituzioni di Diritto Romano de la Universidad de Roma. Responsable de la Sezione Juridica del ASSLA (Associazione di Studi Latino-Americani). Director del Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani-II, Università di Roma Tor Vergata.

Fernando de Trazegnies Granda es doctor en Derecho (Universidad Católica). Abogado, exdecano (1976-1987) y Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Academia Peruana de la Lengua.

Jaime Zegarra Guevara es abogado (Universidad Católica). Profesor contratado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lorenzo Zolezzi Ibárcena es doctor en Derecho (Universidad Católica). Estudios de postgrado en la Universidad de Wisconsin. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la que actualmente es Decano.

DERECHO-PUC, N.º 49 se terminó de imprimir en
el mes de octubre de 1996, en los talleres de Servicio Copias Gráficas S.A.
(RUC: 10069912), Jr. Jorge Chávez 1059, Lima 5.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Anthropológica

Suscripción	US\$	14.40
Número suelto	US\$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$	14.42
Canadá y U.S.A.	US\$	17.50
Europa	US\$	19.80
Asia y Africa	US\$	22.88

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	5.00
---	------	------

Boletín del Instituto Riva-Agüero

Debates en Sociología

Derecho

Espacio y Desarrollo

Pensamiento Constitucional

Suscripción	US\$	14.40
Número suelto	US\$	18.00

Envío aéreo certificado:

América Latina	US\$	8.00
Canadá y U.S.A.	US\$	9.50
Europa	US\$	10.50
Asia y Africa	US\$	12.00

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$	4.00
---	------	------

EDICIONES SEMESTRALES

Areté

Economía

Educación

Histórica

Lexis

Pro Matemática

Revista de Psicología

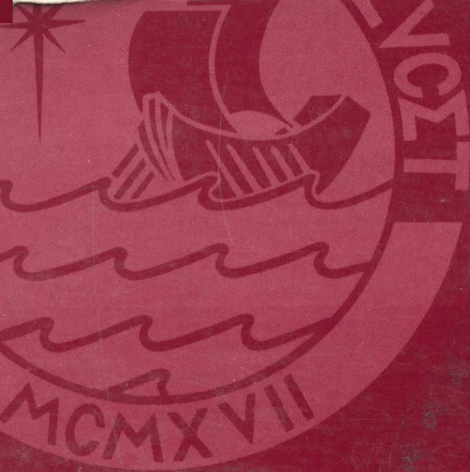
Revista de Química

Suscripción	US\$	24.00
Número suelto	US\$	15.00

Envío aéreo certificado:

	Suscripción	Número suelto
América Latina	US\$ 9.00	US\$ 4.50
Canadá y U.S.A.	US\$ 10.00	US\$ 5.00
Europa	US\$ 11.00	US\$ 5.50
Asia y Africa	US\$ 13.00	US\$ 6.50

Envío vía superficie a cualquier destino:	US\$ 4.00	US\$ 2.00
---	-----------	-----------



EL DESPIDO EN LA REFORMA DE LA LEY DE FOMENTO DEL EMPLEO

Carlos Blancas Bustamante

LEGISLACIÓN PROCESAL FAMILIAR EN EL PERÚ

Nelson Reyes Ríos

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY GENERAL DE ARBITRAJE, LEY 26572

Fernando Cantuarias Salaverry

COMPETENCIA NOTARIAL DE LOS ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

Lourdes Flores Nano

PARA UN DICTAMEN CONSULTIVO DE LA CIJ SOBRE EL MARCO ÉTICO Y JURÍDICO CONFORME AL CUAL DEBE SER REGULADA LA DEUDA EXTERNA

Sandro Schipani

EL USO DE TÍTULOS DE DEUDA EXTERNA COMO MEDIO DE PAGO EN LA VENTA DE EMPRESAS PÚBLICAS

Jaime Zegarra Guevara

ASPECTOS MORALES Y JURÍDICOS DE LA DEUDA EXTERNA

César Delgado Barreto

¿EXISTEN LOS DERECHOS NATURALES?

Eduardo Hernando Nieto

EL DERECHO COMO TEMA LITERARIO. DISCURSO DE INCORPORACIÓN A LA ACADEMIA PERUANA DE LA LENGUA

Fernando de Trazegnies Granda

LA TENENCIA DE LA TIERRA EN EL ASENTAMIENTO HUMANO SAGRADA FAMILIA

Mirva Aranda, Patricia Flórez, Carmen Gutiérrez, Vanessa Luyo y Flor de María Valdez.

PROPIETARIOS DE SU DESTINO. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD EN LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE LA SIERRA

Enrique Delgado Flores

