



DERECHO

puc

SUMARIO

EL TÉRMINO "TRIDIMENSIONAL" Y SU CONTENIDO

Miguel Reale

LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO VALOR SUPREMO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Francisco Fernández Segado

DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Carlos Fernández Sessarego

AMÉRICA LATINA Y LOS ORÍGENES DE LA LÓGICA JURÍDICA

Domingo García Belaunde

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO COMO SUPREMO INTÉRPRETE DE LA CONSTITUCIÓN

Ernesto Blume Fortini

CONTROL "DIFUSO" Y CONTROL "CONCENTRADO" EN EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL PERUANO

Aníbal Quiroga León

LAS MEDIDAS EXTRAORDINARIAS Y LOS DECRETOS DE URGENCIA EN EL MODELO CONSTITUCIONAL PERUANO

Ricardo Herrera Vásquez

NULIDAD DEL ACTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Pedro Morales Corrales

DE "LA TEORÍA DE LA JUSTICIA" AL "LIBERALISMO POLÍTICO": JOHN RAWLS Y EL FRACASO DE LA JUSTICIA PROCEDIMENTAL

Eduardo Hernando Nieto

DERECHO-PUC

Cuidado de la edición: Carlota Casalino Sen

Diagramación: María del Pilar Nué Agüero

Carátula: Edwin Núñez

Copyright © 1998 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Av. Universitaria, cuadra 18, San Miguel.

Lima 100 - Perú. Telfs. 460-2291, anexo 220, y 460-0872

El contenido de los artículos publicados de *DERECHO-PUC* es responsabilidad exclusiva de los 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 50

Diciembre 1996

CONSEJO EDITORIAL

Editor General

ANÍBAL QUIROGA LEÓN, *Profesor Principal*

ENRIQUE LASTRES BERNINZON, *Profesor Principal*

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ, *Profesor Principal*

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Profesor Principal*

Cecilia Guzmán-Barrón, *Representante estudiantil*

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

AUTORIDADES

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

DERECHO *puc*

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

Número 50

Diciembre 1996

Contenido

Presentación	1

Artículos

El término «Tridimensional» y su contenido	<i>Miguel Reale</i>	5
La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico	<i>Francisco Fernández Segado</i>	11
Daño al proyecto de vida	<i>Carlos Fernández Sessarego</i>	49
América Latina y los orígenes de la lógica jurídica	<i>Domingo García Belaunde</i>	99
El Tribunal Constitucional Peruano como supremo intérprete de la Constitución	<i>Ernesto Blume Fortini</i>	125
Control «difuso» y Control «concentrado» en el Derecho procesal Constitucional peruano	<i>Aníbal Quiroga León</i>	207
Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo Constitucional peruano	<i>Ricardo Herrera Vásquez</i>	235
Nulidad del acto jurídico administrativo	<i>Pedro Morales Corrales</i>	257

De «la teoría de la justicia» al «liberalismo político» : John Rawls y el fracaso de la justicia procedimental	<i>Eduardo Hernando Nieto</i>	271
El Defensor del Pueblo como problema democrático	<i>César Ochoa Cardich</i>	295
La responsabilidad civil de los Bancos en el servicio de cajas de seguridad	<i>Juan Espinoza Espinoza</i>	313
La Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción en instalaciones industriales	<i>Fernando Vidal Ramírez</i>	331
El Fideicomiso	<i>Francisco Avendaño Arana</i>	343
Ley de reestructuración patrimonial. El «procedimiento simplificado notarial	<i>Tomás Sobrevilla Enciso</i>	367
Mecanismos de uso de los Bonos Brady como medio de pago en privatizaciones (MUBB)	<i>Jaime Zegarra Guevara</i>	393
Derecho alimentario entre cónyuges	<i>Carmen Julia Cabello Matamala</i>	417
¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes ?	<i>Benjamín Aguilar Llanos</i>	433
Crónica del Claustro		455
Abogados graduados con tesis y con mención de sobresaliente		465
Abogados graduados con expedientes y con mención de sobresaliente		469
De los autores		471

Presentación

La Facultad de Derecho presenta el número 50 de su Revista **DERECHO-PUC**, correspondiente a su edición 1996. Esta publicación oficial debe su aparición al encomiable esfuerzo del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, a su Consejo Editorial, a los Profesores y a los diversos autores que prestan sus colaboraciones con la finalidad de dar vida y contenido al esfuerzo de investigación y trabajo académico que conlleva la actividad docente. Es menester destacar también la importante colaboración de distinguidos profesores extranjeros vinculados a nuestra Escuela de Derecho.

En esta ocasión, debemos resaltar la presencia de la colaboración del profesor **Miguel Reale** que nos introduce en el contenido justafilosófico de la teoría «tridimensional». El profesor **Francisco Fernández Segado**, de la Universidad de Santiago de Compostela, nos entrega su trabajo sobre la dignidad de la persona como supremo valor del ordenamiento jurídico. **Domingo García Belaunde**, de nuestra Facultad de Derecho, nos entrega un importante estudio sobre la lógica jurídica en América Latina. En el área constitucional, las colaboraciones de **Ernesto Blume Fortini** –si bien profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, es también destacado alumno de nuestra Maestría en Derecho Constitucional- y de **Aníbal Quiroga León** y **Ricardo Herrera Vásquez**, abordan la temática del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la Constitución y los Sistemas «Difuso» y «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional Peruano, de tanta actualidad en nuestra realidad constitucional, y las medidas extraordinarias y los Decretos de Urgencia en el modelo constitucional peruano, respectivamente. El procedimiento de Reestructuración Empresarial, en su versión notarial, es abordado con la solvencia académica del profesor **Tomás Sobrevilla**

Enciso; en tanto que en materia de Familia, los trabajos sobre el Derecho Alimentario de los cónyuges, el nuevo Derecho para los Niños y Adolescentes son desarrollados por los profesores **Benjamín Aguilar LLanos** y **Carmen Julia Cabello Matamala**, respectivamente, dentro de las áreas de sus especialidades. A ello se suma el estudio de los mecanismos de uso de los «Bonos Brady» como medio de pago en las privatizaciones del joven profesor **Jaime Zegarra**. La responsabilidad civil de los Bancos en las cajas de seguridad es tratado por el profesor **Juan Espinoza**, mientras que la Guía Jurídica para la redacción de Contratos de Construcción en Instalaciones Industriales, es expuesta por el profesor **Fernando Vidal**. Por otro lado, la Nulidad del Acto Jurídico Administrativo es desarrollado por **Pedro Morales Corrales** – también antiguo profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima –, para culminar con un importante desarrollo del Contrato de Fideicomiso, figura jurídica cada vez más utilizada a nivel bancario y financiero, de poco desarrollo teórico en nuestro medio por ser una figura contractual novedosa y que ha tocado explayar al profesor **Francisco Avendaño Arana**.

Luego del notable éxito del No. 49 de nuestra Revista DERECHO-PUC, la presente entrega ha tratado de ser muy cuidadosa. Verdad es que no hemos llegado aún a ponernos al día frente al desarrollo cronológico, pero esperamos que el número 51 correspondiente a 1997, se encuentre listo para fines de mayo del próximo año, de modo tal que el No. 52 sea a su vez entregado en diciembre siguiente.

DERECHO-PUC constituye el vehículo oficial de comunicación, de modo primordial, de las investigaciones de los profesores de nuestra Facultad de Derecho y de sus afanes de investigación y divulgación del pensamiento jurídico y académico. Al mismo tiempo se halla abierta a las importantes colaboraciones de destacados profesores de otras casas de enseñanza legal que el Consejo Editorial estime publicar, así como a las colaboraciones de profesores extranjeros, preferentemente los que provienen de facultades y escuelas de Derecho vinculadas a nuestra Facultad de Derecho.

El Consejo Editorial de **DERECHO-PUC** desea agradecer a todas y cada una de las personas que han hecho posible esta edición. Al señor Decano de nuestra Facultad de Derecho, Dr. Lorenzo Zolezzi Ibárcena por su decidido apoyo. A la Dra. Carlota Casalino por el cuidado en la edición y eficiente colaboración. A la Dra. Mariella Trujillo, por su desinteresada colaboración en el ordenamiento y procesamiento de los diversos trabajos, y a la Srta. Beatriz Landauro por su eficiente labor en la digitación de los originales que lo requirieron. Finalmente, al Sr. José

Agüero, Presidente Ejecutivo del Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú por su muy valioso apoyo.

San Miguel, diciembre de 1997

ANÍBAL QUIROGA LEÓN
Profesor Principal
Editor General

El término «Tridimensional» y su contenido¹

Miguel REALE

40.- Para la sociología jurídica, la ley, la norma, es un reflejo de la vida jurídica concreta. La Ciencia del Derecho sería así, una ciencia de la conducta y no una ciencia de normas. Tenemos ahí, por tanto, dos orientaciones empíricas, ambas pretendiendo partir de la experiencia, pero que llevan a dos soluciones unilaterales. La técnica jurídica se limita a estudiar la regla, con sacrificio del problema del «contenido social», y la sociológica, procediendo de manera inversa, olvida los elementos formales. Ambas corrientes, entre tanto, parten de la experiencia, pero sacrifican la riqueza de la experiencia jurídica, para escoger un ángulo visual, y sobre ese ángulo, apreciar el todo.

¹ La Teoría Tridimensional del Derecho, de la que es creador el eminente jurista brasileño Miguel Reale, es ampliamente conocida en nuestro medio, y está presente en las discusiones académicas de hace más de cuarenta años. El maestro paulista puso a punto su tridimensionalismo jurídico en 1953, en la primera edición de su *Filosofia do Direito*. Sin embargo, es un hecho evidente que su concepción no nació del aire, sino fue producto de un largo proceso intelectual, cuyas bases se encuentran en 1940 en su libro *Fundamentos do Direito*, del cual hay traducción castellana. En este libro, no obstante señalarse la existencia de tres dimensiones en la experiencia jurídica, no se emplea el término «tridimensional», que el autor solo utiliza formalmente y por vez primera en 1953, como ya se ha dicho. Pues bien, en algunas obras, Reale sostiene que el término «tridimensional» y su conceptualización, lo empezó a usar a mediados de la década del cuarenta, lo que me llamó poderosamente la atención. Fue por eso que, sin dudar de la veracidad de este aserto, escribí a Reale pidiéndole me indicase la fuente que acreditase el uso del término «tridimensional» en esa década, ya que yo no había podido obtener constatación alguna. En tal virtud, Reale me remitió una extensa carta confirmando todo ello, y adicionalmente, remitiéndome las partes pertinentes de su curso de Filosofía del Derecho, dictado por él en 1945, en el quinto año de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo. Se trata de copias mimeografiadas de la versión taquigráfica de sus lecciones tomada por el hoy Dr. Murilo Antunes Alves, actual *vereador*

Si nosotros, por el contrario, demostráramos que la realidad es mucho más compleja de lo que el empirismo pretende, más rica de lo que el positivismo supone, estaremos obligados a intentar superar la posición de estas escuelas, a fin de tomar el Derecho, al mismo tiempo como hecho y como regla, como conducta y como norma; en una síntesis, capaz de darnos la razón de ser de todos los fenómenos jurídicos. Se puede ver, a través de un ejemplo, como esos estudios que parecen tan abstractos, cuando son puestos en contacto con problemas concretos, adquieren expresión de vida y abren camino para soluciones que se manifiestan naturalmente.

Sin anticipar las conclusiones de las próximas clases, podemos decir que el error de la escuela técnico-jurídica, o dogmática, fue el de reducir el Derecho a normas, y considerar el Derecho exclusivamente como una ciencia de normas, y que paralelamente, el error de la escuela sociológica fue considerar al Derecho exclusivamente como ciencia del hecho social. Escapa a ambas orientaciones, la comprensión de que el Derecho es una realidad compleja, no sólo bidimensional (hecho y norma), sino, en realidad, tridimensional: implica un hecho integrado por una norma, en razón de un valor a realizar.

.....

50.- Afirmado el principio de que el Derecho es una realidad, debemos establecer que la realidad, o es dada o es construida. Dada es aquella que se ofrece al hombre independiente de su accionar. Por ejemplo, un fenómeno volcánico, el mar o transformación de las minas, operan espontáneamente sin necesidad del hombre, y en algunos casos, en su contra; son fenómenos dados. El hombre los encuentra tal y como son. Al lado de esas realidades dadas, existen las realidades creadas. Son las que resultan de la acción del hombre, de su interferencia al actuar sobre

(concejal) del Concejo Municipal de Sao Paulo. Son copias no autorizadas por la cátedra, en virtud de que éstas representaban un proceso que daría frutos más adelante, pero que son importantes, pues confirman la aparición del término «tridimensional» en esa época y su configuración unitaria. Así consta en parte de las lecciones 40 y 50 de dicho curso. La carta que me dirigió Reale, ha sido publicada por él («Sobre a origem do termo tridimensionalismo jurídico», en Revista brasileira de Filosofia, fasc. 182, abril - junio de 1996). En esta oportunidad, publicamos esos textos de 1945, que son de gran importancia para comprender la evolución del tridimensionalismo de Reale y que se muestra en una fase muy avanzada de su desarrollo. La traducción al castellano del texto portugués se debe a Mónica Rodríguez Nario; la revisión técnica ha estado a mi cargo (Domingo García Belaunde).

la naturaleza, teniendo en cuenta la realización de sus fines. Esta realidad se llama cultural, y cuando se transforma a través del tiempo, decimos que es una realidad histórico - cultural.

Veamos cómo ahora estamos en condiciones de concluir que: «El Derecho es un fenómeno histórico-cultural».

¿Cuáles son los elementos que componen esa realidad histórico - cultural? Son tres. Esa realidad es tridimensional. Tenemos ahora la ocasión de mostrar cómo la teoría de los objetos no presenta, absolutamente, separaciones, reservas, grupos que deben ser completamente apartados unos de otros. Por el contrario, nos ofrece una complementariedad esencial. Es lo que se verifica en esa realidad compleja que es el Derecho. El Derecho, antes que nada, es una actitud humana, es una conducta del hombre. Si no existiesen hombres viviendo en comunidad, produciendo cosas útiles, concordando o discutiendo ideas e intereses, no existiría Derecho.

Lo esencial en el Derecho, en primer lugar, es la relacionalidad, o sea, la bilateralidad. El fenómeno jurídico es un fenómeno de conducta social. De entre las múltiples formas de conducta social, distinguimos la conducta social jurídica. El primer elemento, por tanto, es ese de la conducta que llamamos también hecho social: de esta manera, el *substractum* de toda la vida jurídica, es el hecho social. ¿Pero es ese hecho social indiferenciado? Si decimos que el Derecho tiene un *substractum* social, ¿no acabaremos disolviendo el Derecho y la Jurisprudencia en Sociología? ¿Entonces, todo es Sociología?

Lo sería si el Derecho fuese apenas un hecho social, la propia conducta social; pero él es un hecho social en cuanto tiende a un valor. No existe derecho donde no existe tentativa de realización de lo justo, o de un valor justo. El hecho social es jurídico, en cuanto tiende a la realización de un valor de lo justo. Pero el estudio del hecho social por la Jurisprudencia no queda ahí, en esa apreciación de la conducta humana en el sentido del valor: La apreciación de un valor a realizar tiene como consecuencia el surgimiento de normas. Toda vez que los hombres procuran realizar un valor, esta búsqueda tiene como resultado el surgimiento de preceptos imperativos de conducta. La conducta se rige por sí misma, a través de los valores a realizar.

De ahí el surgimiento del tercer elemento, que es la norma. Donde quiera que haya una realidad jurídica, encontrarán siempre esos tres elementos: el hecho social integrado por un valor que hace surgir una norma. Existe siempre una realidad jurídica, que se ordena en el sentido de un valor sobre la forma de una norma. La norma es, así, el momento culminante de la vida jurídica.

El Derecho no es estático, sino dinámico. Es una realidad histórico – cultural. El adjetivo «histórico» está allí para mostrar ese sentido dialéctico. El Derecho siempre se está formando, porque los hombres buscan realizar valores nuevos, y cuando los alcanzan, quieren mayores garantías para ellos. Nosotros sólo podemos comprender la evolución histórica del Derecho en su desarrollo, si comprendemos que el Derecho es siempre una conducta humana en busca de valores, a través de normas.

La norma es un medio de realización de garantía de valores, y, al mismo tiempo, un amparo de la conducta social para la comprensión y la solidaridad de todos los que componen la convivencia humana. Hecho social, valor y norma, son los tres elementos que se complementan recíprocamente. No podemos, a no ser por abstracción, estudiar cada uno de esos elementos, porque en realidad, ellos están unidos. En el momento de la acción, debemos tener en cuenta esa complementariedad.

¿Cuál es el momento de la acción para el jurista? Es, por ejemplo, el momento de la interpretación de una relación jurídica de cara a la ley, para declarar el Derecho.

Es un error interpretar el Derecho pensando que éste es apenas ley o norma, o tan sólo reduciéndolo a valores o a un hecho.

Un juez que sólo vive apegado al texto legal, divorciado de los valores o sin contacto de la realidad social, es un mal juez. Un abogado que, al contrario, se convenza repentinamente de la justicia de una causa y sin consultar la legislación positiva, plantea una acción, es un abogado fracasado. Por otro lado el jurista que sólo quiere ver el hecho social en su entorno histórico, describiéndolo, sin cuidar los problemas del valor y de la norma, es apenas un sociólogo, perdido en el campo de la Jurisprudencia.

El jurista tiene que trabajar con una materia tridimensional, porque sólo esas tres partes unidas nos dan el sentido de la vida del Derecho en su esencia, como la longitud y la profundidad son las que, a la larga, nos dan el volumen de las cosas. El jurista es un hombre que tiene que ver las tres dimensiones, tal como nosotros, en la vida ordinaria, necesitamos de tres dimensiones, o perderemos la ilusión de la perspectiva.

A pesar de la complejidad de la vida jurídica, existen, entretanto, teorías unilaterales que buscan resaltar un determinado aspecto en detrimento de los otros. Surgen así, tres grandes corrientes al respecto, de las cuales, ya hemos hecho referencia, y que ahora se pueden comprender mejor.

Primero, veamos la corriente que sólo cuida el hecho social, hacien-

do sociología jurídica. Yo no cuestiono la legitimidad de la sociología para hacer el estudio del Derecho como hecho. Lo que cuestiono es que con tales estudios se puedan procesar las conclusiones que son peculiares al mundo de los valores y de las normas. Yo puedo estudiar cada una de las partes, pero necesito después sintetizar. La investigación es analítica, pero la acción es sintética, y de allí la necesidad de sintetizar el estudio de los tres elementos ya apuntados.

La otra corriente tiene en cuenta tan sólo los valores éticos, preocupándose solamente de aquellos que gobiernan la vida jurídica en el sentido del bien. Dicha corriente se llama eticismo, y cuenta con muchos intérpretes y defensores. Entre ellos, por ejemplo, el jesuita Cathrein, el cual dice que cuando el juez se encuentra con una ley que sea contra la justicia, debe dejar de aplicar la ley, y si no puede actuar así, debe abandonar su función. Aquí es bueno acentuar que no todos los escolásticos son eticistas. Existen grandes juristas que se inspiran en la doctrina tomista, como George Renard o Delos, quienes aprecian la totalidad del fenómeno jurídico, como lo estamos haciendo, empleando una terminología más actual.

Además de éstas, existe una tercera, el Normativismo, en la cual brilla Hans Kelsen, y que dice que el Derecho es norma. Para dicho jurista, el Derecho solo interesa en cuanto regla, y por tanto, el problema de la Jurisprudencia es un problema técnico y lógico.

Son todas éstas, teorías unilaterales, y por eso debemos tener una visión completa, total, del problema. Decir que el Derecho es un hecho social en cuanto tiende a un valor, es decir que, ontológicamente el Derecho es en cuanto debe ser.

Aquí es preciso abrir un paréntesis para tratar de una materia que es de importancia para nuestras investigaciones. Nosotros decimos que hay dos maneras de apreciar la realidad: según el ser, o según el deber ser. La realidad en sí, por ello, puede ser en cuanto debe ser. El punto de vista lógico de apreciación de la realidad no se confunde con el punto de vista ontológico de estudio de la realidad en sí. El Derecho es una realidad en cuanto debe ser. Lo que caracteriza la realidad jurídica es el hecho de poseer un sentido, un significado, una tendencia para los valores de lo justo. No hay, pues, contradicción en decir que, lógicamente, no hay pasaje del «ser» para el «deber ser»; pero ontológicamente, algo puede «ser» en cuanto «debe ser».

La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico

FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO

1. La dignidad de la persona como valor jurídico fundamental del constitucionalismo de la segunda postguerra.

Uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales bien dispares, como muestran los ejemplos que más adelante ofrecemos. Ello tiene una explicación fácilmente comprensible. Los errores de la Segunda Guerra Mundial impactarían de tal forma sobre el conjunto de la humanidad, que por doquier se iba a generalizar un sentimiento de rechazo, primero, y de radical rectificación después, que había de conducir en una dirección que entendemos sintetiza con meridiana claridad el primer párrafo del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, en que puede leerse lo que sigue:

«Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la digna intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana»

A partir de esta reflexión, el Art. 1º de la misma Declaración proclamará que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, determinación que, como es bien conocido, recuerda muy de cerca el primer inciso del Art 1º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789 («*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits*») y, si seguimos a

Jellinek¹, su modelo de los *Bills of Rights* de los Estados de la Unión norteamericana².

El rasgo precedentemente enunciado, como acabamos de decir, lo hallamos en constituciones de ámbito bien diferentes. Y así, la Constitución del Japón de 1946, en su Art. 13º, proclama que: «Toda persona tendrá el respeto que merece como tal», para añadir de inmediato que: «El derecho a la vida, a la libertad y a la búsqueda de la felicidad serán, en la medida en que no se opongan al bienestar general, la consideración suprema de la legislación y demás asuntos de Gobierno». A su vez, los derechos fundamentales son conferidos a los miembros de la sociedad y de futuras generaciones en calidad de derechos eternos e inviolables. Y aunque se ha afirmado³ que el Preámbulo y la declaración de derechos de la Constitución japonesa reflejan mejor las tradiciones y los ideales de la República norteamericana que los del Japón, en base al dirigismo que sobre los constituyentes japoneses ejercieron los Estados Unidos, ello no obsta en lo más mínimo para dejar de apreciar esta sensibilidad humanista.

En un contexto social, cultural y aun religioso tan distinto como es el caso de la República Islámica de Irán, también se aprecia esa sensibilidad. Su Constitución de 1979 tras proclamar en su artículo 2º que la República Islámica es un sistema establecido sobre la base del respeto a los valores supremos del hombre, determina que: «la persona, la vida, los bienes, los derechos, la dignidad, el hogar y el trabajo de las personas son inviolables».

También en América Latina podemos constatar ese sentido humanista. Recordemos cómo en la Constitución del Perú de 1979, derogada por la hoy vigente de 1993, los constituyentes proclamaban su creencia en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado. Y la actual Constitución de Guatemala de 1985 proclama en su artículo 4º que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos, para añadir poco después que ninguna persona

¹ JELLINEK, Georg, «*La Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano*», en G. Jellinek, E. Boutmy, E. Doumergue y A. Posada: *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, edición de Jesús G. Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp. 57 y ss.; en especial, pp. 72-76.

² Recordemos, por ejemplo, que a tenor del punto I de la Declaración de Derechos acogida en la Constitución de Massachusetts, de 2 de Marzo de 1780: («*All men are born free and equal, and have certain natural, essential and alienable rights*»).

³ DUCHACEK, Ivo D., *Derechos y Libertades en el mundo actual*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pp. 39.

pueda ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad.

Esa sensibilidad por el ser humano ha tenido hondamente el constitucionalismo occidental europeo, que ha venido a consagrar la dignidad de todo ser humano como valor material central de la Norma fundamental, derivando del mismo un amplísimo reconocimiento de los derechos de la persona y una multiplicidad de mecanismos de garantía.

Este es el caso de la Constitución Italiana, cuyo Art. 2º proclama que: «*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*», con lo que el constituyente, de modo inequívoco, enuncia, como significara Mortati⁴, dos presupuestos irrenunciables de la forma democrática de Estado: el principio personalista y el igualitario. De esta forma, los derechos inviolables del hombre no pueden ser concebidos como la resultante de una autolimitación del Estado Republicano, sino que, como sostiene Paladin⁵, representan «*un dato congénito dell'ordinamento statale vigente*»; se trata precisamente de aquella decisión que separa al nuevo Estado de la postguerra del Estado totalitario creado por el fascismo. Por lo demás, no es inadecuado recordar que la vigencia efectiva de los derechos del hombre, bien individualmente considerado, bien como integrante de unas formaciones sociales en las que desarrolla su personalidad, requiere del cumplimiento de unos deberes de solidaridad; entre la vigencia de los derechos y el cumplimiento de los deberes se establece una estrecha correlación, por lo que a la «*inviolabilità*» de los derechos corresponde la «*inderogabilità*» de los deberes. Y aunque la Constitución no se refiera explícitamente a la dignidad de la persona, debe darse por reconocida en cuanto que los derechos inviolables del hombre son inherentes a esa dignidad y, por lo tanto, se fundan en ella.

La Constitución Italiana va incluso más allá en su finalidad última de alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad humana, meta con la que se trata de dar cierta concreción individualizada al reconocimiento de aquellos derechos inviolables. Y en esa dirección ha de situarse la conocida como «cláusula Lelio Basso» del párrafo segundo del Art. 3º, a

⁴ Costantino Mortati; en su «*Comentario al artículo 1º de la Constitución Italiana*», en Giuseppe Branca, *Comentario della Costituzione, tomo I (Principi fondamentali)*, Nicola Zanichelli Editore - Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna - Roma, 1975, pp. 1 y ss.; en concreto, pp. 6 - 7.

⁵ Livio Paladin: *Distrito Costituzionale*, CEDAM, Padova, 1991, pp. 562-563.

cuyo tenor: *«E compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana...»*

Una cláusula como la transcrita viene a desmentir, como ya sostuviera el propio diputado italiano a quien se atribuye su paternidad, Lelio Basso, todas aquellas afirmaciones constitucionales que dan por realizado lo que aún está pendiente por realizar (la democracia, la igualdad... etc.). Por ello, el precepto asume una virtualidad jurídica que desborda la propia de un mero mandato al legislador, convirtiéndose en una norma llamada a superar esa flagrante contradicción constitucional mediante la transformación de la propia estructura constitucional en un sentido material ⁶.

Los potenciales efectos transformadores de la cláusula en cuestión quedan perfectamente compendiados en un conocido comentario de Calamandrei, para quien: *«per compensare le forze di sinistra della rivoluzione mancata, le forze di destra non si opposero ad accogliere nella costituzione una rivoluzione promessa»*⁷.

La Ley Fundamental de Bonn de 1949 va a dar pasos muy importantes en la misma dirección. Su misma norma de apertura (Art. 1º.1) proclama solemnemente: «La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección», para, en el siguiente apartado el propio artículo (Art. 1º.2) añadir: «Conforme a ello, el pueblo alemán reconoce los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo». Como ha reconocido el Tribunal Constitucional Federal, este artículo figura entre los principios básicos de la Constitución que dominan todos los preceptos de la Ley Fundamental⁸. Y en otro momento⁹, ha admitido el mismo Tribunal que la dignidad es el valor jurídico supremo dentro del orden constitucional.

La mayor problemática que había de suscitar esta elevación de la dignidad del ser humano a la categoría de núcleo axiológico central del or-

⁶ ROMAGNOLI, Umberto, «Il principio d'uguaglianza sostanziale», en el colectivo editado por Giuseppe Branca, *Commentario della Costituzione. Op. cit.*, vol. 1º, p. 162 y ss.; en concreto, p. 166.

⁷ CALAMANDREI, Piero, Introduzione storica sulla Costituente, en Piero Calamandrei y A. Levi (dirs.) *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, Firenze, 1960, vol. 1º, p. CXXXV.

⁸ BVerfGE, 6, 32 y ss.; en concreto, 36

⁹ BVerfGE, 45, 187 y ss.; en concreto, p. 227.

den constitucional consistía precisamente en definir qué había de entenderse por «dignidad del hombre». Quizá una de las definiciones más citadas sea la de Von Wintrich¹⁰, para quien la dignidad del hombre consiste en que «el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea». Las dificultades de una definición del concepto de dignidad se documentan en el extremo de que la doctrina jurídico-constitucional no ha llegado todavía a una definición satisfactoria, permaneciendo atrapados los intentos de definición en formulaciones de carácter general («contenido de la personalidad», «núcleo de la personalidad humana»...)¹¹.

No obstante las dificultades precedentemente advertidas, Stein¹², atendiendo al significado etimológico del término, ha intentado una aproximación al concepto que creemos de utilidad. «Dignidad» («*Wurde*») es un abstracto del adjetivo «valor» («*Wert*») y significa, originariamente, la materialización de un valor. Según esto, la referencia del Art. 1º.1 habría de entenderse en el sentido de que la cualidad del hombre, como valor, es intangible. Pero como este valor podría ser desplazado por otros valores, Stein considera que para evitar esta posibilidad, la significación del Art. 1º.1 ha de ser la de que el hombre es el valor supremo, tesis concordante con la apuntada, como vimos antes, por el Tribunal Constitucional.

Por lo demás, la interpretación precedente casa a la perfección con la formulación constitucional del Art. 1º.2 de la «*Bonner Grundgesetz*». En efecto, en cuanto el hombre es el valor supremo, el referente axiológico central de todo el orden constitucional, el pueblo alemán reconoce los derechos inviolables e inalienables del hombre, elevándolos a la categoría de fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. Y de ello, a su vez, se hace derivar (Art. 1º.3) el principio de vinculatoriedad inmediata de los derechos fundamentales: «los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los Tribunales a título de derecho directamente aplicable».

¹⁰ Von Wintrich: «Zur Problematik der Grundrechte», 1957, p. 15. Cit. por Ekkehart Stein: *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tübingen, 1968. Traducción española de F. Sainz Moreno, bajo el título *Derecho Político*, Aguilar, Madrid, 1973, p. 236.

¹¹ Ingo von Münch: «La dignidad del hombre en el Derecho constitucional» en «*Revista Española de Derecho Constitucional*», Nº 5, mayo-agosto 1982, p. 9 y ss.; en concreto, p. 19.

¹² Ekkehart Stein: *Derecho Político. Op. cit.*, p. 237.

Los derechos fundamentales son inherentes a la dignidad del ser humano y, por lo mismo, se fundan en ella y, a la par, operan como el fundamento último de toda comunidad humana, pues sin su reconocimiento quedaría conculcado ese valor supremo de la dignidad de la persona en el que ha de encontrar su sustento toda comunidad humana civilizada.

A la par, como ya indicamos, la dignidad de la persona bien puede entenderse que consiste o, por lo menos, que entraña ineludiblemente la libre autodeterminación de toda persona para actuar en el mundo que la rodea. Y en perfecta sintonía con esta exigencia, el Art. 2º.1 de la Ley Fundamental de Bonn reconoce el derecho de cada persona al libre desenvolvimiento de su personalidad, en tanto no vulnere los derechos de otro y no atente al orden constitucional o a la ley moral.

Y si nos referimos por último a la Constitución de la República Portuguesa de 1976, su Art. 1º comienza afirmando que «*Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana...*», lo que ha conducido a Miranda¹³ a considerar que la Constitución confiere una unidad de sentido, de valor y de concordancia práctica al sistema de los derechos fundamentales, que a su vez descansa en la dignidad de la persona humana, o sea, en una concepción que hace de la persona fundamento y fin de la sociedad y del Estado.

2. La proclamación constitucional de la dignidad de la persona en el artículo 10.1 de la Constitución Española de 1978

A. Génesis del precepto

El Art. 10, norma de apertura del Título primero, proclama en su apartado uno que: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Frente a la omisión de todo orden material de valores que inspirase el ordenamiento jurídico en el régimen franquista, la Ley para la Reforma Política, de 4 de enero de 1977, acogía un cambio radical de pers-

¹³ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional, tomo IV* («Direitos fundamentais»), 2a. ed., Coimbra Editora, Limitada, Coimbra, 1993, p. 166.

pectiva en este punto al determinar en el inciso segundo de su Art. 1º.1: «Los derechos fundamentales de la persona son inviolables y vinculan a todos los órganos del Estado», previsión que puede considerarse como el antecedente más inmediato del Art. 10.1 de nuestra Norma suprema.

De la necesidad, carácter no redundante y trascendencia política del precepto en cuestión se haría eco la doctrina¹⁴, que también pondría de relieve que una norma de esta naturaleza supone, ante todo, un correctivo al voluntarismo jurídico y a la omnímoda hegemonía de la ley, así como un reconocimiento de que el poder, en sus orígenes y en su ejercicio, es inseparable de la idea de límite, y el límite, en su base esencial, descansa en los derechos fundamentales que designan como centro de producción a la persona¹⁵.

En definitiva, el precepto mencionado de la Ley para la Reforma Política venía a entrañar un freno radical frente a todo voluntarismo jurídico, una quiebra de las bases mismas del positivismo jurídico, un rechazo de cualquier cobertura formalmente democrática frente a la arbitrariedad de una mayoría contraria a los más elementales valores inherentes a la persona humana, y una reafirmación de que la persona no es un mero reflejo de la ordenación jurídica, sino que, bien al contrario, tiene una existencia previa, y aunque es evidente que el ordenamiento jurídico habrá de dotarla de significación, no lo es menos que en ningún caso podrá ignorar esa preexistencia que se manifiesta en el hecho de que de la persona dimanen unos derechos inviolables que han de ser considerados como inherentes a ella.

A partir del precedente anterior, la Ponencia Constitucional incorporaba al Anteproyecto de Constitución un artículo, el 13, del siguiente tenor: «La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad, son fundamento del orden político y de la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás»¹⁶.

Un total de ocho enmiendas se presentarían al texto anterior. De ellas, sólo una, la número 63, del Sr. Fernández de la Mora, postularía

¹⁴ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco, *La nueva Ley Fundamental para la Reforma Política*, Secretaría General Técnica, Presidencia del Gobierno, Colección Informe, Nº 14, Madrid, 1977, p. 110.

¹⁵ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español y la Constitución*, Planeta, Madrid, 1982, p. 148.

¹⁶ Boletín Oficial de la Cortes, Nº 44, 5 de enero de 1978, pp. 669 y ss.; en concreto, p. 671.

su supresión sobre la base de considerar que el precepto en cuestión no establecía ningún derecho y abarcaba una definición sobre materia no constitucional. Bien es verdad que otra enmienda, la número 2, del Sr. Carro Martínez, propugnaba la eliminación de algunos de los contenidos de mayor trascendencia del precepto¹⁷. Ninguna de ellas sería aceptada por la Ponencia, al entender que los principios reconocidos «son la base para el desarrollo de las libertades públicas en los artículos siguientes»¹⁸. Tampoco aceptaría la Ponencia, por mayoría, la supresión de la expresión «paz social», solicitada por algunas de las restantes enmiendas. No obstante, la Ponencia, por mayoría, procedía a dar una nueva redacción al artículo, ordenando de una manera más precisa técnicamente los conceptos en él contenidos, situando además al precepto como introductorio del Título primero de la Constitución, relativo a los derechos y deberes fundamentales. Esa nueva redacción sería a la postre la definitiva, puesto que el precepto en cuestión ya no sufriría modificación alguna a lo largo del «iter» constituyente.

B. Dignidad de la persona y orden valorativo

I. Una lectura detenida del texto del Art. 10.1 nos revela que la dignidad de la persona es el primer principio en que están contenidas, como en su simiente, las demás afirmaciones. Como recuerda Sánchez Agesta¹⁹, los derechos inviolables de la persona, en cuanto inherentes a su dignidad, se fundan en ella. A su vez, el libre desarrollo de la personalidad da un carácter concreto, individualizado, a esa floración de derechos dimanantes de la dignidad personal. Por último, el respeto a los derechos de los demás no es sino la resultante obligada de la afirmación primigenia, esto es, de que la dignidad es patrimonio común de todos y cada uno de los seres humanos, sin excepción alguna. Y en cuanto al respeto a la ley, debe entenderse en el sentido de que la ley es la norma que regula la convivencia pacífica sin la que carecería de sentido hablar de paz social, de esos seres humanos que, ejercitando los derechos inviolables que le son inherentes, desarrollan libremente su personalidad.

¹⁷ El texto que proponía la enmienda Nº 2 del Sr. Carro Martínez, era el que sigue: «Las libertades públicas, dentro del respeto a la Ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social».

¹⁸ Boletín Oficial de la Cortes, Nº 82, 17 de Abril de 1978, p. 1530.

¹⁹ SÁNCHEZ AGESTA, LUIS, *El sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editoral Nacional, Madrid, 1980, p. 73.

El precepto supone la consagración de la persona y de su dignidad no sólo como el fundamento de la totalidad del orden político, sino, y precisamente por ello mismo, también como el principio rector supremo del ordenamiento jurídico. Se condensa aquí, en clave principal, dirá Parejo²⁰, la filosofía, los criterios axiológicos a que responde por entero y que sustentan el orden dogmático constitucional.

El valor último, el principio nuclear, es, como ya ha quedado dicho, la dignidad humana, sin connotación o conexión alguna con un determinado orden económico o social, pero valorada evidentemente como valor propio del individuo en sociedad. Como dijera Goldschmidt²¹, cada persona humana individual es una realidad en sí misma, mientras que en el Estado no es más que una realidad accidental, ordenada como fin al bien de las personas individuales; consecuentemente, es del todo oportuno afirmar que el derecho fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás, es el derecho a ser reconocido siempre como persona humana²².

En cuanto la democracia, como bien afirmara Maritain²³, es una organización racional de libertades fundada en la ley, y en cuanto la libertad es indivisible y se asienta en la libertad fundamental del individuo, en un derecho radical, entre los fundamentales, del que, como recuerda Peces Barba²⁴, traen su causa los demás, esto es, en el derecho a ser considerado como ser humano, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad, titular de derechos y obligaciones, el Derecho, el ordenamiento jurídico en su conjunto no quedará iluminado –en términos de Lucas Verdú²⁵ –, legitimado, sino mediante el reconocimiento de la dignidad de la persona humana y de los derechos que le son inherentes, lo que nos permite hablar de la existencia de un sustrato filosófico iuspersonalista que, a nuestro modo de ver, se alimenta ideológicamente

²⁰ LUCIANO PAREJO, Alfonso, *Estado social y Administración Pública*, Civitas, Madrid, 1983, p. 71.

²¹ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, Depalma, 6a. edición Buenos Aires, 1983, p. 543.

²² LEGAZ LACAMBRA, Luis, «La noción jurídica de persona humana y los derechos del hombre», en *Revista de Estudios Políticos*, N° 55, enero-febrero 1951, pp. 15 y ss.; en concreto, p. 44.

²³ MARITAIN, Jacques : *El hombre y el Estado*, Encuentro Ediciones, Madrid, 1983, p. 75.

²⁴ PECES BARBA, Gregorio, *Derechos Fundamentales*, Latina Universitaria, 3a. edición, Madrid, 1980, p. 91.

²⁵ LUCAS VERDÚ, Pablo, *Curso de Derecho Político*, Vol. IV, Tecnos, Madrid, 1984, p. 320.

de las aportaciones del liberalismo, del socialismo democrático y del humanismo social-cristiano.

Este iuspersonalismo se manifiesta socialmente en lo que se ha denominado²⁶ el «personalismo comunitario», esto es, en una comunidad social plural. Es desde esta perspectiva como cobran su pleno sentido todos y cada uno de los valores que enuncia el Art. 1º.1 de nuestra Carta Magna: la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo político. Es cierto que desde diferentes sectores de pensamiento se ha tratado de relativizar alguno de esos valores²⁷; sin embargo, a nuestro juicio, no sólo no debe excluirse ninguno, sino que todos y cada uno de ellos se complementan de algún modo entre sí.

De la dignidad de la persona fluye el principio de libertad, valor que, como ya significara Recaséns Siches²⁸, asegura un contenido valorativo al Derecho. Pero es que, además, la libertad y, sobre todo, la igualdad forman parte del contenido y del fin de la justicia²⁹; incluso se ha tendido a considerar identificados los valores justicia e igualdad; sin embargo, la justicia, en cuanto valor social por excelencia, es un criterio de valoración destinado a conformar el comportamiento social. En definitiva, la justicia tiene un sentido de totalidad que le lleva a ser no sólo valor, en sí, sino también medida de los demás valores sociales y jurídicos. Por lo demás, el valor absoluto de la justicia, dar a cada uno «lo suyo»³⁰, se en-

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Es el caso de Gregorio Peces Barba (en «Reflexiones sobre la Constitución española desde la Filosofía del Derecho», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nº 61, invierno 1981, p. 95 y ss.; en concreto, pp. 123-124), quien, tras relativizar la necesidad de la presencia del valor «pluralismo político», ha entendido que «la justicia es también un término innecesario y reiterativo con los términos libertad e igualdad, que constituyen hoy el contenido material de la idea de justicia», reflexión que contrasta con la que, obviamente al margen de la Constitución, sostuvieron Castán Tobeñas (en *Los derechos del hombre*, 3a. edición, Reus, Madrid, 1985, p. 61), para quien las nociones de libertad e igualdad son dependientes de la idea de justicia, pues al proyectarse el ideal de justicia sobre aquellas —admite Castán, siguiendo en ello a Ruiz del Castillo (*Manual de Derecho Político*, Reus, Madrid, 1939, p. 344—), llena de significación esas ideas que, de otro modo, serían inexplicables.

²⁸ RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del Derecho*, Porrúa, México, 1981, p. 334.

²⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político...* *Op. cit.*, p. 382.

³⁰ Creemos que este valor absoluto es perfectamente compaginable con esa dimensión dinámica a que aludiera Carl J. Friedrich (en «La Filosofía del Derecho», FCE, 1a. edición., 3a reimpr., México, 1982, p. 286) que se refería a cómo podía comprenderse la justicia como una realidad cambiante, cuyos cambios ocurren en respuesta al proceso dinámico de la política.

cuentra indestructiblemente vinculado con la dignidad de la persona, en cuanto que cada individuo tiene un fin propio que cumplir, fin intransferible y privativo al que parece apuntar al texto constitucional cuando alude al «libre desarrollo de la personalidad», esto es, a lo que bien puede entenderse con Ruiz-Giménez³¹ como el despliegue de las diferentes potencialidades (psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales) de cada ser humano, la conquista de los valores que le satisfagan y de los ideales que le atraigan; el alcance, en suma, de su modelo de ser humano y de miembro activo protagonista en una sociedad determinada.

Y es aquí donde entra en juego el valor «pluralismo político», que aunque con una proyección básicamente estructural, desborda con creces tal perspectiva para incidir de modo muy positivo en que cada ser humano pueda desarrollar en libertad su personalidad. El pluralismo insisto a cualquier colectivo social no sólo debe ser respetado por el ordenamiento jurídico, sino que éste debe venir informado por aquél.

En resumen, el Art. 10.1, desde el punto de vista axiológico, eleva la dignidad de la persona a la categoría de «*Grundnorm*» en sentido lógico, ontológico y deontológico³²; justamente por ello, los restantes valores que proclama la Norma suprema han de tener como referente necesario la dignidad de la persona, encontrando en ella su razón de ser última.

II. Las reflexiones precedentes parecen situarnos ante una evidencia: nos hallamos en presencia de un precepto en el que la filosofía política hace acto de presencia de un modo harto elocuente; una filosofía política, que por lo demás no es patrimonio exclusivo de ninguna ideología, penetra de esta forma en el ordenamiento jurídico, y ello, de inmediato, nos plantea la cuestión de si el precepto debe ser entendido en clave iusnaturalista o en clave positivista. Dicho de otra forma, los postulados del Art. 10.1, y muy específicamente los tres primeros, ¿tienen carácter suprapositivo, habiendo de considerarse, por su proximidad al pensamiento filosófico iusnaturalista, según criterios iusnaturalistas?, o por el contrario, en cuanto que los textos normativos que tienen su origen en

³¹ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, «*Derechos fundamentales de la persona*» (Comentario al artículo 10 de la Constitución), en Oscar Alzaga (dir.) *Comentario a las Leyes Políticas*, tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 45 y ss.; en concreto p. 123.

³² LUCAS VERDÚ, Pablo, *Estimativa y política constitucionales (Los valores y los principios rectores del ordenamiento constitucional español)*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Madrid, 1984, p. 117).

las primeras Declaraciones de Derechos de fines del siglo XVIII han venido recogiendo esos valores, positivándolos, y así han llegado hasta nuestros días, en los que es común la constitucionalización de esos grandes valores, plenamente enraizados en los ordenamientos jurídicos, ¿tales principios han de ser entendidos en clave meramente positivista?.

Desde luego, es indudable que la proclamación que el Art. 10.1 hace de la dignidad de la persona, elevándola a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social no tiene otro sustento que la propia voluntad de la Nación española de la que hace eco el Preámbulo de la Constitución. Pero como dice González Pérez³³, es indudable que las mismas expresiones «dignidad de la persona», «derechos inviolables» y «libre desarrollo de la personalidad» suponen la vinculación en una concepción iusnaturalista. Y en análoga dirección se manifiesta la mayoría de la doctrina. Y así, por poner un ejemplo concreto, Pérez Luño³⁴, de modo rotundo considera que nuestra Constitución se inserta abiertamente en una orientación iusnaturalista, en particular de la tradición objetivista cristiana, que considera los derechos de la persona como exigencias previa a su determinación jurídico-positiva y legitimadoras del orden jurídico y político en su conjunto. Dicha inspiración iusnaturalista constituye la innegable fuente del Art. 10.1.

Por nuestro lado, creemos con Bachof³⁵ que el orden material de valores de nuestra Constitución, como el de la «*Bonner Grundgesetz*») a que se refiriera dicho autor, ha sido considerado por la Constitución como anterior a ella misma por cuanto no ha sido creado por la Constitución, sino que ésta se ha limitado a reconocerlo y garantizarlo, pues su último fundamento de validez se encuentra en los valores determinantes de la cultura occidental, en una idea del hombre que descansa en esos valores. Y en conexión con esta idea, entendemos que bien podría hablarse de la existencia de unos límites inmanentes a la reforma constitucional, cuyo punto focal sería sin ningún género de dudas el Art. 10.1, que bien podríamos considerar como revestido de una suerte de inmunidad frente a su supresión o frente a cualquier reforma que lo desnaturalizara. Bien es verdad que, como reconociera Loewenstein³⁶, el problema

³³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas Madrid, 1986, p. 81.

³⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 115.

³⁵ BACHOF, Otto, *Jueces y Constitución*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 39-40.

³⁶ LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, 2a. edición, Ediciones Ariel, Barcelona, 1970, p. 193.

que ahora planteamos no es tanto un problema jurídico cuanto una cuestión de creencias donde no se puede argumentar racionalmente, aún cuando por necesidades prácticas de la convivencia en la comunidad humana está revestida de formas jurídicas. Y es que la cuestión de fondo es la de si estos valores y los derechos fundamentales que de ellos dimanar son traídos consigo por el hombre con su nacimiento a la sociedad estatal, o si por el contrario son otorgados por la sociedad estatal en virtud del orden de la comunidad.

C. Caracterización de la Dignidad de la Persona

Ya en un momento anterior hemos puesto de manifiesto las dificultades existentes para llegar a un concepto de lo que ha de entenderse por dignidad de la persona, dificultades que explican el hecho de que, por ejemplo todavía en Alemania, como recuerda Von Munch³⁷, los intentos de definición permanezcan atrapados en formulaciones de carácter general, de las que constituyen buenos ejemplos su caracterización como «núcleo de la personalidad humana» o como «contenido de la personalidad».

No han faltado quienes entienden (entre otros, Nipperdey, Neumann y Scheuner) que la dignidad de la persona no es un concepto jurídico y significa una apelación a la esencia de la naturaleza humana.

En cualquier caso, en una primera aproximación al concepto, podemos diferenciar dos sentidos en el mismo: una determinada forma de comportamiento de la persona, presidida por su gravedad y decoro, a tenor del Diccionario de la Real Academia³⁸, y una calidad que se predica de toda persona, con independencia ya de cual sea su específica forma de comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad. Como dice González Pérez³⁹, la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que comporta un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana.

La dignidad exige, pues, dar a todo ser humano lo que es adecuado a su naturaleza misma de hombre como ser personal distinto y superior

³⁷ VON MUNCH, Ingo, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*. Op. cit., p. 19.

³⁸ Real Academia Española: *Diccionario de la Lengua Española*, 20a. edición, tomo I. Madrid, 1984, p. 499.

³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*. Op. cit., p. 112.

a todo ser animal, en cuanto dotado de razón, de libertad y de responsabilidad. Justamente por ello, la dignidad debe traducirse en la libre capacidad de autodeterminación de toda persona, que, como dijera el Tribunal Constitucional Federal Alemán en una conocida Sentencia de 15 de diciembre de 1983⁴⁰, presupone que se conceda al individuo la libertad de decisión sobre las acciones que vaya a realizar o, en su caso, a omitir, incluyendo la posibilidad de obrar de hecho en forma consecuente con la decisión adoptada.

En una posición más casuística y minuciosa, Ruiz-Giménez⁴¹ ha distinguido cuatro niveles o dimensiones en la dignidad personal: a/ la dimensión religiosa o teológica, para quienes creemos en la relegación del ser humano con Dios, que entraña un vínculo de filiación y de apertura a El, como «hechos a su imagen y semejanza»; b/ la dimensión ontológica, como ser dotado de inteligencia, de racionalidad, libertad y conciencia de sí mismo; c/ la dimensión ética, en el sentido de autonomía moral, no absoluta, pero sí como esencial función de la conciencia valorativa ante cualquier norma y cualquier modelo de conducta; y de esfuerzo de liberación frente a interferencias o presiones alienantes y de manipulaciones cosificadoras, y d/ la dimensión social, como estima y fama dimanante de un comportamiento positivamente valioso, privado o público, en la vida de relación. A partir de estos niveles, Ruiz-Giménez entiende con buen criterio que las dimensiones primordialmente asumibles por quienes hayan de aplicar la pauta normativa del Art. 10.1 de la Constitución son la de carácter ontológico (racionalidad y libertad del ser humano) y la de carácter ético profundo (autonomía y fin de sí mismo, no medio o instrumento de nadie).

En resumen, de lo hasta aquí expuesto se desprende que la dignidad, en cuanto calidad ínsita a todo ser humano y exclusiva del mismo, se traduce primordialmente en la capacidad de decidir libre y racionalmente cualquier modelo de conducta, con la consecuente exigencia de respeto por parte de los demás. No muy diferente ha sido la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, que tras considerar a la dignidad substancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana, entiende que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación cons-

⁴⁰ Puede verse esta Sentencia en el Boletín de Jurisprudencia Constitucional, Nº 33, enero 1984, pp., 126 - 170.

⁴¹ RUIZ - GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona*, Op. cit., pp. 113 - 114.

ciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás⁴².

Si como acabamos de exponer, no deja de resultar notablemente dificultoso determinar de modo plenamente satisfactorio qué es la dignidad de la persona humana, no faltan autores que entienden, por contra, que manifiestamente sí es posible fijar cuándo se vulnera la dignidad. Y así, Von Munch⁴³, a la vista de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas entiende que la dignidad entraña la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal. El Tribunal Constitucional Federal, a la vista de que la persona individual es frecuentemente objeto de medios por parte del Estado, sin que por ello se viole siempre su dignidad, ha matizado la anterior reflexión en el sentido de que sólo se produce una conculcación de la dignidad de la persona cuando el tratamiento como objeto se suma una finalidad subjetiva: sólo cuando el tratamiento constituye «expresión del desprecio» de la persona, o hacia la persona, aprecia el citado Tribunal una vulneración de la dignidad personal.

Entre nosotros, González Pérez⁴⁴ ha enumerado un conjunto de criterios a los que habrá que atender para apreciar cuándo se atenta contra la dignidad de una persona. Creemos que vale la pena recordarlos: a/ en primer término, son indiferentes las circunstancias personales del sujeto, pues la dignidad se reconoce a todas las personas por igual y con carácter general, reflexión plenamente compatible con la matización realizada por el Tribunal Constitucional, para el que cuando el intérprete constitucional trata de concretar el principio de dignidad no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina⁴⁵; b/ en segundo lugar, no se requiere intención o finalidad para que pueda apreciarse la conculcación de este valor fundamental. Si objetivamente se menoscaba el respeto debido a la condición humana, es irrelevante la intencionalidad del agente; c/ en tercer término, resulta igualmente irrelevante la voluntad de la persona afectada, y d/ por último, es preciso valorar las diferentes circunstancias concurrentes llegado el momento de calificar una determinada conducta.

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 53/1985, de 11 de abril, fundamento jurídico 8º.

⁴³ VON MUNCH, Ingo, *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*. Op. cit., pp. 19-21.

⁴⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona*. Op. cit., pp. 112-114.

⁴⁵ STC 53/1985 de 11 de abril, fund. Jur. 8º.

3. Naturaleza y virtualidad del mandato acogido en el Art. 10.1

Aunque, como ha dicho Hernández Gil⁴⁶, si hubiéramos de buscar en la Constitución el precepto menos parecido a una norma de conducta u organizativa, sería preciso citar el Art. 10.1, lo cierto es que no estamos en modo alguno ante una mera definición doctrinal o ideológica, ni mucho menos ante una cláusula de limitada o nula eficacia práctica, salvedad hecha de su valor didáctico⁴⁷. Ciertamente que, como ha puesto de relieve Basile⁴⁸, su ubicación al inicio del Título I constituya lo que en términos platónicos se llamaría el «preludio», o sea, la explicación racional que precede a las leyes para que sus destinatarios se persuadan de la bondad de los imperativos que contienen. Y de aquí precisamente vendría su tono didáctico. Pero como el propio Basile recuerda, la experiencia alemana e italiana aconseja, sin embargo, una mayor cautela, porque demuestra que los jueces constitucionales no se detienen ante ninguna declaración constitucional por genérica que sea o por privada de carácter imperativo que parezca.

El precepto, de entrada, nos pone de relieve que la persona es un «*prius*» respecto de toda ordenación jurídico-positiva, existe en cuanto tal⁴⁹; por lo mismo, los derechos le son inherentes y constituyen el fundamento de toda comunidad humana. De este principio ha de partir el poder del Estado. Y es a todas luces una evidencia, bien que muchas veces ignorada, olvidada o transmutada, que el hombre no existe para el Estado, sino que es el Estado el que existe para el hombre. Y en perfecta coherencia con lo anterior, el Derecho existe menos por el hombre que para el hombre. Y como dice Stein⁵⁰, si el hombre es el valor supremo, los presupuestos de lo humano se hallan bajo la protección estatal más enérgica. Tales presupuestos consisten, sobre todo, en la personalidad del hombre, en el sentido de su autodeterminación, y su conexión

⁴⁶ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español y la Constitución*. Op. cit., p. 419.

⁴⁷ ALZAGA, Oscar, *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Ediciones del Foro, Madrid, 1978, p. 156.

⁴⁸ BASILE, Silvio, «Los valores superiores, los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas», en Alberto Predieri y E. García de Enterría (dirs.), *La Constitución Española de 1978. Estudio sistemático*. Editorial Civitas, 2a. ed., Madrid, 1981, pp. 263 y ss.; en concreto, p. 273.

⁴⁹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español...* Op. cit., p. 422.

⁵⁰ STEIN, Ekkehart, «Derecho Político». Op. cit., p. 237-238.

social en el sentido de su tendencia a la comunicación de los demás hombres⁵¹.

Retornando al Art. 10.1, en él, como se ha puesto de relieve⁵², aun en defecto de que se quisiera entender otra cosa, debe advertirse por lo menos el rechazo de toda visión totalizadora de la vida social; en especial, el rechazo de la idea de organismos colectivos que tengan fines o vida superiores a los de los individuos que los componen. Pero es que, por otra parte, decir que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social, no es sólo, como razona Hernández Gil⁵³, formular un precepto con fuerza obligatoria para los ciudadanos y los poderes públicos, sino mostrar al exterior, en términos reflexivos explicativos y esclarecedores, cómo entiende el legislador constituyente el fundamento del orden político y de la paz social. Cuando la Constitución establece la dignidad de la persona es fundamento de la paz social, pone de manifiesto que ésta no es conseguible sin la dignidad de la persona, o lo que es lo mismo; no hay paz social sin dignidad de la persona y no hay dignidad de la persona si falta la paz social.

El Tribunal Constitucional, bien que con excesivas cautelas, ha tenido oportunidad de pronunciarse en algunas ocasiones en torno al Art. 10.1. A su juicio⁵⁴, el tenor del mismo no significa ni que todo derecho sea inherente a la persona –y por ello inviolable– ni que los que se califican de fundamentales sean «*in toto*» condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio imponga devenga un estado de indignidad. Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del Art. 10.1 implica que en cuanto «valor espiritual y moral inherente a la persona» (STC 53/1985), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad), constituyendo, en consecuencia, un «minimum invulnerable» que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en

⁵¹ Como señala Eusebio Fernández (en: «*El problema del fundamento de los derechos humanos*», en *Anuario de Derechos Humanos*, 1981, Universidad Complutense, Madrid, enero 1982, pp. 73 y ss.; en concreto, p. 98), los derechos humanos aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del Derecho.

⁵² BASILE, Silvio, *Los valores superiores, los principios fundamentales...* Op. cit., pp. 273-274.

⁵³ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español...*, Op. cit., p. 421.

⁵⁴ STC 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 4º.

el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona.

Por lo demás, el «intérprete supremo de la Constitución» ha dejado inequívocamente claro que las normas constitucionales relativas a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad consagradas en el Art. 10.1 (de la misma forma que los valores superiores recogidos en el Art. 1º.1) integran mandatos jurídicos objetivos y tienen un valor relevante en la normativa constitucional, tras lo que el Alto Tribunal ha precisado que tales normas no pretenden la consagración constitucional de ninguna construcción dogmática, sea jurídico-penal o de cualquier otro tipo, y por lo mismo, no cabe fundar la inconstitucionalidad de un precepto en su incompatibilidad con doctrinas o construcciones presuntamente consagradas por la Constitución; tal inconstitucionalidad derivará, en su caso, de que el precepto en cuestión se oponga a mandatos o principios contenidos en el código constitucional explícita o implícitamente⁵⁵.

En definitiva, es claro que el Art. 10.1, aun cuando, si se quiere dentro de un estilo lingüístico más propio de una proposición descriptiva que de otra prescriptiva, presenta un valor que desborda el de una mera declaración rectora de la conducta social de los titulares de los poderes públicos, teñida de una alta carga didáctica, para integrar una auténtica norma jurídica vinculante, un mandato jurídico objetivo que a todos, ciudadanos y poderes públicos, vincula y que reviste una notable relevancia política y, desde luego, jurídica, como se desprende de las diversas funciones que un precepto de esta naturaleza está llamado a cumplir.

Ruiz-Giménez⁵⁶ ha puesto de relieve la triple función que a su juicio cumple el Art. 10.1 de nuestra «*lex superior*».

a/ En primer término, una función legitimadora del orden político, en sí mismo, y del ejercicio de todos los poderes públicos, por cuanto únicamente será legítimo nuestro orden político cuando respete y tutele la dignidad de cada una y de todas las personas humanas radicadas en su órbita, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad.

El Art. 10.1 convierte, pues, a la persona y a su dignidad en el elemento de la legitimación del orden político en su conjunto y, justamente por ello, en el principio rector supremo del ordenamiento jurídico,

⁵⁵ STC 150/P1991, de 4 de julio, fundamento jurídico 4º.

⁵⁶ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona. Op. cit.*, pp. 101-105.

como ya tuvimos oportunidad de señalar. Estamos en presencia de uno de esos principios de De Castro⁵⁷ considerada como la expresión de la voluntad rectora del Estado, que al ser constitucionalizado adquiere la eficacia propia de una norma directa e inmediata aplicable, con lo que allá: entraña de eficacia invalidatoria, esto es, de considerar que toda norma que contravenga e ignore la dignidad de la persona habrá de ser considerada nula. Pero con ser ello importante, la eficacia del principio desborda este efecto para venir a operar como «fuerza ordenadora de las disposiciones jurídicas»⁵⁸, esto es, como norma directriz que ha de guiar la actuación del legislador en particular y, más ampliamente aún, de todos los poderes públicos en general.

b/ En segundo lugar, una función promocional, en cuanto que ni la dignidad de la persona, ni los derechos inviolables a ella inherentes son elementos estáticos, fijados de una vez para siempre, sino dinámicos, abiertos a un constante enriquecimiento, de lo que bien ilustra la explícita referencia del Art. 10.1 al «libre desarrollo de la personalidad», a la que hay que añadir la cláusula interpretativa de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, del Art. 10.2 de la Norma Suprema, en la que hay que ver, como muestra a las claras su origen y génesis en el «*iter*» constituyente, una cláusula de tutela y garantía de los derechos, enderezada a salvar las dificultades de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos, recurriendo al efecto a las normas de los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁵⁹. En el ámbito de esta función bien puede en-

⁵⁷ DE CASTRO, Federico, *Derecho Civil de España*, Editorial Civitas, Madrid, 1984, tomo I, p. 424.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 427.

⁵⁹ La trascendencia de la cláusula del artículo 10.2 de la Constitución se acentúa si se advierte que, en cuanto «marco de coincidencias lo suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo» (STC 11/1981, de 8 de abril, fund. jur. 7ª), la Constitución se limita a consagrar los derechos, otorgarles rango constitucional y atribuirles las necesarias garantías, correspondiendo por ello al legislador ordinario, que es el representante en cada momento histórico de la soberanía popular, confecciona una regulación de las condiciones de ejercicio de cada derecho, que serán más restrictivas o más abiertas, de acuerdo con las directrices políticas que le impulsen, siempre, claro está, que no exceda de los límites impuestos por las propias normas constitucionales. Quiere ello decir que ante una ordenación normativa de un derecho de carácter restrictivo, bien que respetuosa con las exigencias constitucionales, la cláusula del Art. 10.2 salva en todo caso el que el contenido del derecho se acomode a la regulación dada al mismo por el Derecho convencional, lo que entraña una garantía que, en ocasiones, se ha revelado como de gran utilidad.

tenderse con Ríos Álvarez⁶⁰ que la dignidad de la persona puede tener un contenido integrador del vacío que pueda ocasionar la omisión o la falta de reconocimiento de un derecho indispensable para la preservación del ser humano.

c/ por último, una función hermenéutica, de acuerdo con la cual el Art. 10.1 opera como pauta interpretativa de todas las normas ordinamentales, correspondiendo a todos los poderes públicos la evaluación del significado objetivo de las diversas disposiciones normativas, sea cual sea su índole, y, consecuentemente, aplicándolas y ejecutándolas con estricta fidelidad a los valores y principios definidos en este Art. 10.1. Esta función interpretativa no es, en último término, sino una derivación más del carácter que con anterioridad atribuimos a la dignidad de la persona humana, de principio rector supremo del ordenamiento jurídico. En esta misma dirección, el Tribunal Constitucional, en un recurso de amparo, aun cuando descartando «*a limine*» la contrastación aislada de las resoluciones impugnadas con, entre otros, el Art. 10.1, por entender que está excluido del ámbito material de amparo constitucional, ha admitido de modo explícito e inequívoco la virtualidad interpretativa del artículo 10.1 de nuestra Norma Suprema⁶¹.

4. La dignidad de la persona y los derechos fundamentales

A) La dignidad como fuente de todos los derechos

En la República Federal Alemana se viene discutiendo desde antaño acerca de si la dignidad de la persona, que, como vimos, proclama el Art. 1º.1 de la «*Grundgesetz*», es o no un derecho fundamental. Y así, para Stein⁶², mientras el Art. 2º.1 (a cuyo tenor: «Todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulnere los derechos de otro ni atente al orden constitucional o a la ley moral»), norma que a su juicio dice fundamentalmente lo mismo que el Art. 1º.1, incorpora un verdadero derecho fundamental, el Art. 1º.1 consiste sólo en una norma constitucional objetiva que no concede a los particulares ningún derecho subjetivo. Bien es verdad que incluso desde esta

⁶⁰ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, «*La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español*», en el colectivo, *XV Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Universidad de Valparaíso, 1985, pp. 173 y ss.; en concreto, p. 205.

⁶¹ STC 137/1990, de 19 de julio, fund. jur. 3º.

⁶² STEIN, Ekkehart, *Derecho Político. Op. cit.*, p. 236.

perspectiva, a través del Art. 2º.1, que contiene una garantía de la libertad general de actuar, es decir, del derecho a hacer y no hacer lo que se quiera⁶³, encontraría en alguna medida recepción constitucional entre los derechos fundamentales el derecho a la dignidad personal.

Con todo, no se puede ignorar que el Art. 1º.1 es la norma de apertura del Capítulo primero de la Ley Fundamental de Bonn, cuyo rótulo es «*Die Grundrechte*», esto es, «De los derechos fundamentales», por lo que, por pura lógica, bien debiera entenderse que todos y cada uno de los diecinueve artículos que acoge este Capítulo enuncian verdaderos derechos fundamentales, susceptibles todos ellos, caso de una supuesta violación, de dar lugar a un recurso de queja constitucional (*Verfassungsbeschwerden*). No debe extrañar por lo mismo que Durig⁶⁴ entienda que en la idea de los padres de la Constitución el derecho fundamental de la dignidad de la persona humana no debería ser «calderilla». Y Von Munch⁶⁵, con cierta claridad, habla de un derecho fundamental de la dignidad de la persona humana, que se protege como derecho del hombre, esto es, de todo ser humano.

En España, la polémica surgida en Alemania carece de cualquier sustento. Es cierto que en el Art. 10.1 se sitúa en el frontispicio del título primero, relativo a los derechos y deberes fundamentales, y por tanto dentro del mismo, y desde este punto de vista podría aducirse que estamos ante un derecho fundamental cuando nos referimos a la dignidad de la persona. Pero hay dos aspectos relevantes que han de ser tenidos en cuenta: de un lado, la sistemática del Título, dividido en cinco Capítulos cuyos rótulos reflejan que no en todos ellos se acoge la enunciación de derechos, por lo que de la mera inserción en el Título no debe desprenderse que estemos ante la proclamación de un derecho fundamental, y de otro, que el Art. 53º, al enumerar las garantías de los derechos, se limita a contemplar los derechos del capítulo 2º y los derechos (mal llamados principios) del capítulo 3º. Más aún, el hecho de que el Art. 10º se ubique al margen de los cinco capítulos en que se estructura el Título nos revela la intención del constituyente de enunciar más que unos derechos, unos principios rectores no ya del conjunto de los derechos y libertades que se enuncian en los artículos subsiguientes, sino, más ampliamente, del ordenamiento jurídico en su conjunto.

⁶³ *Ibidem*, p. 215.

⁶⁴ DURIG, G., en *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81, 1956, p. 117 y ss.; en concreto, p. 124. Cit. por Ingo Von Munch: *La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional*. *Op. cit.*, p. 12.

⁶⁵ VON MUNCH, Ingo, *La dignidad del hombre... Op. cit.*, pp. 13 y 15.

El Tribunal Constitucional ha corroborado esta tesis, rechazando que la dignidad de la persona, «*per se*», pueda ser considerada como un derecho fundamental. Y así, en el recurso de amparo N^o 443/1990, frente a la argumentación del demandante en relación con la supuesta infracción, por violación de la dignidad de la persona, del Art. 10.1 de la Constitución, el Alto Tribunal razonará que sólo en la medida en que los derechos individuales sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por el Tribunal como referente. No en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan^{66 67}.

Esta doctrina jurisprudencial lo que nos quiere decir es que de la dignidad de la persona dimanen unas exigencias mínimas en el ámbito de cada derecho en particular, o como afirma el Tribunal, y ya tuvimos oportunidad de recordar en un momento precedente, un «*minimum invulnerable*» que todo estatuto jurídico debe asegurar.

Pero si es claro que en nuestro ordenamiento constitucional, la dignidad de la persona no puede ser entendida como derecho fundamental, no lo es menos que la dignidad puede ser considerada como la fuente de todos los derechos.

Esta idea ha sido acogida por la doctrina de otros países. Y así, para Von Munch⁶⁸, es interesante desde el punto de vista dogmático la idea de que en todos y cada uno de los derechos fundamentales se manifiesta un «núcleo de existencia humana» derivado de la dignidad de la persona. Y Miranda⁶⁹ entiende de modo directo y evidente que los derechos, libertades y garantías personales, al igual que los derechos, económicos, sociales y culturales encuentran su fuente ética en la dignidad de la persona, de todas las personas.

Y ya en relación con nuestro ordenamiento, Ríos Álvarez⁷⁰ ha po-

⁶⁶ STC 120/1990, de 27 de junio, fund. jur. 4^o.

⁶⁷ En su Sentencia 184/1990, de 15 de noviembre, el Alto Tribunal considerará evidente que el Art. 10.1 no puede en modo alguno servir de fundamento, por sí solo y aisladamente considerado, del derecho a percibir pensión de viudedad en favor de uno de los que convivían extramatrimonialmente cuando el otro fallece (fund. jur. 2^o).

⁶⁸ VON MUNCH, Ingo, *La dignidad del hombre...* Op. cit., p. 15.

⁶⁹ MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV (*Direitos fundamentais*). Op. cit., p. 167.

⁷⁰ RÍOS ALVAREZ, Lautaro, *La dignidad de la persona en el ordenamiento jurídico español*. Op. cit., p. 205.

dido afirmar que la dignidad de la persona es la fuente directa y la medida trascendental del contenido de los derechos fundamentales reconocidos, en especial, de los llamados «derechos de la personalidad». Pero no agota allí su inmanencia: es fuente residual del contenido de cualquier derecho imperfectamente perfilado o insuficientemente definido, en cuanto ese contenido sea necesario para el libre y cabal desarrollo de la personalidad.

Por lo demás, la idea creemos que está latente con cierta nitidez en el mismo texto del Art. 10.1, que deja claro que de la dignidad de la persona dimanen unos derechos inviolables que son inherentes a aquella.

Como razona Hernández Gil⁷¹, es muy significativo y coherente con la imagen que la Constitución ofrece de la persona el hecho de que la categoría antropológico ética de la dignidad aparezca antepuesta, afirmada «*per se*» y no como una derivación de los derechos. De ello entresaca el citado autor que la persona no es el resultado de los derechos que le corresponden; luego, aun sin derechos, la persona existe en cuanto tal; por lo mismo, los derechos le son inherentes, traen de ella su causa; son exigibles por la dignidad de la persona.

En definitiva, dignidad y derechos no se hallan en el mismo plano⁷². La dignidad se proclama como valor absoluto, con lo que ello entraña de que incluso a una persona que se comporte indignamente deba reconocérsele igual dignidad que a cualquier otra, como ya advertimos en otro momento. Y por lo mismo, la dignidad se convierte en la fuente de los derechos, de todos los derechos independientemente de su naturaleza, de la persona, que dimanen de esa dignidad inherente a todo ser humano.

B) Igualdad en dignidad y titularidad de derechos

La dignidad, como acabamos de señalar, se proclama en el Art. 10.1 en

⁷¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *El cambio político español y la Constitución*. Op. cit., p. 422.

⁷² El contraste podríamos encontrarlo en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, en cuyo Preámbulo (párrafo primero) puede leerse: «Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables». Es evidente que aquí dignidad y derechos se colocan en idéntico plano.

términos absolutos, esto es, no depende ni de la nacionalidad ni de ninguna otra circunstancia personal. Bien podríamos traer a colación aquí el Art. 1º.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, a cuyo tenor: «Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano». Pues bien, para los efectos que aquí nos ocupan, la dignidad es predicable de todo ser humano sin matiz diferencial alguno.

La doctrina social de la Iglesia es un buen ejemplo de constancia e insistencia acerca de este punto fundamental. Y así, por recordar algunos mensajes de esta doctrina, podemos hacernos eco de cómo en la Encíclica del Papa Juan XXIII «*Pacem in Terris*» puede leerse: «Hoy se ha extendido y consolidado por doquier la convicción de que todos los hombres son por dignidad natural, iguales entre sí». Y en la Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II «*Gaudium et Spes*» se dedica un capítulo (Capítulo primero de la Parte primera) a la dignidad de la persona humana. Más allá del mismo, en el parágrafo 29, se afirma:

«Como todos los hombres, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen, y como, redimidos por Cristo, gozan de una misma vocación y de un mismo destino divino, se debe reconocer más y más la fundamental igualdad entre todos.

Cierto que no todos los hombres se equiparan por su variada capacidad física y por la diversidad de las fuerzas intelectuales y morales. No obstante, toda forma de discriminación, ya sea social o cultural, en los derechos fundamentales de la persona, por el sexo, raza, color, condición social, lengua o religión, ha de ser superada y rechazada como contraria a los designios de Dios...

Además, aunque hay justas diferencias entre los hombres, la igual dignidad de las personas exige que se llegue a una más humana y justa condición de vida. Pues demasiado grandes desigualdades económicas y sociales entre los miembros o los pueblos de una misma familia humana llevan al escándalo y se oponen a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana, así como a la paz social e internacional»⁷³.

En definitiva, para la doctrina social de la Iglesia, hay una dignidad

⁷³ Los textos citados pueden verse en «El Mensaje Social de la Iglesia» Documentos MC, 2a. ed., Ediciones Palabra, Madrid, 1987.

natural predicable respecto de todo hombre, de todo ser humano, que se traduce en la igualdad esencial entre todos ellos y de la que dimanarían unas exigencias insoslayables en el plano de los derechos fundamentales, entendiendo esta expresión no en un sentido técnico-jurídico, y por lo mismo incluyendo dentro de ellos los derechos de naturaleza social y económica.

Si recordamos ahora los cuatro niveles o dimensiones de la dignidad personal a que aludiera Ruiz-Giménez, podríamos con el propio autor⁷⁴ entresacar algunas importantes consecuencias de esas dimensiones plurales que nos ofrece la dignidad del ser humano:

a/ En primer término, que la «dignidad básica o radical de la persona» no admite discriminación alguna dada la igualdad esencial de todos los seres humanos.

b/ En segundo lugar, que la dignidad ontológica, esto es, la que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia, racionalidad y libertad, no está ligada ni a la edad ni a la salud mental de la persona, que tienen, sin duda, incidencia en ciertos aspectos jurídicos de la capacidad de obrar, pero no en la personalidad profunda.

c/ Tampoco el ser humano que decae en su vida moral o, incluso, comete hechos tipificados como delitos en el ordenamiento jurídico-penal, pierde por eso su dignidad ontológica.

d/ Por último, por convergentes razones, la «dignidad básica» de la persona trasciende las fronteras territoriales y ha de ser respetada no sólo a los ciudadanos de un Estado, sino también a los extranjeros.

De esta última consecuencia ha tenido oportunidad de hacerse eco entre nosotros el «intérprete supremo de la Constitución». En su Sentencia 107/1984, el Alto Tribunal abordó la problemática de la titularidad o capacidad de los derechos fundamentales, ciñéndose a la cuestión de la titularidad de tales derechos por los extranjeros. Tras admitir que aunque los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros son derechos constitucionales y, por lo mismo, dotados de la protección constitucional el Tribunal precisaría que todos ellos sin excepción son en cuanto a su contenido «derecho de configuración legal», para razonar de inmediato como sigue:

«Esta configuración puede prescindir de tomar en considera-

⁷⁴ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona. Op. cit.*, pp. 115-116.

ción, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al Art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles»⁷⁵.

La doctrina jurisprudencial es, pues, inequívoca: todos aquellos derechos que son imprescindibles para garantizar la dignidad humana han de corresponder por igual a españoles y extranjeros, debiendo ser su ordenación normativa idéntica para unos y otros. En definitiva, en estos derechos la «dignidad básica» del ser humano exige la plena titularidad de los mismos sin distinguir ninguno.

Otra cuestión que se ha suscitado ante nuestro «intérprete supremo de la Constitución» es la relativa a la titularidad de derechos por parte de personas jurídicas.

Aunque, como bien advierte Von Munch en relación con la República Federal de Alemania, ni los órganos del Estado ni tampoco las personas jurídicas de derecho privado pueden ser titulares del derecho fundamental de la dignidad de la persona humana, pues este derecho sólo tiene vigencia para las personas en cuanto individuos a causa de su vinculación a la existencia única e irrepetible del individuo⁷⁶, no es menos cierto que se podría admitir alguna extensión analógica del concepto de «dignidad» a las personas colectivas (morales o jurídicas), en la medida en que como recuerda Ruiz-Giménez⁷⁷, esas «personas colectivas» integran a personas humanas individuales, persiguen fines humanos y logran una suficiente cohesión interna, mediante la cooperación estable de todos sus miembros. Y a partir de esta reflexión, cabría

⁷⁵ STC 107/1984, de 23 de noviembre, fund. jur. 3º. Esta doctrina será reiterada en la STC 99/1985, de 30 de septiembre, fund. jur. 2º.

⁷⁶ VON MUNCH, Ingo, *La dignidad del hombre...* Op. cit., p. 17.

⁷⁷ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona*. Op. cit., p. 116.

admitir la titularidad de ciertos derechos por parte de aquellas personas colectivas.

Pues bien, como antes advertimos, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre esta materia en su Sentencia 64/1988, en la que razonará como sigue⁷⁸:

«Es indiscutible que, en línea de principio, los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquellos. Se deduce así, sin especial dificultad, del Art. 10 de la Constitución que, en su apartado primero, vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y con el desarrollo de la personalidad y, en su apartado segundo, los conecta con los llamados derechos humanos, objeto de la Declaración Universal y diferentes tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España.

Es cierto, no obstante, que la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y valores que forman el sustrato último del derecho fundamental».

El Alto Tribunal ha venido de esta forma a admitir la titularidad de derechos de estas personas colectivas, con una argumentación que bien puede considerarse, al unísono, que, de un lado, admite un cierto trasfondo de «dignidad ontológica» de las personas colectivas, mientras que, de otro, parece sustentarse en la idea de que el reconocimiento de la titularidad de derechos a los grupos en que se insertan los individuos supone una profundización en la efectividad de los derechos fundamentales y, por lo mismo, se vincula, en último término, con la propia dignidad de todo ser humano. Este último argumento creemos que subyace con cierta nitidez en la amplia concepción con que el Alto Tribunal reconoció la legitimación activa para recurrir en vía de amparo constitucional en relación a un derecho tan personalísimo como es el derecho al

⁷⁸ STC 64/1988, de 12 de abril, fund. jur. 1º.

honor. En efecto, en su Sentencia 214/1991, el Tribunal razonaba de la siguiente forma⁷⁹:

«Tratándose de un derecho personalísimo, como es el honor, la legitimación activa corresponderá en principio, al titular de dicho derecho fundamental. Esta legitimación originaria no excluye, ni la existencia de otras legitimaciones, ni que haya de considerarse también como legitimación originaria la de un miembro de un grupo étnico o social determinado, cuando la ofensa se dirigiera contra todo ese colectivo, de tal suerte que, menospreciando a dicho grupo socialmente diferenciado, se tienda a provocar en el resto de la comunidad social sentimientos hostiles o, cuando menos, contrario a la dignidad, estima personal o respeto al que tienen derecho todos los ciudadanos con independencia de su nacimiento, raza o circunstancia personal o social»⁸⁰.

C) Derechos Inherentes a la dignidad

La dignidad, como ya expusimos, es la fuente de todos los derechos; de ahí que de ella haga dimanar el Art. 10.1 unos derechos inviolables «que le son inherentes». Como ha dicho el Tribunal Constitucional⁸¹, «el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona», indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana, es reconocido en el Art. 10.1 como germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes. La relevancia y significación superior de uno y otro valor y de los derechos que los encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el Art. 10 es situado a la cabeza del Título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales.

A partir de la precedente reflexión, se suscita la cuestión de cuáles son los derechos inherentes a la dignidad del ser humano. Garrido Falla⁸², a partir de un argumento tan formalista como el de la diferente

⁷⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, fund. jur. 3º.

⁸⁰ En la misma Sentencia 214/1991, el Tribunal afirma en otro momento (fundamento jurídico 8º) que «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos».

⁸¹ STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 3º.

⁸² GARRIDO FALLA, Fernando, «Comentario al artículo 10 de la Constitución» en el

protección jurídica de los derechos que proporciona el Art. 53º de la «Lex Superior», responde a nuestro anterior interrogante afirmando que los derechos inviolables que son inherentes a la persona son sólo los comprendidos en los artículos 15º a 29º de la Constitución (y en el 30º por lo que se refiere al derecho a la objeción de conciencia). No podemos desde ningún punto de vista suscribir esta interpretación, que carece de toda sustancia material, mientras que, a nuestro juicio, este contenido material, esto es, el núcleo axiológico de la Norma Suprema ha de impregnar todos y cada uno de los preceptos constitucionales.

Como afirma Maritain⁸³, el hecho crucial de nuestro tiempo es que la razón humana ha tomado ahora conciencia, no sólo de los derechos del hombre en cuanto persona humana y persona cívica, sino también de sus derechos en cuanto persona social implicada en el proceso económico y cultural, y, especialmente, de sus derechos como persona obrera. En definitiva, añadiríamos nosotros, hoy existe una conciencia social respecto a la ineludibilidad de contribuir al desarrollo integral de todo ser humano. Y es evidente que ese desarrollo integral o, como dice el Art. 10.1 el libre desarrollo de la personalidad, exige atender a todos y cada uno de los derechos de que es titular el hombre en las distintas dimensiones que su vida presenta. Por lo mismo, aun cuando podamos establecer una serie de graduaciones, creemos que todos y cada uno de los derechos que la Constitución enuncia en el Título I son, en mayor o menor grado, inherentes a la persona y a su dignidad radical. Por lo mismo, a nuestro entender, también los derechos que acoge el Capítulo 3º del Título I (bajo el no muy afortunado rótulo de «principios rectores de la política social y económica») han de vincularse con la dignidad personal. ¿No exige la dignidad de toda persona ubicada generacionalmente dentro de lo que se a dado en llamar tercera edad de unas determinadas prestaciones de los poderes públicos, a las que alude el Art. 50?. La respuesta es tan obvia y la generalización de ejemplos que podrían aducirse tan patente, que nos exime de cualquier reflexión adicional.

Pero incluso desde una óptica más formal, la ubicación del Art. 10, en el frontispicio del Título I, y como artículo aislado de los Capítulos en que se sistematiza el Título en cuestión, ofrece una apoyatura bastante sólida en la que sustentar la proyección general de la dignidad hacia

colectivo dirigido por él mismo, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2a. ed., Madrid, 1985, pp. 185 y ss.; en concreto, p. 187.

⁸³ MARITAIN, Jacques, *El hombre y el Estado*, Fundación Humanismo y Democracia - Encuentro Ediciones, Madrid, 1983, p. 121.

todos los derechos del Título, con independencia de cual sea la eficacia jurídica de las normas en que aquellos se recogen. En definitiva, en mayor o menor medida, todos los derechos del Título I dimanarían de la dignidad de la persona y, por lo mismo, son inherentes a ella. Y ello debe tener su trascendencia jurídica, sin ir más lejos, por ejemplo, a efectos hermenéuticos.

Un ejemplo jurisprudencial de una interpretación amplia de este valor jurídico supremo que es la dignidad de la persona, lo encontramos en las Sentencias 113/1989 y 158/1993, en las que el Alto Tribunal legitima la existencia de ciertos límites que pesan sobre los derechos patrimoniales en el respeto a la dignidad de la persona humana.

En la primera de esas sentencias, el Juez de la Constitución entiende que los valores constitucionales que conceden legitimidad al límite que la inembargabilidad impone al derecho del acreedor a que se cumpla la Sentencia firme que le reconoce el crédito se encuentran en el respeto a la dignidad humana, configurado como el primero de los fundamentos del orden político y de la paz social en el Art. 10.1, a cuyo fin resulta razonable y congruente crear una esfera patrimonial intangible a la acción ejecutiva de los acreedores que coadyuve a que el deudor pueda mantener la posibilidad de una existencia digna⁸⁴.

Insistiendo en similar dirección, en la Sentencia 158/1993⁸⁵, el Alto Tribunal considera que las normas de inembargabilidad de salarios y pensiones –que, en muchas ocasiones, son la única fuente de ingresos económicos de gran número de personas–, constituyen límites legislativos a la embargabilidad que tienen, en principio con carácter general, una justificación constitucional inequívoca en el respeto a la dignidad de la persona humana, «principio al cual repugna que la efectividad de los derechos patrimoniales se lleve al extremo de sacrificar el mínimo económico vital del deudor». Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores.

Esta jurisprudencia debería marcar un ejemplo a seguir. La dignidad de la persona, como valor supremo del ordenamiento jurídico, exige una mayor sensibilización hacia los llamados derechos sociales. Como ha dicho con evidente razón Frosini⁸⁶, el progreso de la civilización humana

⁸⁴ STC 113/1989, de 22 de junio, fund. jur. 3º.

⁸⁵ STC 158/1993, de 6 de mayo, fund. jur. 3º.

⁸⁶ FROSINI, Vittorio, «*Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*», en Anuario de Derechos Humanos, Nº 2, Universidad Complutense, Madrid, 1983, pp. 101 y ss.; en concreto, p. 107.

se mide sobre todo en la ayuda dada por el más fuerte al más débil, en la limitación de los poderes naturales de aquel como reconocimiento de las exigencias morales de éste, en el aumento del sentido de una fraternidad humana sin la cual los derechos a la libertad se convierten en privilegios egoístas y el principio de igualdad jurídica, en una nivelación basada en el sometimiento al poder del más fuerte. Es preciso, pues, que esos derechos que Bidart Campos⁸⁷ ha denominado «imposibles», esto es, aquellos que un hombre no alcanza a ejercer y gozar, encuentren un remedio efectivo. Así lo exige la dignidad radical de todo ser humano.

Y por lo demás, aunque del tenor del inciso final del Art. 53.3 de la Constitución resulta claro que los mal denominados «principios rectores de la política social y económica no constituyen derecho inmediatamente aplicable», no es menos evidente que de ello no debe inferirse que los principios del Capítulo 3º no generen ningún tipo de obligaciones para los poderes públicos. El inciso primero del propio precepto certifica lo contrario («El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo 3º informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos»). Y en la interpretación de estos derechos, de estos principios, que, llegado el caso, deban realizar los órganos jurisdiccionales, se habrá de tener muy presente que también sobre ellos se ha de proyectar el valor jurídico supremo de la dignidad, que exige, como ya vimos, de un «*minimum invulnerable*» que todo estatuto jurídico debe asegurar.

En otro orden de consideraciones, en análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pone de relieve una constante vinculación de un grupo más o menos amplio de derechos a la dignidad de la persona, sin que, a nuestro entender, de ello deba inferirse que sólo esos y tan sólo esos derechos han de considerarse inherentes a la dignidad del ser humano.

En su Sentencia 53/1985, el Alto Tribunal entendía que la dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (Art. 10º) y los derechos a la integridad física moral (Art. 15º), a la libertad de ideas y creencias (Art. 16º), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (Art. 18.1)⁸⁸.

Especialmente insistente ha sido la consideración jurisprudencial de que el derecho al honor y los derechos a la imagen y a la intimidad per-

⁸⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Tomo I* («El Derecho Constitucional de la Libertad»). Ediar, Buenos Aires, 1986, p. 210.

⁸⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, fund. jur. 8º.

sonal y familiar reconocidos en el Art. 18.1 aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad y derivados sin duda de la dignidad de la persona⁸⁹. «La intimidad personal y familiar –razona en otro momento el Juez de la Constitución⁹⁰– es un bien que tiene la condición de derecho fundamental y sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la Norma Fundamental». Estos derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar, en cuanto derivados sin duda de la dignidad de la persona, «implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura–, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo»^{91 92}. Ahora bien, si el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos, entiende el Tribunal⁹³ que «la conexión de la intimidad con la libertad y dignidad de la persona implica que la esfera de inviolabilidad de la persona frente a injerencias externas, el ámbito personal y familiar, sólo en ocasiones tenga proyección hacia el exterior, por lo que no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral».

Por el contrario, alguno de los derechos acogidos por la Sección primera del Capítulo 2º del Título I no ha sido considerado imprescindible para la garantía de la dignidad humana. Tal es el caso de la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el concomitante de-

⁸⁹ Entre otras muchas, SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, fund. jur. 3º; 197/1991, de 17 de octubre, fund. jur. 3º, y 214/1991, de 11 de noviembre, fund. jur. 1º.

⁹⁰ STC 20/1992, de 14 de febrero, fund. jur. 3º.

⁹¹ STC 231/1988, de 2 de diciembre, fund. jur. 3º.

⁹² Desarrollando su doctrina, entiende el Tribunal (STC 20/1992, de 14 de febrero, fund. jur. 3º) que aunque no todo alegato en defensa de lo que se diga vida privada será merecedor de tal aprecio y protección, sí es preciso reiterar que la preservación de ese «reducto de inmunidad», sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y por su valor, al ámbito de lo público, no coincidente, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena. Y en otro momento (STC 197/1991, de 17 de octubre, fund. jur. 3º) cree el tribunal que desde la perspectiva de la dignidad de la persona, no cabe duda que la filiación, y muy en particular la identificación del origen de un adoptado, ha de entenderse que forma parte de ese ámbito propio y reservado de lo íntimo.

recho a residir dentro de ellas, derechos que, al no ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, no pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos⁹⁴.

Y en la otra cara de la moneda hemos de situar la reflexión jurisprudencial que amplía el marco jurídico del Art. 39.1, norma de apertura del Capítulo 3º del Título I, a cuyo tenor, «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Pues bien, según el Alto Tribunal⁹⁵, en correspondencia con el pluralismo de opciones personales existente en la sociedad española y con la preeminencia que posee el libre desarrollo de la personalidad –que, como ya apuntamos en un momento anterior, da un carácter concreto, individualizado, al conjunto de derechos que dimanar de la dignidad del ser humano–, la Constitución no sólo protege a la familia que se constituye mediante el matrimonio, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, efectiva y estable, de una pareja.

Creemos que la jurisprudencia comentada pone de relieve, por lo menos de modo incipiente, que, con mayores o menores matices o inflexiones, la dignidad del ser humano se manifiesta, se proyecta, de una u otra forma, con distintos niveles de intensidad, en todos y cada uno de los derechos que el Título I de la Constitución enuncia, bien se presenten bajo el rótulo de auténticos derechos, bien bajo el de principios rectores. Este es, creemos, el camino a seguir, que debe tener como norte, a nuestro entender, el que las violaciones más brutales de la dignidad esencial, radical, de todos los seres humanos, cada vez se presentan de forma más ostentosa y clamorosa en los llamados derechos sociales o socio-económicos, cuya conculcación sistemática, más por los particulares que por los poderes públicos, revela altísimos niveles de insolidaridad social ante los que los poderes públicos no pueden permanecer impasibles, siquiera sea por el inequívoco y fundamental mandato constitucional del Art. 9º.2 de nuestra Norma Suprema.

⁹³ STC 142/1993, de 22 de abril, fund. jur. 7º.

⁹⁴ STC 94/1993, de 22 de marzo, fund. jur. 3º.

⁹⁵ STC 47/1993, de 8 de febrero, fund. jur. 3º.

D) La Dignidad de la persona como freno frente al ejercicio abusivo de los derechos

La elevación de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social no significa, como ya tuvimos oportunidad de señalar, que todos los derechos, ni siquiera los fundamentales, sean «*in toto*» condiciones imprescindibles para la efectiva incolumidad de la dignidad personal, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. En definitiva, no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Y en este orden de consideraciones, la dignidad ha venido a operar como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos. Así se ha decantado en diferentes supuestos en la jurisprudencia constitucional.

Ya en una de sus primeras sentencias, el Tribunal consideraba⁹⁶ que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral, que han de respetar no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos.

Han sido, sin embargo, las libertades informativas las que en mayor medida se han visto delimitadas en su ejercicio abusivo por el valor jurídico supremo del ordenamiento por la dignidad de la persona. La doctrina del Tribunal puede ser compendiada del siguiente modo:

a/. Rechazo de la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, en cuanto que no sólo son innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión, sino que, además y principalmente, suponen un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, habiendo de tenerse en cuenta asimismo que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona⁹⁷.

b/. Rechazo de la emisión de imágenes que conviertan en instrumento de diversión y entretenimiento algo tan personal como los padecimientos y la misma muerte de un individuo, al entender que ello se

⁹⁶ STC 2/1982, de 29 de enero, fund. jur. 5º.

⁹⁷ STC 105/1990, de 6 de junio, fund. jur. 8º.

encuentra en clara contradicción con el principio de la dignidad de la persona⁹⁸.

c/.Rechazo a la tesis de que la libertad ideológica del Art. 16º de la Constitución, o la libertad de expresión del Art. 20.1, comprendan el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana, que han de respetar tanto los poderes públicos, como los propios ciudadanos. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor, no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias⁹⁹.

En resumen, y ya para finalizar, es evidente que los derechos fundamentales vinculan también a los particulares, y no sólo a los poderes públicos, y es claro asimismo que si el respeto a los derechos de los demás, al igual que el respeto a la ley, es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, nunca podrá ejercerse un derecho con violación del derecho de otra persona y, menos aún, conculcando la dignidad esencial de otro ser humano, con lo que cualquier violación de la dignidad personal producida a raíz del ejercicio de un derecho convierte dicho ejercicio en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal.

⁹⁸ STC 231/1988, de 2 de diciembre, fund. jur. 8º.

⁹⁹ STC 214/1991, de 11 de noviembre, fund. jur. 8º.

Daño al proyecto de vida

Carlos FERNÁNDEZ SESSAREGO

1. Introducción

En el presente trabajo pretendemos, dentro de nuestras limitaciones, contribuir a precisar, como lo venimos haciendo desde hace casi dos décadas, los alcances conceptuales, a la altura de nuestro tiempo, del comúnmente denominado «daño moral». Hemos tenido presente para esta finalidad los amplios e importantes desarrollos logrados en tiempos recientes en torno al genérico y riquísimo concepto de «daño a la persona» o «daño subjetivo», tanto de parte de la doctrina como de la jurisprudencia comparada y de la más reciente codificación civil latinoamericana¹. No hemos tampoco perdido de vista, en función de la particular situación legislativa italiana, los desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales del denominado «daño a la salud».

Es nuestro propósito, por su relevancia sistemática y conceptual, destacar desde nuestra perspectiva la nítida distinción entre la genérica noción de «daño a la persona» y el específico concepto de «daño moral», así como poner de manifiesto la relación de ambos conceptos con la novísima noción de «daño al proyecto de vida» y su vinculación con el «daño psíquico». Consideramos que tratándose de una materia novedosa y en constante evolución, como es la referente al daño a la persona en su más amplia acepción, es imprescindible deslindar y delinear los alcances y las relaciones existentes entre los anteriormente mencionados conceptos los que en la actualidad, según nuestro criterio, deben ser sometidos a un redimensionamiento conceptual para evitar confusiones, imprecisiones o innecesarias superposiciones ante los desarrollos alcanza-

¹ Nos referimos al Código Civil peruano de 1984 el cual, en su artículo 1985, incorpora el deber de indemnizar, sin limitación alguna, el «daño a la persona».

dos por la más avanzada doctrina y por la lúcida jurisprudencia en los días que corren.

Pero, de manera preferente, centramos nuestra atención y ensayamos algunas nuevas reflexiones sobre un tema que atrajo nuestro interés desde fines de la década de los años setenta, como es el por nosotros denominado «daño al proyecto de vida», el que constituye un importante componente del genérico «daño a la persona». Como el concepto de «daño al proyecto de vida» implica nada menos que una grave limitación al ejercicio de la libertad –en que consiste el ser humano– nos hemos visto obligados a una previa aproximación a la fascinante y decisiva disciplina de la Antropología Filosófica, la que nos suministra el correspondiente sustento teórico.

Recurrir a la Antropología Filosófica en busca de una imprescindible fundamentación a nuestras reflexiones no supone, por cierto, llevar a cabo una pura especulación sin fines prácticos. Por el contrario, efectuamos esta aproximación en cuanto somos de la opinión que, si no poseemos algunos previos y genéricos planteamientos en el marco de esta básica disciplina, podría no resultar fácil para los iniciados en la materia de este trabajo aprehender, en su profunda dimensión, la noción de «daño al proyecto de vida». Si no acudiéramos a la Antropología Filosófica con el propósito de poner en evidencia ciertos principios rectores que sirven de necesario e ineludible sustento a nuestra exposición, no sería improbable el que se pudiera pensar que el «daño al proyecto de vida» podría ser tan sólo una mera abstracción, un engañoso juego conceptual, una simple ilusión, algo irreal, en suma. O, en el mejor de los casos, podría recusar el concepto de «daño al proyecto de vida», que integra la genérica noción de «daño a la persona», para intentar reducirlo a los precisos alcances del «daño moral» o del «daño psíquico».

No es esta la oportunidad para enumerar los importantes trabajos publicados en estos últimos años no sólo en algunos países europeos sino también en ciertos países latinoamericanos, principalmente en la Argentina, sobre el daño a la persona y el daño moral. No obstante, reconforta observar como en nuestros días, a nivel jurídico, se ha revalorizado al ser humano y, por ende, se han fortalecido y afinado sus técnicas de tutela cuando las consecuencias del daño son de carácter no patrimonial o estrictamente personal. Es decir, no traducibles en dinero de modo directo e inmediato.

Este fenómeno fue advertido en 1992 por Clovis V. do Couto e Silva, ilustre civilista brasileño recientemente desaparecido. Al reconocer el aporte del Código civil peruano de 1984 y de la doctrina pertinente, tanto argentina como peruana expresó, refiriéndose a la pluralidad y cali-

dad de los trabajos aparecidos en los últimos tiempos, que ellos conforman «un micro sistema avanzado, a la altura de los mejores del mundo jurídico en similar estadio de evolución jurídica». Y advirtió el que en muchos de dichos trabajos se recoge el nuevo concepto de «daño a la persona» en sustitución del de daño «moral». Ello, agregó, permite apreciar, «con alborozo y satisfacción profundas», que «constituye la mejor prueba de la acogida favorable que el Código peruano tuvo, al incorporar la nueva categoría»². El eminente jurista brasileño aludía a la inclusión del daño a la persona, sin limitación alguna, en el artículo 1985 del Código Civil peruano de 1984, hecho que ha merecido numerosos comentarios en la última década.

Para el esclarecimiento de la temática bajo análisis consideramos que es ilustrativo tener en cuenta la nueva sistematización de los daños que hemos propuesto³, a fin de diferenciar los daños según la naturaleza del objeto dañado, de una parte y, de la otra, de acuerdo a las diversas consecuencias derivadas de la lesión inferida al objeto. Estimamos que esta sistematización, a la que hemos hecho referencia en trabajos anteriores, contribuye, a nuestro entender, en gran medida a distinguir los alcances y las implicancias entre los conceptos de «daño a la persona», «daño moral», «daño psíquico» y «daño al proyecto de vida». Ello se pondrá de manifiesto en el curso de este trabajo.

2. El proyecto de vida

a. Libertad, temporalidad y proyecto de vida

Le debemos a Martín Heidegger el que, en su profunda obra *El ser y el tiempo*, haya presentado al ser humano como un ser temporal. Para el fi-

² Las expresiones de Clovis V. do Couto e Silva están recogidas en el trabajo de Jorge Mosset Iturraspe, titulado «*El daño a la persona en el Código Civil peruano*», presentado al Congreso Internacional conmemorando los diez primeros años de vigencia de dicho Código Civil, reunido en Lima en setiembre de 1994, publicado en el volumen *Los diez años del Código civil peruano: balance y perspectiva*, T.I, Lima, Universidad de Lima, 1995, p. 213.

³ El intento de efectuar una sistematización de los daños a fin de lograr precisiones en cuanto a la comprensión del concepto «daño a la persona» aparece en el trabajo del autor «*Hacia una nueva sistematización del daño a la persona*» publicado en *Estudios en honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, 1994, T.II, p. 1087 y ss. También ha sido publicado en *Cuadernos de Derecho*, No. 3, Universidad de Lima, Lima, 1993, p. 28 y ss. y en *Ponencias I, Congreso Nacional de De-*

lósofo alemán el tiempo es lo que permite a que cada uno (el «ser ahí») comprenda e interprete, en general, lo que se menta como «ser». El análisis de la historicidad del «ser-ahí» trata de mostrar, según Heidegger, que este ente no es temporal por estar «dentro de la historia», sino que, a la inversa, sólo existe y puede existir históricamente «por ser temporal en el fondo de su ser»⁴. El tiempo se constituye, de este modo y según expresión de Heidegger, en «el genuino horizonte de toda comprensión e interpretación del ser». Es decir, que el tiempo es el horizonte para el recto planteo del ser. O, como señala Ceñal, «el tiempo hecho existencia, es la raíz de todo saber y de toda ciencia»⁵.

Sartre coincide con dichas apreciaciones cuando sostiene que el ser humano «es un existente cuya existencia individual y única se temporaliza como libertad». La libertad se despliega en el tiempo, por lo que podemos referirnos a la existencia como el tiempo de nuestra libertad y, a la vida, como la vida de nuestra libertad.

El ser humano es tiempo. Constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde éste, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad.

Se suele decir, en frase de corte materialista, que «el tiempo es oro». Ella, sin embargo, entraña un profundo error en lo que concierne a la percepción del ser humano así como en cuanto a las jerarquías axiológicas prevalecientes en el mundo en que vivimos. Y es que no hay nada más importante para el ser humano que el tiempo de la libertad. Por ello, lo correcto sería afirmar, por el contrario, que «el oro es tiempo».

Si el ser humano es tiempo, su ser está por hacerse a partir del don de la vida. El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los «otros» y con las «cosas» del mundo. La existencia es un hacerse a sí mismo dentro de la temporalidad.

recho Civil y Comercial, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 23 y ss.

⁴ HEIDEGGER, Martín, *El ser y el tiempo*, Fondo de Cultura Económica, Traducción de José Gaos, México, 1951, p. 433.

⁵ CENAL, Ramón, en *La filosofía de Martín Heidegger* de A. de Waehrens, nota preliminar, p. XVI.

dad. Por ello, Jaspers puede afirmar que «el ser sólo se nos abre en el tiempo»⁶.

El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de hacer según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad. En el presente decidimos lo que proyectamos ser en el instante inmediato, en el futuro, condicionados por el pasado.

Para proyectarnos al futuro contamos con el pasado que, como apunta Zubiri, sobrevive «bajo la forma de estar posibilitando el presente»⁷. Somos el pasado, «porque somos el conjunto de posibilidades de ser que nos otorgó al pasar de la realidad a la no realidad»⁸. El filósofo hispano desarrolla su pensamiento al expresar que «en cuanto realidad, el pasado se pierde inexorablemente». Pero, sin embargo, no «se reduce a la nada». El pasado «se desrealiza, y el precipitado de este fenómeno es la posibilidad que nos otorga» Por ello, puede afirmar que «el pasado se conserva y se pierde»⁹. Nuestras experiencias, nuestras pretéritas vivencias, posibilitan nuestra decisión de ser.

Pero, así como el pasado está dado en el presente, el futuro también lo está, porque siendo lo que aún no es, sus posibilidades están ya dadas en el presente. Para Zubiri, «sólo es futuro aquello que aún no es, pero para cuya realidad están ya actualmente dadas en un presente todas sus posibilidades»¹⁰. Sartre es radical al considerar que sea el futuro. Ello, en la medida que, para él, el ser del hombre está en el futuro. El «ser para sí», según el filósofo galo, está fuera del hombre en cuanto se manifiesta en el futuro a través del proyecto. El ser del hombre es hacer proyectos. Y, hacer proyectos, es poner el ser en el futuro. Es esta, para Sartre, la decisiva trascendencia existencial del *proyecto*.

Como el ser es libertad en el tiempo, o temporalización de la libertad, la vida humana es una sucesión de quehaceres, un constante dinamismo, un tener que decidir lo que se va a ser. Como seres libres y temporales estamos condenados a proyectar. La vida es un constante proyectar. Algunos de nuestros proyectos se cumplen, otros, en cambio, se frustran.

⁶ JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, Editorial Losada, Buenos Aires, segunda edición, 1968, p. 129.

⁷ Zubiri, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*, Editorial Poblet, Buenos Aires, 1948, p. 347.

⁸ ZUBIRI, Xavier, *Ibidem*, p. 350.

⁹ ZUBIRI, Xavier, *Ibidem*, pp. 346 y 347.

¹⁰ ZUBIRI, Xavier, *Ibidem*, p. 348.

El proyecto, por consiguiente, se sustenta en la *libertad* y en la *temporalidad* del ser humano. Si éste no fuera un ser libre y temporal, carecería de sentido referirse al «*proyecto de vida*». Pero, al mismo tiempo, por ser libre y temporal debe, necesariamente, proyectarse. Se vive proyectando, se proyecta viviendo la vida temporal de la libertad. Es imposible para el ser humano, en cuanto ser libre y temporal, dejar de proyectar.

El proyectar es la manera de ser del ser humano en cuanto libre y temporal.

b. Proyecto y valoración

Para proyectar se debe decidir. Decidir supone elegir un determinado proyecto, descartando al mismo tiempo otros proyectos alternativos dentro del inmenso abanico de posibilidades que se le presentan al ser humano en un momento dado de su historia personal. Decidir es, por ello, escoger o elegir entre diversas posibilidades para formular «un proyecto de vida»: lo que se decide ser en el futuro. Sólo puede elegir quien es ontológicamente libre.

Pero, para elegir, se requiere preferir «esto» sobre «aquello». Toda decisión libre significa, por ello, una valoración. Decidir es valorar para optar por éste u otro proyecto alternativo. De ahí que el ser humano es estimativo, en cuanto tiene la potencialidad, inherente a su ser, de vivenciar valores. La vida es así, una sucesión de valoraciones. El estimar, el valorar, es una irrenunciable instancia de la vida humana. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, lo que le viene de su condición de ser libre.

El verdadero lugar de los valores, como apunta Mounier en acertada metáfora, es el «corazón vivo del hombre». Los valores se revelan al ser humano en las profundidades de la libertad, madurando con el acto que los elige. El ser humano es, como está dicho, un ser estimativo, es decir, un ser estructuralmente dotado para vivenciar, para sensibilizar valores. El ser humano no podría vivir sin los valores, con los que otorga un sentido a su existir. Como lo dice el propio Mounier, «las personas sin los valores no existirían plenamente, pero los valores no existen para nosotros sino por el *fiat veritas tua* que les dicen las personas»¹¹.

¹¹ MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1962, p. 42.

El ser humano para proyectar, como está dicho, vivencia valores, lo que le permite escoger entre una infinidad de posibilidades aquella que decide ser en el futuro. Puede privilegiar el valor de la virtud o del bien, el de la justicia, el de la belleza, el de la utilidad, el de la solidaridad, el del amor o cualquiera otro dentro de la inmensa gama bipolar que constituye lo que se conoce como «la jerarquía valorativa». La preeminencia que adquiriera alguno de ellos en la vida del ser humano le otorga un sentido, le proporciona un rumbo, signa su entero existir. Los valores, por ello, se dan «en» y «para» la vida humana.

El proyecto se decide, se elige libremente en el horizonte del tiempo. Es en la instancia inescuestrable del ser donde cualquier proyecto es posible. El ser humano decide valiéndose de su libertad, de su imaginación, de su vocación estimativa y de los estímulos que le ofrece su «circunstancia», en expresión cara a Ortega y Gasset. Es decir, del mundo en el cual está instalado.

Cada ser humano debería, en el instante de proyectar, tener conciencia de sus reales posibilidades, tanto de aquellas que le ofrece su mundo psicosomático como de las que se hallan situadas en el mundo exterior. Ello, para los fines de la realización o de la frustración del «proyecto de vida», es de suma importancia. El hombre debería elegir proyectos viables, capaces de ser cumplidos en función de sus propias potencialidades y de las que le ofrece su «circunstancia».

Por la valoración, a través del proyecto, el ser humano se propone fines, los que se realizan utilizando nuestra envoltura psicosomática y los elementos que nos facilita el mundo exterior. Los fines, en palabras de Sartre, «son la proyección temporalizante de nuestra libertad». La libertad crea, escoge los fines, «y, por su elección misma, les confiere una existencia trascendente como límite externo de sus proyectos»¹².

El ser humano, para realizar un proyecto de vida al par que su posibilidad de vivenciar valores, cuenta con sus propias potencialidades psicosomáticas, con los otros y con las cosas del mundo. Todo ello le ofrece un vasto horizonte de posibilidades. Para realizar un proyecto se vale, desde su yo, de su cuerpo y de su psique, de los otros, de las cosas, condicionado por su pasado. Todo ello le sirve como estímulos y como posibilidades para proyectar su vida.

La realización fenoménica del proyecto está condicionada ya sea por las posibilidades como por las resistencias que le ofrecen tanto su mun-

¹² SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, Editorial Ibero Americana, Buenos Aires, 1948, Tomo III, p. 24.

do interior, su unidad psicosomática, como por aquellas del mundo exterior. No sólo el cuerpo o la psique pueden frustrar el proyecto de vida sino también los obstáculos que le ofrecen las cosas y, por cierto, la acción de los demás en el seno de la sociedad.

No se puede asegurar que la decisión libre se cumpla. El que el ser humano sea libre y pueda, por consiguiente, decidir, valorar y proyectar no significa necesariamente que, en el ejercicio de la libertad, en la fenomenalización de esa decisión libre, el proyecto se realice, se concrete, se convierta en acto de conducta. Como bien señala Kierkegaard, la libertad «no es alcanzar esto y aquello en el mundo, de llegar a ser rey o emperador y a vocero de la actualidad, sino la libertad de tener en sí mismo la conciencia de que, es hoy libertad»¹³. La libertad que somos es, pues, independiente de la realización o no del proyecto. Los proyectos se cumplen o se frustran. La realización o la frustración de un proyecto no afecta la libertad en cuanto ser del hombre. Como Sartre lo precisa, «ser libre no significa obtener lo que se quiere sino determinarse a querer (en sentido amplio de elegir)». De ahí que se pueda concluir afirmando coherentemente «que el éxito no interesa en ningún modo a la libertad»¹⁴. Es decir, a la libertad que cada uno es.

Por ser la existencia coexistencia, el proyecto ha de cumplirse necesariamente «con» los demás seres humanos, valiéndose de las cosas. Esta particular situación posibilita que el proyecto se cumpla, total o parcialmente, o que simplemente se frustre. La decisión fue libremente adoptada, pero su cumplimiento depende del mundo, tanto interior como exterior. Por lo demás, en cuanto el ser humano es libre, resulta un ser impredecible. Puede esperarse de él, en consecuencia, la formulación de cualquier proyecto.

Es oportuno señalar que se suele confundir la libertad, que es el ser mismo del hombre, con la voluntad, que es un aspecto de la psique, sin percatarse que ésta se halla, como la unidad psicosomática en su conjunto, al servicio del yo, de la decisión libre. La envoltura psicosomática es un medio del cual se vale la libertad para su realización como proyecto. Por ello es posible referirse a «mi» cuerpo, a «mi» voluntad.

Sartre ha descrito certeramente la relación entre la «libertad» y la «voluntad». Al referirse a la primera apunta que «el planteamiento de mis fines últimos es lo que caracteriza a mi ser y lo que se identifica con la aparición original de la libertad que es mía». Es así que la libertad re-

¹³ KIERKEGAARD, Sören, *El concepto de la angustia*, Editorial Espasa Calpe, Buenos Aires, 2ª edición, 1943, p. 118.

¹⁴ SARTRE, Jean Paul, *El ser y la nada*, T. III, p. 82.

sulta ser el fundamento de los fines que el ser humano decide realizar «sea por la voluntad, sea por esfuerzos pasionales». Sartre señala que «las voliciones son, por el contrario, como las pasiones, ciertas actitudes subjetivas por las cuales tratamos de alcanzar los fines propuestos por la libertad originaria». La libertad es, así, «un fundamento rigurosamente contemporáneo de la voluntad.(...) que manifiesta a su manera»¹⁵.

La voluntad, según Sartre, «se presenta como decisión reflexionada con relación a ciertos fines». Pero, afirma a continuación, que esos fines no los crea la voluntad. Esta sólo «decreta que la persecución de esos fines sea reflexiva y deliberada»¹⁶.

3. Alcances del concepto «Daño a la persona»

a. ¿ Daño a la persona o daño subjetivo ?

En la última década se ha incrementado notablemente la literatura sobre el ser humano en cuanto sujeto de derecho y, más precisamente, sobre el denominado «daño a la persona». Ello delata la influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, lo que proviene de las formulaciones o propuestas de la filosofía de la existencia. Personalmente, el tema nos sedujo desde que tomamos contacto con él a finales de la década de los setenta, lo que nos permitió introducir en el Art. 1985 del Código Civil peruano de 1984, después de intensos y prolongados debates, el deber de indemnizar el daño a la persona, considerado en sí mismo, al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral en sentido estricto.

El tema fue tratado por nosotros en 1984, es decir en el mismo año en el que se promulgaba, un 24 de julio, el Código Civil peruano. Fue así que le dedicamos al asunto del daño a la persona un ensayo que apareció en el Libro Homenaje a José León Barandiarán bajo el título de El daño a la persona en el Código Civil de 1984¹⁷. En este ensayo se deslindaban las nociones de «daño a la persona» y «daño moral» y se indicaba, al mismo tiempo y como una intuición central, que «el más grave

¹⁵ SARTRE, Jean Paul, *Ibidem*, T. III, p. 25.

¹⁶ SARTRE, Jean Paul, *Ibidem*, p. 24.

¹⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*. Edit. Cuzco, Lima, 1985, p. 163 y ss. y en *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 261 y ss.

daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación»¹⁸. Esta fue la primera oportunidad en que hicimos referencia escrita a esta radical modalidad de daño al proyecto de vida, idea que había madurado en nosotros a través del tiempo, a partir de una más honda reflexión sobre la estructura misma del ser humano, artífice y protagonista del Derecho.

Dicha inquietud nos movió también a presentar una ponencia sobre el mismo tema incluyendo nuevas reflexiones, en el Congreso Internacional «El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano», que organizara en 1985 la Universidad de Lima¹⁹. Desde aquel entonces la idea encontró su propio camino. Por nuestra parte, hemos continuado en lo posible, muy atentos, estudiando y enriqueciéndonos con la valiosa y cada vez más numerosa producción sobre este capital asunto, lo que nos ha incentivado a dedicarle nuestro máximo interés. Nos reconforta advertir como el daño a la persona, en todas sus complejas y ricas modalidades, ha logrado ocupar en la actualidad la preferente atención de los juristas.

Es conveniente aclarar que el llamado daño a la persona incluye también los perjuicios que se puedan causar al concebido o persona por nacer. Fue esta la atendible razón por la que Carlos Cárdenas Quirós propusiera que el daño a la persona debería denominarse «daño subjetivo», a fin de que no cupiera duda alguna que también se incluía dentro del referido concepto al *nasciturus*²⁰.

No obstante compartir a plenitud los propósitos antes enunciados, continuaremos utilizando, al menos por el momento, la expresión «daño a la persona», como equivalente de «daño subjetivo». Ello, como tributo a una demasiado reciente y naciente concepción, en trance de consolidarse, y con el objeto de evitar confusiones en un asunto que, por lo general, no termina de aclararse a nivel de la doctrina donde se sigue superponiendo o confundiendo por ejemplo, «daño a la persona» con «daño «moral».

¹⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, p. 202.

¹⁹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942» en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, Edit. Cuzco, Lima, 1986, pp. 251 y ss.

²⁰ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, «Apuntes sobre el denominado daño a la persona» en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, vol. 4, años 1987-1989, Lima, 1989.

Aunque no es nuestro propósito referirnos en esta oportunidad a las modalidades de protección de la persona frente a los daños que se le pueden inferir²¹, no es posible dejar de aludir, aunque fuere esquemáticamente, al hecho de que la tutela de la persona, aparte de ser preventiva, unitaria e integral –como corresponde a su naturaleza–, no sólo se reduce a la afectación de los aspectos de la vida humana tutelados específicamente por los derechos subjetivos perfectos, alojados en las normas del ordenamiento jurídico positivo, sino que también incluye a los intereses existenciales aún no recogidos por dicho ordenamiento. Es decir, lo que designamos como derechos subjetivos imperfectos.

Es por ello, como es sabido, que el ser humano está protegido por cláusulas generales o abiertas o en blanco, que incluyen, precisamente, aquellos intereses existenciales o derechos subjetivos imperfectos que no están expresamente tutelados a través de una norma del ordenamiento jurídico. A este respecto podemos citar, a título de ejemplo, el artículo 3º de la Constitución Política del Perú de 1993²². El artículo 5º del Código Civil peruano de 1984 concuerda con la amplitud de esta cláusula general de protección del ser humano²³.

b. ¿ Daño a la persona o daño moral ?

Debemos aclarar que es importante remarcar, tal como lo hemos venido sosteniendo por más de una década y como también ocurre en la obra de algunos autores, el distingo existente entre la tradicional expresión de «daño moral» y la contemporánea de «daño a la persona». De su simple enunciado, aplicando una lógica más que elemental, se deduce que el «daño moral» (*pretium doloris*) no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y

²¹ El tema ha sido tratado en el libro del autor *Protección jurídica de la persona*, Universidad de Lima, Lima, 1992.

²² El siguiente es el texto del Art. 3º de la Constitución peruana de 1993: «La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno».

²³ El texto del Art. 5º del Código Civil peruano de 1984 es el siguiente: «El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás derechos inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el artículo 6º».

ésta, obviamente, es la de daño a la persona. Lo «moral», quien lo duda, es solo un «aspecto» de la compleja estructura del ser humano.

En 1985 sosteníamos que «la restringida acepción de daño moral a que nos hemos referido, no coincide, por cierto, con el concepto de daño a la persona que hemos esbozado. El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento» Y agregábamos que el daño a la persona «significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal», comprendiéndose dentro de él «hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana». Todo ello, decíamos, «es más complejo que el sufrimiento o el dolor»²⁴.

Hoy más que nunca, al encontrarse en juego dos conceptos, que para algunos autores podrían tener la misma significación –situación que negamos pero que se presenta en la literatura jurídica–, tenemos el convencimiento de la necesidad de que cada autor, que trate o roce este tema, debería esclarecer su posición en torno a los alcances y relación que dentro de su personal concepción otorga a los conceptos de «daño a la persona» y de «daño moral».

La tradicional concepción del daño moral se centra en el daño ocasionado al ámbito afectivo o sentimental de la persona, lo que trae como consecuencia, sufrimiento, dolor, perturbación espiritual. Decimos que es un daño a determinado «aspecto» de la persona, al igual que una multiplicidad de otros daños lesionan otros tantos aspectos del complejo y, a la vez, unitario ser humano. Se trata en este específico caso de la lesión a una modalidad del género «daño a la persona». Por esta razón somos de la opinión que debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona. Y es que el daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico. No tiene sentido, por lo tanto y en nuestro concepto, seguir otorgando autonomía jurídica a una voz que se encuentra conceptualmente subsumida dentro de otra que es genérica y comprensiva.

La ciencia progresa, nos proporciona nuevas informaciones, inéditas revelaciones. Los juristas debemos estar atentos a estos mensajes de los tiempos, que provienen de la incontrolable realidad de la vida. No pode-

²⁴ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984», en *Libro Homenaje a José León Barandiarán*, p. 214.

mos seguir aferrados a viejos esquemas, que la vida se encarga de superar o de transformar. El «descubrimiento» del concepto de daño a la persona no obedece a un capricho, a un afán de novedad, a una vana pretensión académica. Responde, simplemente, a la realidad y se genera, como se ha puesto de manifiesto, cuando los juristas contamos con una mayor información sobre la estructura y comportamiento del ser humano a partir de los hallazgos y de los aportes de la filosofía de la existencia. Cuando se llega a comprender que el ser humano no es sólo y únicamente, como pretendía Boecio en el siglo VI de nuestra era, un ser «racional», sino también, y fundamentalmente, un ser libre, temporal y coexistencial. Es a raíz de esta nueva visión del ser humano que los juristas nos vemos obligados, con honesta humildad científica, a revisar y actualizar nuestras convicciones, alejados de toda soberbia o vanidad, a la luz de las nuevas percepciones sobre el creador, protagonista y destinatario del derecho: el ser humano.

Milmaiene sostiene una posición particular en lo atinente al distingo que cabe formular, por ejemplo, entre daño moral y daño psíquico. Sostiene que el daño moral supone «un sufrimiento subjetivo que no necesariamente se expresa a través de síntomas o de cualquier otra alteración psicopatológica». Es decir, que el daño moral no acarrea consecuencias psicopatológicas sino sentimentales. De ahí que, en opinión del autor, «el daño moral configura una categoría ajena a los métodos y posibilidades de la psicología, debiéndosele inscribir en el amplio campo de una teoría de los valores» ²⁵.

Debemos recordar que antes que los juristas advirtieran con claridad los genéricos alcances del daño a la persona –es decir, al considerar al ser humano en su inescindible unidad– algunos jueces, en las últimas décadas, se mostraban proclives a reparar dispersas y específicas lesiones al ser humano, otorgándole autonomía a una inconexa diversidad de daños referidos a determinados y concretos aspectos de la persona. Nos referimos a la multiplicidad de denominaciones o de etiquetas, que inicialmente a nivel jurisprudencial y luego doctrinario, reclamaban autonomía conceptual para cada una de ellas, sin percibir la unidad en que consiste el ser humano. Así, se aludía, entre otras, a las voces de daño a la vida de relación, de daño estético, de daño psíquico, de daño sexual, de daño por muerte del concubino. No se tomaba conciencia de la esencial conexión existente entre ellas ni el consiguiente fundamento

²⁵ MILMAIENE, José, «El daño psíquico», en *Los nuevos daños*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 75.

común, que no es otro que el ser humano en sí mismo, como inescindible unidad.

Es del caso advertir que el continuar otorgando autonomía conceptual al daño «moral» supondría y, a la vez, justificaría, el brindarle igual rango a cada uno de los múltiples daños que, en número cada vez mayor, lesionan específicos aspectos o fragmentos del ser humano. Por el contrario, dada la unidad del ser humano, todos los daños que se le ocasionen deberían sistemáticamente incorporarse, para el efecto de su reparación, dentro de la genérica noción de daño a la persona. Así lo exige la naturaleza misma del ser humano y el único y común fundamento que los conecta esencialmente, como es el ser humano en sí mismo.

Con el correr de los años un importante sector de la doctrina, al comprender los fundamentos expuestos en precedencia, ha incorporado sistemáticamente todas aquellas voces y cualquier otra que signifique lesión a un determinado aspecto de la unidad psicosomática en que consiste la persona, dentro de la genérica y expresiva voz de «daño a la persona». Si esto es así, nos preguntamos ¿qué razón habría para que un daño a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, que genera dolor o sufrimiento, no se incorpore para un tratamiento sistemático, como cualquiera de aquellas otras voces, a la genérica noción de daño a la persona?. ¿Por qué insistir en una inexistente autonomía desmentida por la realidad misma del ser humano?. Tal vez la respuesta la tenga Jorge Mosset Iturraspe, a cuyo lúcido pensamiento dedicamos los siguientes párrafos.

Debemos señalar, con satisfacción, que la posición que sustentamos la compartimos, hasta el momento, con ilustres juristas de otras latitudes como es el caso, entre otros, del citado profesor Jorge Mosset Iturraspe. El maestro argentino, en un reciente Congreso Internacional sobre «Los diez años del Código Civil peruano: balance y perspectiva», organizado por la Universidad de Lima en setiembre de 1994, sostuvo, en una brillante ponencia, que desde hace algunos años se bregaba en la Argentina por incluir el restringido concepto de daño moral dentro del de daño a la persona²⁶.

Al referirse al aporte del Código Civil peruano de 1984 de haber incorporado en su artículo 1985, sin limitaciones, el genérico concepto de «daño a la persona», Mosset Iturraspe expresa que «la sanción del Código Civil del Perú de 1984, en su artículo 1985, al separar el daño a la

²⁶ MOSSET ITURRASPE, Jorge, «*El daño a la persona en el Código Civil peruano*», en *Los diez años del Código civil*, Universidad de Lima, Lima, Tomo primero, pp. 211 y ss.

persona del daño moral, logró un resultado sorprendente; permitió que el velo que oscurecía nuestra visión cayera; que los prejuicios o preconceptos que nos ataban a una calificación décimonónica fueran dejados de lado; posibilitó el paso del conceptualismo al realismo, en una materia tan humana y sensibilizada».²⁷

Consideramos de gran importancia e interés el deslinde que formula Mosset Iturraspe entre conceptualismo y realidad. Y es que muchos de los juristas, bajo la secular influencia de una visión formalista del Derecho, nos hemos habituado a «construir» instituciones, olvidándonos, cada cierto tiempo, de confrontarlas con la realidad de la vida a la cual se refieren como simples estructuras conceptuales. Nos cuesta trabajo dejar de lado, cuando ello es indispensable, las formas para acercarnos a la vida, a la fuente misma del Derecho. Cruza por nuestra mente, en este instante, una frase de Husserl que nos marcó desde jóvenes y que es algo así como un «grito de guerra» contra todo exacerbado conceptualismo alejado de la realidad. Husserl, al tratar de descubrir, de develar el ser mismo (*noumeno*), nos aconsejaba poner entre paréntesis todo aquello que perturbaba nuestra visión, que nos desviaba de la recta y directa vía epistemológica para acceder al ser mismo. Por ello su drástico consejo, que suena a mandato, fue: «a las cosas mismas». Es decir, la necesidad de librarnos de la maraña conceptual, que a menudo nos ata, constriñe y confunde, para enfrentar la realidad tal como se nos ofrece. Por ello, a la manera de Husserl, podríamos proclamar, tratándose del Derecho, este úkase: «a la experiencia misma». Que equivaldría, en el caso que nos ocupa, a despojarnos, como quiere Mosset Iturraspe, de preconceptos, de prejuicios, observar la realidad, tal como se nos presenta, para confirmar si nuestra antigua «construcción» conceptual sigue adecuándose al mundo que vivimos o, por el contrario, debemos hacer reajustes o remodelaciones o, simplemente, reconstrucciones conceptuales a la luz de la experiencia.

En su citada ponencia Mosset Iturraspe, al considerar que la noción de daño moral integra la más amplia de daño a la persona, establecía con precisión los alcances conceptuales del denominado daño «moral». En este sentido sostuvo que «la reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral». Y añadía, sintetizando su pensamiento, que «el

²⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ibidem*. p. 213.

centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad, sus virtualidades, sus apetencias»²⁸.

Mosset Iturraspe sostenía, en el mencionado Congreso Internacional de setiembre de 1994, que algunos autores se resisten a eliminar de los códigos civiles la específica categoría de daño moral por razones vinculadas «con su prestigio, con su abolengo, con su tradición jurídica». Distanciándose de esta posición, el maestro argentino sostuvo en aquella ocasión que «hay que dejar de lado la categoría del daño moral, hay que omitirla de los códigos para sustituirla por la de daño a la persona». Y ello, expresaba, porque «el daño moral, en primer lugar, es absolutamente impreciso desde sus orígenes, desde su denominación, desde su comprensión». Y, al preguntarse por lo que significaba el «daño moral» apuntaba, con realismo, que este no era otra cosa que un simple daño «jurídico», un daño a la vida de relación que otro me causa. Sostenía, con total lucidez, que el denominado daño moral «no es un problema de mi eticidad resentida, de mi moral que me reprochan. No es moral, es jurídico. ¡Y se llama moral!»²⁹.

¿No son acaso absolutamente ciertas las atinadas observaciones de Mosset Iturraspe sobre el daño «moral»? Estimamos que ellas son totalmente esclarecedoras y si admitiéramos, como sería el caso, sus fundadas convicciones empezariamos a dejar de lado, al referirnos al tratamiento jurídico del daño a la persona, la voz «moral» que confunde y enturbia el pulcro enfoque jurídico de la cuestión. Nos preguntamos, ¿qué razón existe para no realizar una operación inversa a la que efectúa un sector de la doctrina que es la de pretender subsumir lo genérico en lo específico, que otra cosa no significa la de reducir todos los múltiples daños a la persona a la específica voz de daño moral? ¿Lo lógico y sistemático no sería acaso, por el contrario, incorporar todos los daños al ser humano, incluyendo el moral, a la genérica voz de daño a la persona o daño subjetivo?

En conclusión, compartimos a plenitud el pensamiento de Mosset Iturraspe cuando sostiene que la expresión daño moral «es una antigualla, el daño moral es un resabio de otros tiempos que ha permanecido por nuestras debilidades, por nuestras torpezas, por nuestro aferrarnos a las tradiciones jurídicas»³⁰. Obviamente, en este caso, el maestro argentino se refiere a aquellas tradiciones –como la que comenta-

²⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ibidem*. p. 213.

²⁹ MOSSET ITURRASPE, Jorge, «*Más allá del daño moral el daño a la persona*» en *Diez años del Código Civil peruano*, Tomo II, pp. 406 y 407.

³⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *ibidem*. p. 408.

mos— que han perdido vigencia pues han surgido nuevas formas o modalidades de conductas humanas intersubjetivas diversas, sustitutorias o de signo contrario.

c. Daño a la persona y daño moral en el Código Civil peruano de 1984

Mosset Iturraspe reprocha, con acierto y en su momento, que se hubiera incluido en el Art. 1985 del Código Civil peruano de 1984 la expresión de daño moral simultáneamente y al lado de aquella de daño a la persona y, además, expresó, que observaba con preocupación que en la reforma en marcha de dicho código, al cumplirse su primer decenio de vigencia, no se enmendara ese error.

La respuesta a la precisa observación de Jorge Mosset Iturraspe la debemos encontrar en lo que se llama «la historia interna» del Código Civil de 1984, es decir, aquella que no aparece recogida por ningún historiador, que no está escrita ni ha sido revelada. En efecto, como lo narráramos en una nota a pie de página de nuestra ponencia «El daño a la persona en el Código Civil peruano», presentada en el Congreso Internacional reunido en Lima en agosto de 1985, el lograr que los codificadores del 84 aceptaran introducir la novísima voz —en aquellos años— de «daño a la persona» fue el resultado de permanentes discusiones y replanteos, ya que en el Proyecto concluido por la Comisión Revisora no se admitió la incorporación al Código Civil del daño a la persona. Prácticamente, el daño a la persona había quedado excluido del articulado del Código del 84³¹.

Ocurrió, sin embargo, un hecho imprevisto. En efecto, se presentó una ocasión inesperada y propicia para insistir discretamente en el tema. Pocos días antes de la promulgación del Código, fijada para el 24 de julio de 1984, se celebró con fecha 3 del mismo mes en el despacho del ministro de Justicia de aquel entonces, profesor Max Arias Schreiber, una reunión de coordinación con los integrantes de la Comisión Revisora, con la finalidad de dar los últimos retoques al ya aprobado Proyecto de Código. A esta reunión fuimos invitados por el ministro junto con algunos otros pocos miembros de la Comisión Reformadora.

³¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «El daño a la persona en el Código Civil peruano de 1984 y el Código Civil italiano de 1942» en *El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano*, p. 254.

Fue en aquella reunión del 3 de julio de 1984 –es decir, 21 días antes de la promulgación del Código– que se logró introducir en el artículo 1985 el daño a la persona al lado del daño emergente, del lucro cesante y del daño moral que aparecían en este numeral. No se pudo lograr lo más: eliminar del texto de este artículo, por repetitiva, la voz daño moral. Era peligroso insistir en este sentido, ya que se corría el riesgo de reabrir un debate que podría haber concluido con la confirmación del acuerdo adoptado en precedencia por la Comisión Revisora. Es decir, la no inclusión del daño a la persona. Preferimos, ante esta eventualidad y con sentido común, lo bueno en lugar de lo óptimo.

En nota que figura en la ponencia antes referida, redactada en 1985, explicábamos la razón por la que se mantuvo la voz daño moral en el citado artículo 1985, lo que aparecía como una contradicción con referencia a nuestros antiguos postulados sobre el tema. En dicha nota decíamos textualmente que «si bien el 3 de julio de 1984 se obtuvo que la Comisión Revisora incorporara el daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil peruano, ubicado dentro de la responsabilidad civil extracontractual, no se pudo conseguir la eliminación del concepto de daño moral –dentro de su restringida acepción de afrenta al sentimiento– en tanto constituye un aspecto específico del daño a la persona que, indudablemente trasciende lo que es puramente su vertiente sentimental». Es decir, dejábamos sentada nuestra posición al respecto.

La incorporación del daño a la persona cuando el Código se hallaba en vísperas de ser promulgado no permitió, como hubiera sido deseable, que se pudiera otorgar un tratamiento sistemático al daño a la persona dentro del articulado del Código Civil. Esta fue la razón por la cual los textos de los artículos 1984 y 1322 no pudieran ser oportunamente enmendados y concordados con el artículo 1985 en referencia. Es por ello que en el artículo 1984 se alude y se desarrolla exclusivamente la materia concerniente al daño moral en vez de centrarse sobre el genérico daño a la persona. En este mismo sentido, el artículo 1322, ubicado dentro de la responsabilidad civil contractual, se refiere también solamente al daño moral prescindiéndose de la voz daño a la persona. No obstante, el autor y ponente de dicho numeral, tal como se desprende de la correspondiente Exposición de Motivos, le otorga a la voz daño moral los mismos genéricos alcances que el daño a la persona³².

³² En la «Exposición de Motivos y Comentarios» al Código Civil peruano de 1984 (Lima, 1988, T.V) al comentarse el Art. 1322 en lo que concierne al daño moral se expresa textualmente en la página 449 lo siguiente: «Daño moral es el daño no patrimonial, es inferido a los derechos de la personalidad o a valores que pertenecen más al cam-

En resumen, constituyó un inesperado pero feliz logro incluir la voz daño a la persona en el artículo 1985 del Código Civil de 1984 pocos días antes de su promulgación y cuando el trabajo de la Comisión Revisora había concluido. Esta incorporación, como lo hemos expresado en precedencia, hubiera corrido serio peligro de no concretarse si, dados los antecedentes expuestos, se hubiera reabierto un debate en el cual, en mérito a la novedad de la figura, no se habría acordado, muy probablemente, tal inclusión. El costo de dicha incorporación fue el de no insistir en replantear dicho debate con la finalidad de obtener, como lo pretendíamos, la eliminación de la voz daño moral tanto en el artículo 1985 como en los artículos 1984 y 1322 del mencionado Código Civil.

La incorporación en el artículo 1985 del Código Civil peruano de la obligación de reparar el daño a la persona, sin limitación de ninguna especie, a diferencia de los pocos otros códigos que la incluyen con graves restricciones, constituye una novedad en la codificación civil comparada, tal como se ha puesto de manifiesto por los comentaristas de dicho cuerpo legal³³.

Como se ha expresado, hubiera sido deseable excluir la voz daño moral no sólo del texto del artículo 1985 del Código sino que también habría sido oportuno sustituir coherente y sistemáticamente dicha expresión por la de daño a la persona en el artículo 1322, así como reformular el artículo 1984 dedicado a la regulación del daño moral. Ello, como decimos, no fue posible en aquella oportunidad. Esperamos que en un futuro, después de una necesaria sedimentación de las ideas y como una demostración de apertura mental frente a las nuevas realidades, se acceda a corregir los yerros que observa Mosset Iturraspe –que compartimos plenamente– y que se escuche su razonada y autorizada recomendación, que compartimos, en el sentido de no mantener tales errores.

po de la afectividad que al de la realidad económica». Como se advierte de la lectura de este comentario, el ponente del Libro de las Obligaciones del Código de 1984 se inclinó por una interpretación amplia del concepto de daño moral a fin de incluir dentro de sus alcances no sólo al daño a la esfera afectiva del sujeto sino, en general, a los daños inferidos a la persona en cualquiera de sus múltiples aspectos.

³³ Entre ellos ver MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, 3a. edición, p. 327 y ss. y «El daño fundado en la dimensión del hombre», en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, No. 1, 1992, p. 22 y ss.

d. Sentido restringido y amplio del «daño moral»

Existe una importante y extendida tendencia doctrinaria que ha encontrado una peculiar solución para superar el problema que venimos tratando. Ella consiste en distinguir, para tal efecto, dos conceptos diferentes de daño moral: el que denominan restringido o restrictivo y el que llaman genérico. Dentro de este planteamiento, el significado otorgado al daño moral en sentido restringido equivaldría a su tradicional contenido que no es otro que la formulación, esquemática y simplista, de dolor o sufrimiento. Es del caso advertir, por lo demás, que en esta hipótesis, como es sabido, la designación de daño moral no toma en cuenta el aspecto del ser humano que se lesiona —que es su esfera afectiva o sentimental— sino que se hace referencia a la consecuencia del daño que es, precisamente, dolor o sufrimiento.

No podemos perder de vista que el ser humano puede padecer dolor o sufrimiento como resultado de otro tipo de lesiones a otros aspectos de la multifacética personalidad humana que no es, precisamente, aquella esfera afectiva o sentimental. Así, se puede sufrir o sentir dolor por una agresión física o verbal, por un atentado contra la verdad personal o contra el honor y en tantos otros casos que sería largo enumerar. Por ello, como señalaremos más adelante, deberíamos tener presente, a propósito del daño, una doble clasificación que contribuye a aclarar la temática que venimos abordando, por la cual se distinguen los daños en función del ente afectado de las consecuencias que ellos generan.

En efecto, consideramos que existe, de conformidad con la realidad del mundo, una primaria clasificación del daño según sea el tipo de ente afectado. En este sentido podemos referirnos a un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Pero, al lado de esta primaria distinción, cabe situar aquella otra que se refiere al daño ya no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Como está dicho, la primera de tales distinciones tiene en consideración la naturaleza misma del ente dañado y, la segunda, toma en cuenta las consecuencias que produce el daño en cada uno de los entes que pueden ser afectados, es decir, tanto el ser humano como su patrimonio. Consecuencias que son peculiares, que se diferencian, precisamente, sobre la base de la diversidad ontológica que existe entre los bienes lesionados por el daño.

Aunque daño y consecuencia conforman un proceso inescindible,

cabe distinguir uno de la otra para el efecto de aplicar, en cada caso, una correcta técnica jurídica tanto para la protección del objeto como para la reparación del daño. Lo dicho sustenta nuestra afirmación precedente en el sentido que dolor y sufrimiento son «consecuencias» de la lesión a un determinado aspecto de la persona. A los juristas decimonónicos se les ocurrió llamar «moral» al dolor o sufrimiento derivado de la lesión a una particular esfera del ser humano como es la afectiva o sentimental. Ellos también determinaron, sin mayor fundamento, que la persona colectiva o jurídica se designase como persona «moral». En este último caso, se ha logrado superar la tradición ya que son escasos los que siguen designando a la persona «jurídica» como persona «moral». ¿Acaso se descubrió tardíamente que lo moral y lo jurídico, no obstante la vinculación existente, pertenecían a dos distintas esferas del ser humano, subjetiva la una e intersubjetiva la otra ?

Es importante tener en consideración la naturaleza del ente dañado ya que, como se ha expresado, de ello depende la técnica, el tipo o modalidad de protección jurídica que debe otorgársele al ente así como la manera adecuada de indemnizar el daño sufrido. Algunas veces, en el aula, ante los alumnos, solemos decir que las técnicas de protección de una piedra son distintas de aquellas que se debe brindar a una copa de cristal, a un perro o al ser humano. Así como cada ente exige una determinada vía de conocimiento para acceder a él, así también cada ente exige una técnica de protección adecuada a su calidad ontológica y, llegado el caso, una peculiar modalidad de reparación del daño que se le hubiere ocasionado.

Por lo anteriormente expuesto, somos del parecer que ha contribuido a una falta de precisión en la cuestión atinente a distinguir con pulcritud conceptual el «daño moral» del daño a la persona, el no haber considerado que no cabe confundir el «ente dañado» de las «consecuencias» derivadas de su correspondiente lesión. Es diverso el hecho que el daño incida sobre el ente denominado «persona» del tipo o modalidad de las consecuencias que puedan generar los múltiples y específicos daños a dicho ente. Una de dichas consecuencias es el dolor o sufrimiento que originan ciertos tipos de daño. Entre estos cabe señalar el dolor o sufrimiento que se deriva de una lesión a la esfera afectiva o sentimental del ser humano, el que tradicionalmente se ha identificado con la expresión «moral». Desde nuestro punto de vista, contrariamente a lo que generalmente acontece cuando se trata de indemnizar un daño, no partimos de las «consecuencias» del daño sino de la naturaleza del ente dañado. Y, si se trata del ser humano, interesa precisar, prioritariamente, qué aspecto o aspectos son los que han sido lesionados. Luego

se determinan las específicas consecuencias de la lesión. No podemos, por consiguiente, partir genéricamente de un «dolor» o «sufrimiento» para caracterizar el daño sufrido, ya que el dolor tiene diversos orígenes, los que no se limitan tan sólo a los que se generan por una lesión a la esfera afectiva o sentimental del sujeto.

Un sector de la doctrina al tomar conciencia que al lado de la lesión a la esfera afectiva o sentimental de la persona se presentaban muchísimas otras lesiones al ser humano, no encontró mejor fórmula que en vez de adoptar una nueva genérica denominación que las comprendiera –como sería el caso de la expresión «daño a la persona»– prefiriera, sustentándose en nuestro concepto en una mal entendida tradición, incluirlas, sin más, dentro del hasta ese momento restringido y específico concepto de daño moral. De este modo, sin mayor esfuerzo, se decidió por dicho sector de la doctrina que esta restrictiva expresión –con la que hasta ese momento se distinguía un caso concreto de daño– cubriera una multiplicidad de hipótesis de daños que no se identificaban, precisamente, con el contenido conceptual de su precisa y tradicional noción. Es decir, se produjo lo que podríamos llamar, apelando a una metáfora económica, una «hiperinflación» conceptual de la tradicional noción de daño moral. Se convirtió, así, en lo que en el lenguaje corriente solemos designar como «un cajón de sastre», es decir, aquel espacio donde se yuxtaponen una infinidad de objetos heterogéneos.

Es así que bajo el concepto de «daño moral» se crearon dos diversas situaciones jurídicas –una restringida y otra amplia– dando lugar a frecuentes e innecesarias confusiones. Al respecto nos preguntamos, ¿así como los economistas aplican «reajustes» para combatir la hiperinflación, no podríamos los juristas adoptar las medidas oportunas para rectificar un error terminológico y conceptual en la medida que no encuentra su correlato en la realidad? Es decir, un innecesario error que origina confusiones y dificultades que los juristas podrían superar fácilmente si no persistieran en utilizar la expresión «moral», a la manera de los juristas franceses del siglo XIX, para designar una institución exquisitamente «jurídica» y de una mucha más amplia comprensión conceptual.

Así, entre otros autores, Jorge Gamarra, en reciente obra, que data de 1994, reconoce este hecho al expresar que la definición tradicional y restringida de daño moral resultaba «incompleta». Para subsanar esta deficiencia, el prestigioso profesor uruguayo postula, como solución, que el concepto de «daño moral» abarca, en realidad, un sector mayor de daños, por lo que esta noción coincide enteramente con la esfera del daño no patrimonial. Por lo tanto, es más adecuado hablar de daño no

patrimonial³⁴. Reconoce explícitamente, de este modo, que existe una opción sobre dos nociones distintas de daño moral (restringida la una y amplia la otra).

El mencionado autor, siguiendo a Vaz Ferreira, es de la opinión que el dolor no es esencial al daño moral por lo que «desaparece la única nota que justificaría distinguir al daño moral dentro del daño no patrimonial, y la base para crear dos especies diversas dentro del daño no patrimonial»³⁵. Según el profesor Gamarra son figuras que responden a una misma definición, es decir, que carecen de efectos patrimoniales y tienen la misma regulación. Prefiere, por consiguiente, la denominación de daño no patrimonial para englobar en ella las dos figuras del daño moral, la restringida y la amplia.

Frente a las afirmaciones de Jorge Gamarra es dable formular algunas observaciones. En primer lugar, habría que inquirir sobre cuál sería la razón por la que se debe seguir utilizando la tradicional expresión de «daño moral» para referirse al daño a la persona, que Gamarra y otros autores equiparan al daño no patrimonial, situación que, de hecho, causa confusión sobre todo entre los iniciados en la disciplina jurídica. La segunda observación se refiere a que, en el supuesto negado de admitir tal equiparación entre daño moral y daño no patrimonial, cabe preguntarse por cuál sería la razón para designar como «no patrimonial» –privilegiando así al patrimonio sobre el ser humano– a lo que es, simple y llanamente, un daño a la persona en toda la extensión del concepto. Nos parece que ambas son dos seculares tradiciones que ha llegado la hora de cuestionar a la luz de los hallazgos de la Antropología Filosófica.

No advertimos el motivo, aparte del probable culto a una tradición mal entendida o a la ley del mínimo esfuerzo, para seguir denominando como «moral» un daño de indudable naturaleza y consecuencias jurídicas. Al compartir las precisiones de Jorge Mosset Iturraspe no comprendemos por qué debemos seguir rindiendo tributo a una tradición que el tiempo ha desdibujado, que ha sido desmentida por la realidad. No entendemos, por consiguiente, por qué se continúa denominando «moral» a lo «jurídico». Si la gran mayoría de los autores y de los cuerpos legales han sido capaces de abandonar, por no ser descriptiva de su objeto, la tradicional expresión de persona «moral» y sustituirla por la de persona «jurídica» –que en verdad es colectiva–, no vemos la razón para que en un caso similar, como es el del daño moral, no se produzca idéntico

³⁴ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994, p. 15.

³⁵ GAMARRA, Jorge, *ibidem*. p. 15.

cambio. ¿Por qué asimilar a la expresión «moral», que tradicionalmente se ha empleado para significar dolor o sufrimiento derivado de una lesión a la esfera afectiva, los múltiples y diversos daños que se producen en agravio de la persona, lesionando su cuerpo, su psique o su proyecto de vida? Nos preguntamos, asimismo, ¿qué tiene que ver todo esto, que es estrictamente «jurídico», con lo «moral»? Parecería que, como en otros tiempos que son ya historia, seguimos confundiendo empecinadamente lo «moral», que se enraíza en la pura subjetividad, con lo jurídico que aparece a partir de la intersubjetividad.

Cuando escribimos estas líneas emergen en nuestra memoria dos nombres ilustres que son orgullo del pensamiento jurídico latinoamericano. Nos referimos a Teixeira de Freitas y Vélez Sarsfield. Admiramos, a más de un siglo y medio de distancia en el tiempo, su lucidez, su coraje intelectual para enfrentar –en la segunda mitad del siglo XIX– el tradicional pensamiento dominante sobre el tratamiento jurídico del concebido, al que se le consideraba, por todos los códigos civiles del mundo, en aquel entonces y hasta ahora, como una simple ficción. Es decir, un ente que carecía de significación para el Derecho y que, cuando se suponía que debería ser lo que es, dejaba de serlo por cuanto ya era un nacido, una persona natural. Por ello, resumiendo esta peculiar situación en que el Derecho había sumido al concebido, decíamos que éste «es lo que no es y que, cuando es, ya no es».

Según la hasta ahora dominante teoría de la ficción, se ignoraba que el concebido era realmente un ser humano, que debería ser una realidad para el Derecho, un sujeto. Como es sabido, se le consideraba como una ficción, «algo» que debería esperar nacer para recién adquirir la categoría jurídica de sujeto de derecho. Pero, como es evidente, cuando el concebido nacía ya no era tal, pues nos hallamos en este instante existencial ante una persona natural.

Tanto Teixeira de Freitas, a mitad del siglo pasado, como Vélez Sarsfield en 1869, intuyeron la realidad del concebido como ser humano y, con valentía que nos enorgullece como latinoamericanos tributarios de su pensamiento, lo consideraron y lo denominaron como «persona por nacer», desafiando de este modo una consagrada, férrea y unánime tradición. Su convicción, que superaba las «construcciones» conceptuales y que más bien se inspiraban en la observación de la realidad y las voces de la ciencia, fue ignorada o silenciada por cerca de siglo y medio hasta que llegó el Código Civil peruano de 1984 que, dentro de su línea de pensamiento y en sintonía con la ciencia, otorgó al concebido la calidad de «sujeto de derecho». El ejemplo creativo y el coraje intelectual de Teixeira de Freitas y de Vélez Sarsfield, estamos seguros, han de ser mo-

tivo de constante inspiración para los juristas latinoamericanos, los que no estamos obligados, siempre y necesariamente, a recoger y consagrar teorías sin antes someterlas a un repensamiento y a una reflexión crítica.

e. ¿ Daño a la persona o daño no patrimonial ?

Una tercera observación sobre el tema que nos ocupa se refiere al intento de equiparar la noción de daño a la persona con el concepto de daño no patrimonial. Aparte de que no llegamos a entender la preferencia de los juristas por la expresión «patrimonio» sobre la de «persona», consideramos que no siempre el daño a la persona tiene consecuencias no patrimoniales. Por el contrario, generalmente, a las consecuencias de carácter no patrimonial se suman otras de naturaleza patrimonial. Es decir que, desde nuestro punto de vista, no cabe equiparar el concepto de «daño a la persona» con el de «daño no patrimonial». Ello, siempre dentro de nuestra óptica, supone mezclar dos niveles conceptuales diversos como son, de un lado, la naturaleza del ente dañado y, del otro, las consecuencias que generan dichos daños, ya sea a la persona o al patrimonio o a ambos.

En un trabajo publicado hace más de tres años expresábamos que debíamos encaminarnos a una nueva sistematización del daño a la persona³⁶. En efecto, en aquella oportunidad sosteníamos que, a nuestro parecer, y tal como lo hemos adelantado, la primaria clasificación del daño debería atender a la naturaleza del ente dañado, ya que las técnicas de protección y de reparación jurídica del ente variaban según los casos. A este propósito proponíamos que «la primera distinción que habría que hacer respecto al daño, dada su importancia teórica y práctica, es la que se sustenta en la calidad ontológica del ente afectado por dicho daño». Es decir, que debía privilegiarse la calidad del ente dañado a las «consecuencias» producidas a raíz del daño³⁷. Por lo expuesto, éramos del parecer que, primordialmente, debería atenderse a si el ente dañado es una

³⁶ Ver FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Estudios en Honor de Pedro J. Frías*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, T.II, 1994, p. 1087 y ss. Este trabajo también se publicó en *Cuadernos de Derecho*, 3, Universidad de Lima, 1993, p. 28 y ss. y en *Ponencias Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Comercial*, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1994, p. 23 y ss.

³⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Cuadernos de Derecho*, 3, p. 32.

cosa u objeto del mundo, por más valioso que fuera o si, por el contrario, el ente dañado es nada menos que el ser humano, el sujeto de derecho.

Nadie puede discutir la fundamental diferencia ontológica que existe entre el ser humano, que es libertad y sensibiliza valores, y las cosas del mundo que, contrariamente, carecen de libertad, no vivencian valores y son acabadas, terminadas, macizas. Esta diferencia marca el diverso tratamiento técnico-jurídico que merece cada una de estas tan disímiles calidades de entes. Ello, con mayor razón, debe manifestarse cuando se trata de apreciar la magnitud del daño, considerado en sí mismo, y sus consecuencias, ya sean éstas patrimoniales o no patrimoniales.

Como es fácil percibir, la posición antes sustentada se inspira en una concepción personalista o humanista del Derecho, que coloca al ser humano, y no al patrimonio, como eje y centro de la disciplina jurídica. Razón que ha llevado a ciertos autores a concentrar su preferente atención en torno a la víctima del daño, ante la humana necesidad de que ella no quede sin reparación. Esta actitud supone que al derecho le interesa prioritariamente atender a la víctima frente a la indagación destinada a determinar el grado o intensidad de la culpa del agente del daño que, en algunos casos, como señala Mosset Iturraspe, pareciera ponerse del lado del agente del daño con el propósito de diluir la debida indemnización.

En virtud de lo expuesto, apreciábamos que existen dos tipos básicos de daños si se tiene en cuenta, como se ha dicho, la naturaleza misma del ente que ha sufrido sus consecuencias. Así, y tal como se ha señalado, es posible hacer una primera y amplia distinción que atiende a la calidad ontológica de los entes pasibles de ser dañados. En este sentido, como se ha mencionado, encontramos, de un lado, a los seres humanos, sujetos de derecho y, del otro, a las cosas u objetos del mundo, de los cuales se valen instrumentalmente las personas para realizarse. De ahí que podamos referirnos al daño subjetivo, que es el que agravia o afecta a los seres humanos, y al daño objetivo, que es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas. El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al «ser humano», considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al «haber» del sujeto de derecho. Esta constituye, desde nuestra óptica, la primera y básica clasificación de los daños.

A nadie escapa, por lo demás, que la diversidad ontológica entre el ser humano y las cosas que integran su haber o patrimonio, se refleja en las especiales y distintas características que asume la indemnización por las consecuencias derivadas del daño que afecta específicamente a cada una de tales calidades de entes. No se puede, «con un criterio economicista y materialista, dejar de reconocer el diverso rol que cumple la in-

demnización en el caso que se destruya una cosa que cuando se agravia al ser humano mismo, creador, eje y centro del Derecho»³⁸.

El daño subjetivo o daño a la persona es aquel cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden afectar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o «maneras de ser».

Como el ser humano es una unidad psicosomática, sustentada en la libertad, los daños que se le causen pueden incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto, o en su psique o afectar su propia libertad. El daño psicosomático puede recaer directamente en el cuerpo o soma del sujeto o en la psique, bajo el entendido que en cualquier caso el daño a una de tales esferas repercute, en alguna medida, en la otra sobre la base de la inescindible unidad antes referida.

El daño psicosomático puede desglosarse a su vez, para fines puramente descriptivos o didácticos o para orientar mejor la debida reparación, en daño «biológico» y daño a la «salud». En realidad, metafóricamente hablando, se trata de dos caras de una misma moneda. El daño biológico representa la vertiente estática y el daño a la salud la vertiente dinámica del genérico daño psicosomático.

El daño biológico se identifica con la lesión, considerada en sí misma, causada a la persona víctima del daño. En el daño denominado «biológico» se compromete, en alguna medida, la integridad psicosomática del sujeto, de modo directo e inmediato, causándole heridas de todo tipo, lesiones varias, fracturas, perturbaciones psíquicas de diversa índole. Las consecuencias de una acción dañina contra el cuerpo o soma son, generalmente, visibles y elocuentes al margen, claro está, del preciso diagnóstico médico-legal que formula un pronóstico de las mismas.

En cambio, una lesión psicosomática que incide preferentemente en la psique resulta, como es obvio, menos elocuente y visible y probablemente más difícil de diagnosticar. Y, en ciertos casos, puede pasar inadvertida para cualquier persona que no sea un médico especialista en la materia. La lesión que afecta la psique, en cualquiera de sus manifestaciones, puede ser el resultado de una previa agresión somática aunque puede también presentarse inicialmente desvinculada de dicha agresión, no obstante las conexiones existentes en virtud de la unidad psicosomática en que consiste la naturaleza del ser humano.

³⁸ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Cuadernos de Derecho*, 3, p. 33.

El daño que compromete preferentemente la esfera síquica del sujeto puede incidir primaria y notoriamente en alguna de las manifestaciones en que teóricamente solemos descomponerla, como son el aspecto afectivo, el volitivo y el intelectual. Precisamente, cuando la incidencia se presenta fundamentalmente en la esfera afectiva o sentimental solemos aludir al daño moral en su restringido sentido tradicional de «dolor de afección».

El daño psicosomático por lo tanto, puede incidir ya sea sobre el soma o cuerpo, en sentido estricto, o sobre la psique. En el primer caso se suele denominar como daño físico, mientras que, en el segundo, se alude al daño psíquico. En cualquier caso una lesión somática repercute de diferente manera en el psiquismo según sea el sujeto de que trate y, viceversa, un daño psíquico suele tener una manifestación somática.

El daño físico incide sobre el cuerpo o soma y puede consistir en contusiones, heridas, fracturas, de todo tipo y magnitud. El daño psíquico se configura por «la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica»³⁹. Es decir, el daño psíquico supone una modificación o alteración de la personalidad que se «expresa a través de síntomas, inhibiciones, depresiones, bloqueos...»⁴⁰.

La lesión en sí misma que constituye, como se ha señalado, el daño biológico, debe ser apreciada por sus particulares características por un médico-legista, el que ha de formular un diagnóstico y un pronóstico de la lesión, determinando su magnitud y peculiaridades.

El daño a la salud, en cambio, alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquiera lesión psicosomática en el bienestar de la persona, con prescindencia de su magnitud e intensidad. El daño a la salud es de tal amplitud que compromete el estado de bienestar integral de la persona. De ahí que, coincidiendo con Bargagna, podemos sostener que abarca, por consiguiente, las normales y ordinarias actividades del sujeto, ya sean ellas, entre otras, laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, entre otras⁴¹.

El desencadenamiento de un daño inferido a alguna manifestación de la esfera psicosomática repercute de inmediato y automáticamente, en alguna medida, en la salud del sujeto, afectándola en diverso grado e intensidad según los casos. Reiteramos que, siguiendo la orientación de la

³⁹ MILMAIENE, José E., *El daño psíquico*, p. 70.

⁴⁰ MILMAIENE, José E., *ibidem*. p. 74.

⁴¹ BARGAGNA, Marino, «*Rilevi critici de spunti ricostruttivi*» en *La valutazione del danno alla salute*, Cedam, Padova, 1986, p. 170

Organización Mundial de la Salud, entendemos que con el concepto salud se alude a la más amplia noción de bienestar integral del sujeto. De ser así, en algún momento deberíamos también adecuar el lenguaje a esta nueva realidad, de ser ella admitida por un sector mayoritario de la doctrina, sustituyendo, cuando el respectivo ordenamiento jurídico positivo lo permita, la expresión daño a la salud por la de daño al bienestar del sujeto. O, por el contrario, precisar conceptualmente que la salud, en sentido estricto, es un importante componente del genérico bienestar integral del sujeto⁴².

Dentro de la orientación anteriormente señalada, la Constitución peruana de 1993, en su artículo 2º inciso 1, ha incorporado como derecho de la persona que merece tutela el denominado derecho al bienestar.

El daño a la salud, por lo precedentemente expresado, compromete, por lo tanto, el entero «modo de ser» de la persona. Supone, por decirlo de alguna manera, un déficit de diversa magnitud e intensidad en el bienestar integral del ser humano.

De lo expuesto se concluye que el daño biológico, en cuanto vertiente estática del daño psicosomático, como el daño a la salud, que representa la dimensión dinámica de dicho daño, constituyen sólo dos aspectos de una misma realidad en cuanto el ser humano es una inescindible unidad psicosomática. De lo dicho se desprende, por consiguiente, que ambos tipos de daño sólo pueden ser teóricamente diferenciados para el efecto de su debida evaluación y ulterior reparación.

Al lado de esta clasificación del daño en función de la naturaleza del ente afectado, a la cual nos hemos referido en los párrafos precedentes, cabe formular una segunda clasificación, ya no en función de la calidad ontológica del ente dañado, sino en virtud de las consecuencias derivadas de cada uno de tales daños. Son, pues, dos materias distintas, que no cabe confundir si pretendemos clarificar nuestra visión sobre el contenido y alcances del daño a la persona. La primera, reiteramos, se sustenta en la naturaleza misma del ente dañado –y es de fundamental importancia para la reparación del daño– y la segunda se contrae a las consecuencias mismas del daño producido a cualquiera de los entes afectados.

En atención a las consecuencias derivadas del daño se pueden distinguir las que la mayoría de autores designan como «no patrimoniales» o «extrapatrimoniales» –y que nosotros, desde una óptica antropológica,

⁴² La Constitución peruana de 1993 incluye al bienestar entre los derechos fundamentales en el inciso 1 del artículo 2º, mientras que en el artículo 7º proclama el derecho a la salud.

preferimos aludir como «personales»— de aquellas otras consecuencias conocidas como «patrimoniales» que nosotros, asimismo y por idéntica razón, optamos por nominarlas como «no personales» o «extrapersonales»⁴³.

Si consideramos el daño a la persona en toda su latitud conceptual, advertimos que puede generar consecuencias tanto personales —o no patrimoniales— como no personales o patrimoniales— o, como ocurre frecuentemente, puede originar, de modo simultáneo, ambos tipos de consecuencias. Así, por ejemplo, a raíz de un accidente de automotor, se plantea la hipótesis de que la persona del conductor de uno de los vehículos sufre graves lesiones que requieren su hospitalización ya que, como consecuencia de las mismas, pierde los dos brazos. La pregunta que surge frente a este caso es, en primera instancia, si se ha producido o no un daño a la persona y, de ser así, en segunda instancia, si de este daño se genera tan sólo una consecuencia personal o no patrimonial o si también y al mismo tiempo se deriva una consecuencia de orden no personal o patrimonial. El sentido que conlleve la respuesta nos permitirá apreciar si es correcto, como propone un sector de la doctrina y en especial el profesor Jorge Gamarra, identificar, sin más, daño a la persona, que atiende a la naturaleza del ente dañado, con daño no patrimonial (o personal) que se refiere a sólo una de las dos consecuencias que puede producir el daño a la persona.

En el caso propuesto no cabe duda que se han producido daños a un ente que es una persona humana. Como no se trata de una mera cosa del mundo exterior, que sería la otra única posible alternativa, no podemos dudar que estamos frente a un daño a un ente que no es otro que la persona. Así quedaría respondida la primera cuestión que hemos planteado.

Luego de haber precisado la calidad ontológica del ente dañado es menester, en segundo término, apreciar que tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona. En la hipótesis que se ha planteado advertimos, de inmediato, que la víctima presenta lesiones múltiples, heridas, fracturas, contusiones. Si apreciamos tan sólo y en sí mismas las lesiones que se han producido estaríamos frente a lo que hemos denominado como daño biológico. Este daño es susceptible de ser diagnosticado por un médico legista quien determinará su magnitud y sus efectos. Estas lesiones deben ser materia de una justa reparación utilizándose para ello, cuando existen, los baremos o ta-

⁴³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona» en *Cuadernos de Derecho*, 3, p. 36.

blas de infortunios o, en su defecto, el principio de equidad, o ambos criterios.

Pero, a su vez, dichas lesiones psicosomáticas –daño biológico– causan un deterioro en la salud de la víctima, alteran en alguna medida su bienestar integral. Este efecto debe ser apreciado y reparado por el juez sobre la base del informe médico-legal, empleando para el efecto el criterio de equidad luego de observar y calibrar las consecuencias producidas. Daño biológico, o sea la lesión considerada en sí misma, y daño a la salud, que es su repercusión en el bienestar integral de la persona, deben ser considerados, finalmente, como un todo para el efecto de fijar la correspondiente reparación, no obstante que la apreciación por el juez de cada uno de dichos daños obedece, como se ha señalado, a distintos criterios.

Ambos daños –el daño biológico y el daño a la salud– generan consecuencias que no son apreciables, directa e inmediatamente, en términos dinerarios. No generan, por consiguiente, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal sino, más bien, se trata de consecuencias de orden personal o no patrimonial. Son daños ciertos y efectivos que, en ningún caso, pueden soslayarse de parte del juez. Felizmente los criterios puramente patrimonialistas van siendo desplazados en el mundo actual al lugar que, sin desconocerlos, jerárquicamente les corresponde, es decir, subordinados a la privilegiada protección jurídica que merece el ser humano. Cada vez se comprende con mayor claridad, pese al embate de los materialistas de toda laya y de los absolutamente pragmáticos, que el ser humano es un fin en sí mismo y que el patrimonio es un instrumento indispensable a su servicio⁴⁴.

La cada vez mayor difusión y comprensión de los principios personalistas ha provocado una revisión o replanteo de la institucionalidad jurídica. De ello hay innumerables pruebas en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación contemporánea. Esta nueva actitud llegó, como no podía ser de otra manera, al campo de la responsabilidad civil. Es por ello que, de hacer girar el problema en torno al agresor y a su consiguiente responsabilidad, se centró la atención de los juristas en torno a la justa reparación de los daños sufridos por el ser humano. De ahí que pueda sostenerse que la visión moderna sobre el derecho de daños responde

⁴⁴ El daño a un objeto puede producir, igualmente, al lado de un daño no personal o patrimonial un daño personal o extrapatrimonial. Para ilustrar el caso podemos recurrir al difundido ejemplo por el cual un tercero pierde la única fotografía de un ser muy querido, la misma que tenía para su propietario un enorme valor afectivo o sentimental mientras que carecía de un valor no personal o patrimonial.

principalmente a principios humanistas y solidarios. Se protege a la persona por el único y fundamental argumento de su propia dignidad. Es decir, por lo que ella realmente es y representa en el mundo.

No es este el lugar para reproponer un debate que, a nuestro entender, ha sido actualmente superado. Sin embargo, ello no impide formular algunas precisiones al respecto. Nos referimos, en concreto, al argumento central que giraba en torno a la cuestión de si se debía o no repararse un daño a la persona que, no obstante ser cierto y efectivo, no podía ser apreciado en dinero de modo directo e inmediato. De acuerdo con una visión materialista de la vida –de cualquier signo o ideología– dominante en el derecho hasta no hace mucho, sólo era posible reparar las consecuencias del daño que tenían un «precio» en el mercado, que se podía traducir en dinero. De conformidad con esta estrecha concepción, dentro de la cual la vida humana y los derechos fundamentales de la persona carecían de un «precio», resultaba imposible fijar una indemnización como consecuencia de un daño de carácter no patrimonial. Es decir, prevalecía un criterio economicista, dentro del cual se trataba con absoluto desdén –o desprecio– lo que significaba el ser humano, desconociéndose el auténtico valor de la vida humana.

Como argumento para negar tal indemnización se sostenía, por un sector mayoritario de la doctrina, que la reparación de las consecuencias de los daños a la persona que carecían de efectos patrimoniales, era una forma de «materializar» la vida humana. Con este pretextuoso y falaz argumento se dejaban sin reparar los daños cometidos contra la persona, considerada en sí misma, desconociéndose su intrínseco valor. Contrariamente, por cierto, procedía siempre el resarcimiento de los daños que generaban consecuencias patrimoniales. Es decir, se privilegiaba a los entes del mundo exterior, a las cosas, en detrimento del ser humano.

Felizmente, el criterio materialista que campeaba en la responsabilidad civil cuando se trataba de reparar un daño a la persona, va quedando atrás. Son cada día menos numerosos los juristas que sostienen esta actitud. En la Argentina, para citar un caso emblemático, existe, como se ha puesto de manifiesto, una corriente personalista que ha logrado hacer prevalecer un criterio humanista en esta específica área de la responsabilidad civil. Así, hace ya varias décadas, el maestro Orgaz expresó con contundente convicción que «resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario –a falta de otro mejor– no es materializar los intereses morales, sino, al contrario, espiritualizar el derecho, en cuanto éste no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona hu-

mana»⁴⁵. Como es obvio, cuando Orgaz escribía este párrafo aún no había aparecido el genérico concepto de daño a la persona por lo cual el maestro argentino utiliza la consagrada expresión de daño moral.

En el «II Congreso Internacional de Daños», reunido en Buenos Aires en 1991, se declaró al respecto que «el enfoque meramente patrimonialista del daño se encuentra en trance de quedar divorciado de las pautas el Derecho en nuestros días». De donde se concluía que debíase jerarquizar «la esfera biológica, espiritual y social del hombre, sin dejar de tener en cuenta que los bienes materiales son necesarios para preservar su dignidad». En esta misma ocasión se estableció, siempre por unanimidad, que «la reparación del daño a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que ésta (la persona) representa, descartando las indemnizaciones meramente simbólicas».

Además del daño biológico y del daño a la salud, a los que nos hemos referido en precedencia, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su «proyecto de vida».

La pérdida de los dos brazos de parte de una persona, en el caso del ejemplo propuesto en su lugar, podría traer como consecuencia la frustración de su principal proyecto de vida, expresado a través de su actividad cotidiana, situación en la cual se privaría de sentido la existencia misma de la víctima. Esta es, sin duda, una consecuencia personal o no patrimonial en tanto carece de significación monetaria, directa e inmediata, lo que no quiere decir, obviamente, que se niegue a la víctima una justa satisfacción por el enorme daño que se le ha ocasionado.

Pero, en el caso del ejemplo antes citado, que es el de la víctima de un accidente automovilístico, se aprecia que al lado de las consecuencias no patrimoniales o personales que genera el elocuente daño a la persona, antes mencionadas, se presentan simultáneamente consecuencias exquisitamente patrimoniales o no personales que deben ser también debidamente indemnizadas. Nos referimos al reembolso, entre otros, de los gastos de hospitalización, los honorarios médicos, la adquisición de medicinas, los que pueden considerarse integrantes del denominado daño emergente. Al mismo tiempo, y siempre en el campo de las consecuencias patrimoniales o extrapersonales, debe indagarse si, como consecuencia del daño, el sujeto se halla imposibilitado de realizar su actividad laboral habitual o si a raíz de las lesiones sufridas se ve privado de obtener

⁴⁵ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Lerner, Córdoba, 2a. edición, 1980, p. 186.

los ingresos que le corresponden o deja de percibir rentas, ganancias o riqueza, en general, pues en esta hipótesis, como es sabido, debe resarcirse el llamado lucro cesante.

De lo expuesto se percibe que el daño a la persona ha producido, al mismo tiempo, consecuencias de carácter patrimonial o extrapersonal al lado de consecuencias de orden personal o no patrimonial. De ahí que el daño a la persona no puede ser caracterizado sólo a partir de las consecuencias que genera⁴⁶.

Después del somero análisis efectuado, y por las razones que de él fluyen, somos de la opinión que no es correcto asimilar, sin más, la noción de daño a la persona, que se centra en la peculiar calidad ontológica del ente dañado, con la de daño patrimonial (o no personal) que incide, ya no en la naturaleza del ente sino, más bien, en uno de los tipos de consecuencias generadas por el daño. Estimamos, por consiguiente, que debe diferenciarse, para estos efectos, la naturaleza del ente dañado de las consecuencias del mismo.

Si nuestras reflexiones no están erradas, deberíamos concluir afirmando la autonomía del concepto de daño a la persona en función de la calidad ontológica del objeto dañado y no tratar de ligarlo a las consecuencias que pueden derivarse de él, las que como hemos apreciado pueden tener un carácter extrapersonal o patrimonial o ser de orden no patrimonial o personal. De ahí que no compartimos la propuesta de quienes equiparan el concepto de «daño a la persona» (o de daño moral en sentido amplio) con la noción de «daño no patrimonial». No siempre el daño a la persona tiene tan sólo consecuencias no patrimoniales o personales sino que, con frecuencia, ellas asumen un carácter extrapersonal o patrimonial. No son las consecuencias del daño, por consiguiente, las que tipifican el daño a la persona. Se debe atender, primariamente a la naturaleza del ente dañado para luego determinar las consecuencias, de cualquier índole, que genere el daño a fin de precisar el mejor y más adecuado modo de repararlas.

4. ¿Existe un daño al proyecto de vida?

a. Sus supuestos

Hemos adherido a la filosofía de la existencia que considera que la liber-

⁴⁶ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, «Hacia una nueva sistematización del daño a la persona», en *Cuadernos de Derecho*, 3, p. 36.

tad constituye el ser mismo del hombre. Esta libertad es lo que lo diferencia, radicalmente, de los demás seres de la naturaleza y le otorga dignidad. Se trata de una potencialidad que nos permite decidir, elegir, entre muchas posibilidades de vida, eso que, precisamente, llamamos proyecto de vida o proyecto existencial. Gracias a la libertad somos seres temporales, históricos, estimativos, creativos, proyectivos, dinámicos. Carecería de sentido un ser libre que no fuera, simultáneamente, un ser temporal.

Como lo hemos puesto de manifiesto, el «proyecto de vida» es posible en tanto el ser humano es libre y temporal. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea éste mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad y tiempo son, por consiguiente, los dos supuestos existenciales del proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal.

El proyecto de vida, si bien apunta al futuro y se despliega en el tiempo, se decide en el presente, al cual condiciona el pasado. Como apunta Jaspers, «consciente de su libertad, el hombre quiere llegar a ser lo que puede y quiere ser»⁴⁷.

Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita vocación personal, debemos valorar, es decir, precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestra cotidiano existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. La vivencia de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. El proyecto de vida no es concebible sin una vivencia axiológica de parte del sujeto.

Una vez que, por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial. Al mencionar «medios» nos referimos, en general, a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, para convertir en acciones o conductas el proyecto existencial. Entre estos instrumentos

⁴⁷ JASPERS, Karl, *La fe filosófica*, p. 60.

contamos con nuestro cuerpo o soma, nuestra psique, los «otros», las cosas del mundo. Todo ello, en una u otra medida o manera, contribuye ya sea a la realización exitosa del proyecto de vida o a su fracaso, a su destrucción, a su frustración. La vida, bien lo sabemos por experiencia, está llena de gratificantes realizaciones pero, también, de traumáticas frustraciones.

La libertad, en sí misma, se juega entera en la decisión del proyecto. Su actuación, en cambio, significa su expresión fenoménica, cuya realización o frustración depende de las posibilidades de cada cual, condicionadas por los medios o instrumentos con que cuenta para conseguir este fin.

Para lograr la efectiva realización de nuestro proyecto de vida se requiere contar con posibilidades, empeño, perseverancia, energía, constancia, coraje. De esto somos conscientes, porque son muchos y muy variados los obstáculos que debemos vencer o ante los cuales habremos de sucumbir en la persecución de este propósito. Por eso, como lo recalca Mounier, es del caso recordar que la vida es una guerra civil consigo mismo. La realización del proyecto es una conquista. Es el resultado de una lucha permanente y cotidiana contra los condicionamientos que agobian a la persona. Como expresa Mounier, «hay en mi libertad un peso múltiple, el que viene de mí mismo, de mi ser particular que la limita, y el que le llega del mundo, de las necesidades que la constriñen y de los valores que la urgen»⁴⁸. Es decir, como señala el propio Mounier «la libertad se gana contra los determinismos naturales, se conquista sobre ellos, pero con ellos»⁴⁹.

Pues bien, después de lo expuesto cabe preguntarse, una vez más, si existe un «proyecto de vida». Por nuestra parte, desde antiguo, estamos convencidos de ello porque, fundamentalmente, tenemos experiencia de nuestra libertad y de nuestra temporalidad, de la vivencia de valores y, por consiguiente, de la formulación de proyectos. Es decir, somos conscientes, de acuerdo con nuestra inclinación vocacional, de lo que hemos elegido realizar en la vida para otorgarle a ésta un sentido, para dignificarla, para encontrar una razón al vivir. Lo que no es poco, si apreciamos en todo su valor y significación el precioso don de la vida.

Somos también generalmente conscientes de nuestras realizaciones, de su ocasional plenitud o de sus frecuentes limitaciones. Pero también se hacen patentes nuestras frustraciones, nuestros fracasos. Tratamos, a

⁴⁸ MOUNIER, Emmanuel, *El personalismo*, p. 36.

⁴⁹ MOUNIER, Emmanuel, *ibidem*.

menudo, de indagar por los condicionamientos, endógenos o exógenos, que han gravitado en nuestros éxitos y, con mayor razón, por aquellos que determinaron nuestras frustraciones.

Después de lo hasta aquí expresado es lícito preguntarse si será posible causar un daño de tal magnitud que frustre nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. El mayor conocimiento que en la actualidad se tiene de lo que significa el ser humano, de lo que constituye su estructura, así como de lo que surge de la experiencia del puro vivir, hacen posible una respuesta afirmativa. De ello estamos plenamente convencidos y deseáramos, por consiguiente, contribuir con estas modestas y embrionarias reflexiones a fin de que quienes aún no comparten estas experiencias nos acompañen, en algún momento, en la tarea de precisar los alcances y la importancia de una protección plena e integral del ser humano en todo lo que él significa y representa.

b. El proyecto y los proyectos

Cabe distinguir entre el «proyecto de vida», en singular, y los «proyectos de vida», en plural. Si bien el hombre vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de entre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida. Nos referimos, en este caso, al «proyecto de vida» que es, por lo demás, el que nos interesa y al cual venimos refiriéndonos en el presente trabajo. Obviamente, es posible que al lado de este proyecto de vida pueda existir otro que también adquiere para el ser humano una especial trascendencia.

El daño al proyecto de vida acarrea como consecuencia un colapso psicosomático de tal magnitud para el sujeto –para cierto sujeto– que afecta su libertad, que lo frustra. El impacto psicosomático debe ser de una envergadura tal que el sujeto experimente un «vacío existencial». En esta situación, el ser humano se enfrenta a la nada al perder su vida su rumbo axiológico. Recogiendo una expresión de Milmaiene, «el desconsuelo invade a un hombre que pierde la fuente de gratificación y el cam-

⁵⁰ MILMAIENE, José E., «*El daño psíquico*» en *Los nuevos daños*, p. 71. Es conveniente aclarar, sin embargo, que el autor no distingue el daño al proyecto de vida, a pesar que lo describe con acierto, del daño psíquico al cual hace específica referencia.

po de despliegue de su apuesta vital». Como el autor lo expresa con precisión, en el daño al proyecto de vida el impacto psicosomático es tan fuerte que ataca «el núcleo existencial del sujeto, sin el cual nada tiene sentido»⁵⁰. El vacío existencial es el resultado de la pérdida de sentido que sufre la existencia humana como consecuencia de un daño a su proyecto de vida.

El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño psicosomático, ya que no es posible dañar «directamente» aquello de lo que se tiene «experiencia» pero que carece de «ubicación» en tanto se trata del ser mismo del hombre. Si el colapso es de una magnitud tal que sume al sujeto en un estado de pérdida de consciencia, que metafóricamente se suele describir y conocer como «vegetativo», es decir, de imposibilidad de comunicación, si bien no se aniquila la libertad en sí misma –lo que sólo sería posible con la muerte– se está, de hecho, anulando su capacidad de decisión. Si el daño, en cambio, es de un grado inferior en lo que se refiere a sus consecuencias, si bien no se anula la capacidad de decisión, se infiere al sujeto un daño que incide decisivamente en su posibilidad de «realizar» una decisión libre, de actuar un proyecto de vida. En este sentido, el daño al proyecto de vida compromete, seria y profundamente, la libertad del sujeto a ser «él mismo» y no «otro», afectándolo en aquello que hemos denominado su identidad dinámica, es decir, el despliegue de su personalidad⁵¹.

Al lado del mencionado «proyecto de vida», el ser humano está constantemente elaborando una pluralidad de proyectos sobre su cotidiano existir. Estos no comprometen el destino mismo del ser humano ni el sentido de su vida. Ellos carecen de la trascendencia del singular «proyecto de vida» en cuanto, de frustrarse, no afectan el núcleo existencial del sujeto. En estas situaciones no se producen, por consiguiente, los devastadores efectos del daño al singular «proyecto de vida», los que sí truncan, de raíz, el periplo vital del sujeto. Sus consecuencias signan para siempre la vida de la persona. Los daños que pueden producir estas frustraciones ante decisiones libres que no comprometen el núcleo existencial del sujeto, pueden traducirse en consecuencias psíquicas de diversa medida y magnitud.

Es de advertir, por lo demás, que muchos proyectos que tienen que ver con la actividad cotidiana del sujeto, son repeticiones de alguno que en cierto momento fue original. Responden, por ello, a la habitualidad,

⁵¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113 y ss.

por lo que el sujeto, muchas veces, no tiene conciencia de su libre decisión.

El daño al proyecto de vida, que tiene como causa u origen un daño psicossomático, bloquea, como apunta Milmaiene, «el logro de ansiadas metas u objetivos vitales, relacionados con fuertes ideales...». Lo que importa en este caso, como señala el autor, es «un hecho traumático en situación, relacionado con los valores, las metas y los ideales de un sujeto particular»⁵². Es decir, un daño que incide en el ámbito axiológico, que tiene como consecuencia una pérdida del sentido de la vida. En síntesis, se trata de lo que designamos como un daño al «proyecto de vida».

c. Daño al proyecto de vida y daño psíquico

Milmaiene no llega a distinguir, sin embargo, entre la lesión psicossomática, en sí misma, y aquella que, por su magnitud, puede originar en última instancia, en un caso límite, un daño al proyecto de vida. Es así que, a pesar de la exactitud de su descripción de las consecuencias que acarrea el daño a la persona no logra identificarlo como tal. En efecto, considera que existe una lesión psíquica que, en sus propias palabras, afecta «el núcleo existencial» mismo del sujeto. Es decir, se trata de un daño de tal magnitud que compromete no sólo la estructura psicossomática de la persona sino, como lo indica el propio autor, incide sobre el núcleo existencial. No se trata, por consiguiente, de una alteración o modificación patológica cualquiera del aparato psíquico. El daño a la persona es aquella lesión que trastoca el sentido existencial de la persona, que compromete su propio ser. En otros términos, lo que nosotros denominamos como «daño al proyecto de vida», resulta ser para Milmaiene tan sólo un daño psíquico de «la mayor importancia» o «un serio daño psíquico»⁵³.

El autor no parece haber percibido, a pesar de que su descripción de las consecuencias del daño al proyecto de vida son exactas, la diferencia de grado que existe entre el «daño psíquico», cualquiera sea su magnitud y que es siempre el antecedente del «daño al proyecto de vida», de este último. Las consecuencias que cada uno de tales daños generan en la vida del sujeto, tal como se advierte, son distintas. En un caso, como

⁵² MILMAIENE José E., «El daño psíquico», en *Los nuevos daños*, pp. 70 y 71.

⁵³ MILMAIENE, José E., *ibidem*. p. 70.

se ha subrayado, se produce tan sólo una alteración o modificación patológica del aparato psíquico, mientras que en el daño al proyecto de vida se trunca, de raíz, el sentido valioso de la vida.

En síntesis, no podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas –lesiones de todo tipo– y efectos en su salud –es decir, en el bienestar integral–, con el daño a la libertad misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su «proyecto de vida».

d. Sintomatología del daño al proyecto de vida

El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única «manera de ser». No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital. Como anota De Cupis, el daño futuro es «aquel que si bien hasta entonces no ha nacido, es cierto que aparece en el futuro»⁵⁴. En este mismo sentido Zannoni considera que daño futuro «es aquel que todavía no ha existido, pero que ciertamente ha de existir, luego de la sentencia»⁵⁵.

El daño futuro suele presentarse bajo dos modalidades. En una primera hipótesis se advierten consecuencias dañosas de un evento que ya ocurrió –es, decir, de un daño actual–, que no ha dejado de ponerse de manifiesto, de evidenciarse. De conformidad con el curso de los acontecimientos estas consecuencias se prolongarán en el tiempo, pudiendo aun agravarse. Se trata de un daño continuado o sucesivo.

⁵⁴ DE CUPIS, Adriano, *El daño*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 320 y 324,

⁵⁵ ZANNONI, Eduardo, *Responsabilidad por daños*, Astrea, Buenos Aires, 1882, p. 43.

En el segundo caso, el daño futuro no se presenta como la prolongación de un daño actual, sino que las consecuencias se han de evidenciar después de la sentencia judicial.

En ambas situaciones se trata de un daño futuro—cierto que debe ser reparado en tanto que su materialización sea verosímil, «que brinde una seguridad fundada en la razonable probabilidad objetiva de concretarse el perjuicio»⁵⁶.

El daño al proyecto de vida no implica certeza, en sentido estricto. Pero, no cabe duda que por su importancia existencial, es previsible que, una vez producido, sus consecuencias se prolonguen en el tiempo según las circunstancias del caso y la experiencia de vida. Es obvio que la vida de un ser humano afectado en su libertad, en su núcleo existencial, no será la misma en el futuro. Corresponderá al juez, con fina sensibilidad, con una recreación valiosa del caso, percibir la existencia y magnitud del daño al proyecto de vida.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal. Cada ser humano vive «según» y «para» su proyecto existencial. Trata de realizarlo, de concretarlo, de convertirlo en una «manera de vivir», en su cardinal modo de existir.

Es esta la trascendencia, aún indebidamente valorada, que acarrea el daño al proyecto de vida. Sólo en tiempos recientes, por acción del personalismo, se ha logrado conocer mejor y, por ende, revalorizar al ser humano. Por ello, es que también sólo en estos tiempos sea posible empezar a comprender el tremendo significado que para la persona adquiere el daño al proyecto de vida. Seguir ignorándolo significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el «valor de la vida humana».

e. Consecuencias del daño al proyecto de vida

Solemos utilizar un ejemplo, del cual hemos echado mano en otra oportu-

⁵⁶ STIGLITZ, Rubén y STIGLITZ, Gabriel, *Seguro contra la responsabilidad civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, p. 233.

tunidad, para explicar como es posible causar un daño al proyecto de vida. Es decir, a la expresión fenoménica de mi libertad hecha acto. Se trata del caso de un pianista por vocación, profesional, entregado por entero a su arte, cuya vida adquiere sentido vivenciando intensamente valores estéticos, cuya concreción se aprecia a través de la ejecución musical. Este pianista, a raíz de un accidente automovilístico, pierde algunos dedos de ambas manos.

Cualquier observador podrá comprobar que se ha producido un daño a un ser humano. Advierte también que este daño a la persona tiene múltiples consecuencias, unas personales o no patrimoniales y otras no personales o patrimoniales. Se trata, sin duda, de un grave infortunio. Por lo expuesto, podemos afirmar, sin ningún titubeo, que nos encontramos frente a un daño a la persona. El pianista no es una «cosa». Su peculiar naturaleza es la de ser un ser humano «pianista», libre y temporal.

Si analizamos los daños producidos en el caso del ejemplo propuesto encontramos, en primer lugar, que al pianista se le ha causado un evidente daño emergente que hay que indemnizar. La víctima ha sido internada en un centro hospitalario. Se deben, por consiguiente, cubrir los gastos derivados de su internamiento, los honorarios médicos, el costo de las medicinas empleadas, entre otras consecuencias. Pero, también, debe atenderse el lucro cesante, ya que el pianista acredita que tenía pendientes de ejecutar cinco conciertos, lo que supone una significativa suma de dinero que dejaría ciertamente de percibir. Estas serían algunas de las consecuencias patrimoniales o no personales del daño a la persona, fáciles de comprobar e indemnizar.

Pero, simultáneamente, el daño a la persona ha generado daños personales o no patrimoniales como es el caso del daño biológico, consistente en las lesiones causadas, consideradas en sí mismas y que serán valorizadas por los médicos legistas a la luz de los baremos o tablas de infortunios, si los hubiere, o atendiendo a la equidad, inspirada en la jurisprudencia. Se trata de lesiones físicas y, además, de alteraciones psíquicas. Y, al lado de este daño biológico, de carácter psicosomático, se ha producido un inevitable daño a la salud que compromete, en algún grado, el bienestar integral del sujeto, el mismo que debe también ser apreciado equitativamente por el juez a la luz de los informes de los médicos legistas.

Pero, además de los daños no patrimoniales antes referidos, se ha inferido a la persona un daño radical, que incide en el sentido mismo de su vida. Se ha frustrado su proyecto de vida, que consistía, única y exclusivamente, en «ser» pianista. El ser pianista otorgaba razón a su vida,

sentido a su existencia, lo identificaba en la vida social a tal punto que cuando la gente lo ubicaba en un lugar público señalaba que se trataba de «un pianista».

No se puede reducir conceptualmente el daño al proyecto de vida con un daño a la estructura psicosomática del sujeto. Es obvio que para que exista un daño que incida en la libertad es necesario que se produzca, necesariamente, un daño biológico y un daño a la salud. Es decir, tenemos que hallarnos frente a lesiones o heridas producidas en el soma o cuerpo y en el aparato psíquico. Pero el daño al proyecto de vida, cuando aparece, trasciende este daño psicosomático para comprometer, como se ha insistido, el sentido mismo de la vida del sujeto. En el caso propuesto el daño biológico está dado por la lesión consistente en la pérdida de algunos dedos de la mano. Pero esta lesión, en el caso del pianista, compromete su futuro, le sustrae el sentido a su existencia, lo afecta en su núcleo existencial. Es decir, encontrarse en el futuro impedido de ser lo que era: «un pianista».

La pérdida de los dedos de la mano de un pianista o de un cirujano, la pérdida de las piernas de un deportista o un vendedor ambulante, o la desfiguración del rostro de un artista o de una modelo, no acarrea tan sólo un daño psicosomático. El daño reviste, en estos casos, una significación más profunda, una trascendental importancia. Como apunta Milmaiene, en estos casos «se anula todo proyecto de futuro», por lo que «nada de lo que se le propone como compensación puede restituir la autoestima herida», debida a la «pérdida de placer vital que genera el impedimento laboral, artístico o profesional»⁵⁷. No podemos olvidar que el trabajo, en cualquiera de sus múltiples manifestaciones, no sólo es el modo como el ser humano se inserta en la comunidad y presta un servicio, sino que, además, el trabajo libremente escogido supone su realización existencial.

¿Qué hará el pianista con su vida una vez que ella perdió su sentido? ¿Logrará superar tan enorme frustración? ¿Tendrá la fuerza suficiente, la necesaria y no común reserva moral, para encontrar una nueva razón para continuar viviendo? ¿Sucumbirá ante el devastador daño o, por el contrario, se sobrepondrá a su catástrofe personal? ¿Será capaz de llenar su vacío existencial, que es la mayor consecuencia de la frustración de su proyecto personal? Estas son algunas de las múltiples interrogantes que pueden formularse al contemplar el abatimiento existencial de un ser humano que se enfrenta a la frustración de su proyecto de vida generado

⁵⁷ MILMAIENE José E., «El daño psíquico» en *Los nuevos daños*, p. 71.

por un daño a su persona. De una frustración que es de tal magnitud que le sustrae, nada menos, el sentido valioso de su vida.

Milmaiene se pregunta, con razón, frente al grave infortunio que significa el daño al proyecto de vida generado por la pérdida de los dedos de la mano para un cirujano o para un artista, sobre cuál puede ser el destino de un actor que no puede seguir actuando, o la de un cirujano que no puede continuar operando, cuando cada uno de ellos había encontrado en su práctica profesional un sentido para vivir, haciendo de ella una causa⁵⁸. Es un caso en el cual, a partir de un daño psicosomático, el daño es más profundo, lo sobrepuja, ataca el núcleo existencial del ser humano, por lo que ya no se puede seguir refiriéndose a un daño psíquico, sino que, por su devastadora magnitud, por el colapso existencial que significa, debemos aludir a un daño al «proyecto de vida».

La frustración puede adquirir considerable magnitud, mientras que la reserva moral y humana del sujeto víctima del daño al proyecto de vida puede ser, por contraste, deficitaria, endeble, pobre. De ser así, la pérdida de los valores que daban sentido a su vida puede ocasionar un vacío existencial, de tales proporciones, que resulta imposible o difícil de llenar. Frente a este vacío existencial, enfrentado a la nada, el sujeto puede optar, en un caso límite, por el suicidio. Se trata de un drama existencial que no podemos soslayar.

En otra hipótesis, la víctima del daño al proyecto de vida puede buscar la manera de evadirse de una realidad que ya no le es propicia, en la que no ha estado acostumbrado a convivir, en la que ha perdido, en gran medida, su propia identidad, en la que ya no puede seguir vivenciando los valores que respondían a su personal vocación. Esta evasión podría conducir a la persona a refugiarse en alguna grave adicción, como serían las drogas o el alcohol. Ello significa el derrumbe de su personalidad, su degradación como persona.

Debe señalarse que la frustración del proyecto de vida del sujeto es siempre proporcional al interés e intensidad con que cada sujeto asume una posición existencial. Así, como acota Milmaiene, «para algunos todo lo que afecta el plano laboral puede ser determinante, así como para otros sólo cuentan los fracasos económicos, o bien para terceros lo esencial es la preservación de la integridad del plano afectivo»⁵⁹.

En la mejor de las hipótesis, las consecuencias del daño al proyecto de vida lograrán sobrellevarse de algún modo si el sujeto tiene otros va-

⁵⁸ MILMAIENE, José E., *ibidem*. p. 71.

⁵⁹ MILMAIENE, José E., *ibidem*. p. 71.

lores, de parecida, igual o mayor importancia, cuya vivencia le otorguen a su vida un nuevo sentido, que podría, de alguna manera, sustituir al que parecía haber perdido. Podría ser el caso de un ser humano de extraordinaria fortaleza moral, de coraje, de un impresionante deseo de vivir, de una honda vocación de servicio a los demás. Tal vez en el servicio al prójimo, si el sujeto es solidario, podría, de superar su trauma existencial, encontrar la nueva razón de su vida.

No puede descartarse, sin embargo, el que existan situaciones en las que se atenúan y hasta casi pueden no presentarse consecuencias de magnitud en lo que concierne a un daño al proyecto de vida. Nos referimos a casos en los cuales las personas carecen de un proyecto de vida suficientemente definido, bien delineado, vigoroso. Es decir, de un proyecto que no emerge de decisiones firmes, de profundas convicciones personales, de intensas vocaciones. Se trataría, en esta hipótesis, de un sujeto desorientado, inseguro, que no posee un proyecto marcado por una connotación personal, de perfiles poco nítidos, donde no se advierten con claridad los valores que el sujeto ha decidido vivenciar y que, de hecho, vivencia.

En el caso mencionado en el párrafo anterior estamos frente a un sujeto que no vivencia, con intensidad y convicción, casi con pasión, un determinado proyecto de vida. Ello no significa, en última instancia que el sujeto carezca en absoluto de un proyecto de vida, ya que ello no sería posible dada su naturaleza de ser libre y temporal. Se trataría de personas vocacionalmente desorientadas, que no perciben con nitidez sus propios fines por lo que no se han propuesto un definido proyecto de vida. El proyecto puede aparecer incierto, cambiante, carente de fuerza vital. Es evidente que en estas particulares circunstancias, que generalmente son fácilmente perceptibles por el juez y, con mayor razón, por los expertos, las consecuencias derivadas del daño al proyecto de vida son irrelevantes o de escasa magnitud.

Podemos asistir a otra situación en la que el sujeto tiene un proyecto de vida, libremente elegido, pero que no ha sido capaz o no ha podido realizarlo. El proyecto existe, pero no se ha cumplido. Quedó a nivel de decisión. En esta hipótesis no podríamos referirnos válidamente a la presencia de un daño al proyecto de vida en la medida que él no es visible, que no se ha convertido en actividades cotidianas del sujeto. Sin embargo, cabe argumentar que esta persona puede intentar, nuevamente, llevar adelante su proyecto de vida, por lo que el daño producido trunca cualquier expectativa de futura realización personal. Es decir, que si bien no existe un proyecto en plena realización, nos hallamos ante una incumplida libre decisión personal, pero abierta al futuro.

Es dable plantear un hecho que frecuentemente no resulta suficientemente claro. Nos referimos al caso de las incapacidades permanentes de carácter somático, las mismas que no siempre y necesariamente traen como consecuencia la frustración del proyecto de vida, sino sólo acarrean ostensibles y perjudiciales limitaciones en relación con otras actividades que no corresponden o no afectan el núcleo de su proyecto de vida. Podría ser el caso de un pianista que pierde alguna parte o función de su cuerpo, lo que no le impide continuar con su proyecto existencial no obstante causarle serias y graves limitaciones en la realización normal de su vida.

Somos conscientes de las dificultades por las que podría atravesar el juez para determinar la magnitud de un daño al proyecto de vida de la persona, de cada persona en particular, así como las que se presentan en el momento de fijar una adecuada reparación. Este constituye probablemente un problema imposible de resolver con exactitud matemática, situación que se agrava dadas tanto las características propias de cada ser humano como la importancia que para él comporta su proyecto de vida. Sin embargo, la indudable existencia de estas dificultades no pueden conducir a soslayar o a ignorar la importancia y las graves repercusiones que genera el daño al proyecto de vida y a negar, por consiguiente, su reparación.

Por el contrario, conscientes del valor de la vida humana y de su connatural dignidad estimamos que, cuando sea posible y evidente, se repare de modo equitativo, de acuerdo a las circunstancias y frente al caso concreto, las consecuencias del daño al proyecto de vida. Las dificultades para su reparación, que pueden presentarse ya sea en el diagnóstico de la existencia de un daño a la persona o a través de los obstáculos que pueden surgir cuando se pretende precisar sus alcances y consecuencias en la vida de un determinado ser humano, no pueden justificar, en ningún caso, que la víctima no reciba la equitativa reparación por el daño realmente sufrido. Ello, en última instancia, depende de la sensibilidad y preparación del juez para captar, con la finura de análisis que se requiere, este específico daño y sus consecuencias en cada uno de los casos que sean sometidos a su conocimiento.

En síntesis, para la apreciación del daño y sus consecuencias tanto en el caso del daño al proyecto de vida como también en el daño psíquico, «las generalizaciones o universalizaciones no tienen cabida, dado que un hecho que puede resultar catastrófico para una persona, no tiene ningún valor para otra y viceversa»⁶⁰. Esta situación corrobora la particular dig-

⁶⁰ MILMAIENE, José E., *ibidem*. p. 71.

nidad del ser humano, que se sustenta en que cada uno, por ser libre, tiene una propia identidad, lo que hace que sobre una base de igualdad del género humano, cada persona esté dotada de una especial personalidad, de una particular sensibilidad para vivenciar valores. El ser humano es único, singular, irrepetible, no estandarizado, impredecible, dinámico, histórico. Todas estas connotaciones obligan al juez, dejando de lado las técnicas para la apreciación y cuantificación de los daños patrimoniales, tratar cada caso de daño al proyecto de vida como «el caso» y no como «un caso más». Esta característica del ser humano complica la apreciación y las consecuencias del daño al proyecto de vida.

f.- Daño al proyecto de vida y daño moral

Por todo lo expuesto, no es posible confundir el llamado «daño moral» que, como lo hemos expresado, incide sobre la esfera afectiva del sujeto, del trascendente «daño al proyecto de vida» que afecta el sentido mismo de la existencia, tal como lo hemos intentado describir en precedencia.

Las consecuencias del daño moral, que hieren los sentimientos y los afectos de la persona, por hondas que puedan ser, no suelen acompañar al sujeto, al menos con la intensidad inicial, durante su transcurrir vital. La tendencia general es que dichas consecuencias, los dolores o sufrimientos, suelen disiparse, disminuir o atenuarse con el pasar del tiempo. Así, un profundo y explicable dolor experimentado por la muerte de un ser querido es muy intenso en un primer momento pero, poco a poco, va diluyéndose, transformándose en otros sentimientos y afectos. Muchas veces el dolor inicial se convierte, con el transcurso del tiempo, en un sentimiento duradero de orgullo por la calidad humana del que ya no nos acompaña en la ruta de la vida, o en uno de gratitud para con el ser querido que dejó de existir por lo mucho que de él recibimos mientras estuvo con nosotros. Más que con dolor, muchas veces evocamos con ternura, nostalgia y afecto la memoria de quien nos abandonó. Con frecuencia, el sufrimiento que experimentamos en el pasado se transforma en una remembranza de sus cualidades personales y, al considerarlo como un paradigma, tratamos de seguir su ejemplo.

En cambio, en el supuesto del daño al proyecto de vida la situación es diferente. Se trata de un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su

propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud. Es, pues, imposible confundir las consecuencias, a menudo devastadoras del daño al proyecto de vida, con aquellas otras, de naturaleza afectiva, que son constitutivas del daño moral.

5. Protección jurídica del proyecto de vida

Como muy bien se prescribe en el artículo 1549 del Proyecto de Reforma del Código Civil argentino, formulado por la Comisión designada por el Poder Ejecutivo, «la violación del deber de no dañar» genera la obligación de reparar el daño causado conforme a las disposiciones del Código. Constituye, a nuestro entender, un acierto legislativo recordar que todo ser humano no sólo posee derechos, como supone el individualismo exacerbado, sino que tiene, aparte de una infinitud de deberes que derivan de cada uno de sus derechos, un deber genérico consistente en «no dañar». Bastaría este simple enunciado para que, a partir de él, los jueces tutelaran cualquier tipo de daños que pudiera sufrir el sujeto en su persona o en sus bienes o en los de la comunidad. El deber de no dañar, por lo demás, da cuenta de la dimensión coexistencial o intersubjetiva del Derecho.

El principio de *non laedere* cubre, por consiguiente al ser humano entendido como una unidad existencial y lo protege, por ende, de modo integral y preventivo. No es necesario mencionar o inventariar o hacer un catálogo de todos los múltiples derechos e intereses del ser humano que merecen específica tutela jurídica. Como algunos autores sostienen fundándose en esta realidad, existe un sólo derecho de la persona que se sustenta en su propia dignidad de ser libre y temporal y en el consiguiente deber de los demás de respetar esta peculiar condición.

Esta posición va adquiriendo paulatina importancia en nuestros días, ya que se tiende a variar los tradicionales alcances del «derecho subjetivo» a fin de sustraerle toda connotación absolutista. Ello ha dado lugar, atendiendo a la realidad del sujeto como un ente libre pero al mismo tiempo coexistencial, que todo derecho supone un correlativo deber y que, a su vez, todo deber conlleva un derecho. Es decir, se ha logrado superar el concepto tradicional de derecho subjetivo sustituyéndolo por el de «situación jurídica subjetiva», el mismo que denota esta nueva noción de amplios alcances⁶¹. La «situación jurídica subjetiva» da cuenta de la realidad coexistencial del Derecho.

⁶¹ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Abuso del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 54 y ss.

Pero, además y como es lógico, las modernas constituciones y ciertos códigos civiles incluyen normas que protegen la libertad del ser humano o su «libre desarrollo» o el «libre desenvolvimiento de su personalidad».

Así, la Constitución Política del Perú de 1993 prescribe en el inciso 1 de su artículo 2º que toda persona tiene derecho a «su libre desarrollo». Es decir, se tutela la actuación fenoménica de la libertad, cuya máxima expresión, que duda cabe, es el singular «proyecto de vida». Este derecho encuentra también su amparo en el Código Civil de 1984, en el cual el artículo 5º tutela expresamente «la libertad» del ser humano. Es decir, la libertad que sustenta su actuación proyectiva.

Por su parte, el artículo 2º de la Constitución italiana de 1947 protege «los derechos inviolables del hombre», mientras que la Constitución española de 1978 es más explícita cuando, en su artículo 10º, considera que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

El artículo 5º de la Constitución colombiana de 1991 establece que «el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona» y, en su artículo 16º, prescribe que «todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico».

Como se desprende de los casos emblemáticos antes citados los ordenamientos jurídicos protegen genéricamente los derechos inviolables del hombre, inherentes a su propio ser o, expresamente, tutelan la libertad o su libre desarrollo o el libre desenvolvimiento de la personalidad. Es decir, bajo diversas fórmulas, se protege la libertad, en sí misma, y su actuación o expresión fenoménica, cuyo máximo exponente es el **proyecto de vida**.

6. Corolario

Al concluir esta propuesta, este manojo de reflexiones y sugerencias que fluyen de la observación de la vida misma y de nuestra experiencia existencial, desearíamos reafirmar, una vez más, que todo ello ha sido posible a partir de los hallazgos y aportes del personalismo jurídico que, en tiempos recientes, ha reivindicado para el derecho el valor de la vida humana. De igual manera, quisiéramos recordar, con Busnelli, que la laboriosa y controvertida elaboración de una noción comprensiva del

daño a la persona, que incluye los matices que hemos señalado y que resultan de la compleja y rica estructura psicosomática del ser humano, tiene un profundo significado en la medida que representa una triple conquista del derecho contemporáneo⁶².

La primera de ellas, de enorme trascendencia, es el que tanto la doctrina como la jurisprudencia comparadas han abandonado en la última década el criterio que tenía exclusivamente en consideración el aspecto económico de la vida humana para los efectos de la reparación del daño a la persona. Esta miope actitud había arrastrado al derecho a un tratamiento decididamente materialista de la vida humana. Haber superado esta posición resulta ser una evidente conquista. Se ha dejado atrás la concepción del *homo faber*, del hombre productor de renta, para sustituirla por otra en la que el ser humano, cualquier ser humano, al tener pareja dignidad, merece, por consiguiente, la plena protección del Derecho.

No podrá seguir considerándose en el futuro que existen seres humanos de primera categoría, privilegiados sólo por producir riqueza, con menoscabo de aquellos otros, tenidos como de segunda categoría, por el simple hecho que, por circunstancias generalmente ajenas a su voluntad, no cumplan este específico rol social. No es posible que, bajo un estrecho criterio economicista, se marginase y se desamparase a los niños, a los ancianos, a los desocupados, a las amas de casa, a los incapacitados. Según esta óptica materialista no cabía reparar los daños que se causasen a estos sujetos, tenidos como verdaderos parias del derecho.

Una segunda conquista, al decir del propio Busnelli, es aquella de haber logrado diseñar una noción de daño a la persona, lo suficientemente amplia, que pueda cubrir una infinidad de posibles daños y obtener su casi general reconocimiento jurisprudencial y doctrinario, lo que no ha sido nada fácil si se tiene en cuenta la evolución conceptual del daño a la persona. Conquista que ha llegado a plasmarse, inclusive, en algún código civil contemporáneo, nativo de nuestro subcontinente latinoamericano, donde se acoge el deber de reparar el daño a la persona sin limitación alguna.

Finalmente, una tercera conquista es la de haber comprometido en el estudio y diseño del daño a la persona y de su consiguiente reparación no sólo a juristas sino a médicos legistas, economistas, psicólogos, aseguradores, expertos en cálculos actuariales, entre otros. Es decir, en el

⁶² BUSNELLI, Francesco D., «*Considerazioni conclusive sulla Prima Giornata*» en *Giornate di studio sul danno alla salute*, Cedam, Padova, 1990, p. 325 y ss.

análisis del daño la persona ha convocado a equipos interdisciplinarios, lo que permite un mejor, más amplio y más fino tratamiento del tema que nos preocupa.

No está dicha, aún, la última palabra en lo que concierne al daño a la persona y, en especial, en lo que atañe al novísimo daño al proyecto de vida. De otro lado, no se ha esclarecido aún, de modo definitivo, para un sector de la doctrina, los linderos conceptuales entre el genérico daño a la persona y el específico daño moral. Se requiere todavía de un período de sedimentación de las ideas expuestas, de su debida evaluación.

Todo lo expuesto nos permite comprobar que todavía nos hallamos inmersos en un proceso de afinamiento y profundización constante de dichas nociones, sobre todo en lo que se refiere a la debida valorización y liquidación del daño a la persona en cualquiera de sus aspectos. Demostrativo de este proceso es, sin duda, el importante desarrollo que se observa, en cuanto al daño a la persona, en los más recientes pronunciamientos judiciales, así como los numerosos congresos internacionales que se ocupan del tema y la cada vez más abundante literatura jurídica que enriquece nuestro conocimiento de la materia. Se ha logrado, así, un relativo avance como es el de sensibilizar a los hombres de derecho en torno a la gravitación jurídica del daño a la persona y, en especial, del daño al proyecto de vida, así como sobre la exigencia en cuanto a su justa reparación. Resta, sin embargo, que un todavía significativo sector de la doctrina logre compenetrarse con estos nuevos planteamientos de inspiración humanista. Estamos convencidos que ello sucederá en los próximos años como natural producto de la madura reflexión de las ideas propuestas por el personalismo jurídico. En esta dirección, no obstante los múltiples tropiezos que se advierten, se mueve la historia.

América Latina y los orígenes de la lógica jurídica *

Domingo GARCÍA BELAUNDE

El tema que aquí se pretende desarrollar es extenso y problemático. A tal extremo que, existiendo numerosas investigaciones puntuales, no hay, hasta donde alcanza mi información, un tratamiento que abarque la problemática en su integridad. De ahí mi interés en hacer una aproximación global, necesariamente sumaria, que sirva de marco introductorio al estudio de la lógica jurídica en nuestra América, en su fase inicial. Y esto requiere algunas concesiones a favor del lector no especialista. Con estas aclaraciones, daremos curso a nuestro planteo.

1. Lógica y lógica jurídica

Como se sabe, la lógica encuentra su punto de partida en Aristóteles, que él no llamó así, sino *Analítica*, y que desarrolló en un libro que luego se conoció como *Organon*. Por cierto, esto no quiere decir que antes del Estagirita no existiese especulación lógica. Pero en términos generales, a él se le reconoce como el padre de la lógica, y así lo entendemos aquí.

A partir de él, se inicia un largo período en el cual su influencia va a ser definitiva. Lo que no significa que no existiesen con posterioridad, avances e investigaciones notables (como es el caso de la Stoa). Pero lo cierto es que la lógica aristotélica tendrá una influencia decisiva, y así hasta Kant, que no vaciló en declararla como una ciencia acabada, es decir, perfecta, pues no sólo no había avanzado un sólo paso, sino que ya no avanzaría uno más. La enfática declaración de Kant era válida en su

* Ponencia presentada a la Sociedad Peruana de Filosofía.

momento y el pensador de Köenisberg no podía imaginar que otros antes que él, como Leibniz, habían hecho avances notables. Pero las aportaciones de Leibniz permanecieron inéditas y sin explorar, por lo que el nuevo giro de la lógica se dará recién en el siglo XIX, en especial con la obra de Boole, De Morgan y Frege.

Por tanto, podemos decir que, en cierto sentido, las cosas cambian en el siglo XIX. Por tal motivo, se acostumbra clasificar a la lógica en:

- a) tradicional, que va desde Aristóteles hasta el siglo XIX, y ,
- b) clásica, desde el siglo XIX hasta nuestros días.

Si esto lo conectamos con el derecho, vemos que el pensamiento lógico siempre estuvo cerca del mundo jurídico. No son escasos los textos que tratan de lógica jurídica, desde los jurisconsultos romanos hasta los racionalistas del siglo XVIII. Por tanto, existiendo una lógica general, era fácil extenderla al análisis normativo, resultando así una lógica aplicada al derecho. Y así fue utilizada durante siglos.

Sin embargo, lo que hay que señalar es que la lógica actual, la que se cultiva hoy en día, no es la lógica tradicional, sino la lógica clásica, nacida en el siglo XIX. Esta lógica, que ha supuesto avances notables en un siglo, representa en sustancia, la utilización de la matemática para el análisis del raciocinio, y por eso, se le llama lógica matemática, lógica formal, logística o lógica simbólica (por utilizar una serie de símbolos, que son artificiales, y que en consecuencia, tienen un mayor grado de precisión). Por tanto, lo que interesa, hoy por hoy, es la lógica matemática, nacida con propiedad en el siglo XIX.

Conforme señalan gran cantidad de estudiosos, la relación entre lógica tradicional y lógica clásica es lineal, toda vez que la segunda no representa una negación de la primera, sino su superación en sentido hegeliano. Dicho en otras palabras, la lógica tradicional sigue siendo válida, pero se ha convertido en un capítulo muy pequeño de la lógica clásica.

A su vez, desde la década de los treinta de este siglo, y más en concreto, desde los cincuenta y a partir de la lógica clásica, se han desarrollado una serie de lógicas heterodoxas con respecto a aquella, que son conocidas como lógicas no clásicas. Esto es, lógicas que partiendo de la estructura de la lógica clásica, avanzan más allá, jugando con valores o modalidades distintas. Pero esto en fecha relativamente reciente, y desde el arsenal de la lógica clásica. O si se quiere, como variantes de ésta.

2. ¿Cuál de las lógicas jurídicas?

Como queda dicho, la utilización de la lógica tradicional en el derecho, fue frecuente. Pero esta lógica, siendo útil, fue poco desarrollada. Aún más, desde el siglo XIX es rebasada por la lógica clásica, que la asume, la supera y la proyecta en niveles superlativos.

Pero el hecho de que se haya desarrollado grandemente la lógica simbólica, no significa que ésta hubiese sido aplicada al derecho. Por el contrario, la lógica tradicional seguía utilizándose en el ambiente jurídico, y en realidad rendía sus frutos al jurista. Así, en muchas de nuestras latitudes, los juristas se esmeraban en aplicar la lógica tradicional, e incluso algunas variantes que surgían de la fenomenología husserliana. Y esto todavía se observa en determinados círculos académicos.

Sin embargo, la nueva lógica aplicada al derecho, se va a dar solamente en 1951, como lo demostraremos más adelante. Esto es, si bien la lógica tradicional existió desde Aristóteles y aún antes, y además los juristas la utilizaron (en el fondo, el *corpus juris civilis* trasunta una arquitectónica lógica), lo cierto es que cuando se desarrolla la lógica simbólica (es decir, la lógica clásica), los juristas no se dan por enterados y siguen usando la lógica tradicional. El encuentro ocurre en fecha muy posterior: en 1951.

Pues bien, en este año, se dió un notable evento cultural en el Perú, pues se llevó a cabo el Congreso Internacional de Filosofía, en la sede de la Universidad de San Marcos, precisamente para conmemorar el cuarto centenario de su fundación. Asistieron a ella filósofos notables, y también muy destacados filósofos del derecho latinoamericano, entre los cuales se encontraban dos grandes figuras: el mexicano Eduardo García Máynez y el argentino Carlos Cossio. Ellos coincidieron aquí con el lógico peruano Francisco Miró Quesada C.

3. El encuentro de 1951

El pensamiento de Kelsen era conocido muy ampliamente desde la década del treinta, en el ambiente jusfilosófico de habla castellana. Contribuyeron a ello las conocidas traducciones y estudios de Legaz Lacambra y Recaséns Siches. Luego se traduciría la *Teoría Pura del Derecho*, con prólogo de Carlos Cossio (en Buenos Aires y en 1941), en donde el famoso jusfilósofo argentino declaró que la Teoría Pura del Derecho, no era más que lógica jurídica formal, acorde con su especial configuración jusfilosófica. Esta tesis de Cossio, tuvo mucho predicamento en el mun-

do hispánico (España incluida), y llegó a oídos del propio Kelsen, quien desautorizó la especie. Aún más, Kelsen, en esa época, estaba convencido de que la única lógica existente y válida era la aristotélica. Por otro lado, otra gran figura jusfilosófica, Luis Recaséns Siches, con un pensamiento vitalista propio (influencias de la fenomenología y del vitalismo orteguiano), no tomó parte en la discusión, pero ella le serviría para desarrollar, a la altura de 1956, su lógica de lo razonable, que era algo al margen de la lógica de lo racional o simbólica.

Por su lado, Eduardo García Máynez había polemizado con Cossio años atrás, y se aprestaba a preparar su introducción a la lógica jurídica que publicaría ese mismo año. Otras importantes figuras en nuestro ámbito jusfilosófico, eran Llambías de Azevedo (que no se interesó por el tema); Jorge Millas, que algo conocía de la nueva lógica, pero que no publicaría nada hasta 1954 y en forma por demás esquemática. Y Miguel Reale, en el Brasil, que tenía otros derroteros, y que entonces no era conocido en los países de habla castellana.

Ese era el ambiente en América Latina en 1951. Veamos ahora que pasó en el Congreso.

4. Un planteamiento radical

En el referido Congreso, Miró Quesada presentó una ponencia que tituló **La lógica del deber ser y su eliminabilidad**, que circuló profusamente a mimeógrafo, y fue muy citada por varios autores, pero que sólo se publicó en letra de imprenta en 1972. El planteo de esta ponencia, era, en síntesis, el siguiente:

- i. La lógica jurídica, si existe, tiene que ser una teoría de la deducción;
- ii. Para hacer lo anterior, hay que aplicar la lógica simbólica al derecho positivo;
- iii. Esto no se ha hecho hasta ahora;
- iv. El primer problema grave que hay que dilucidar es el de las proposiciones, su significado, y su relación con las normas (de las que no cabe decir que sean verdaderas o falsas).

La tesis de Miró Quesada era radical, tal como fue sostenida en julio de 1951. Lo más curioso es que, a esa fecha, García Máynez tenía publicado un libro de introducción a la lógica jurídica y el mismo Cossio,

como fruto inicial de un seminario sobre lógica jurídica llevado a cabo en la Universidad de Buenos Aires, había dado a la estampa un ensayo sobre lo mismo.

Ahora bien, para hacer lógica jurídica –admitiendo que esto sea posible– era necesario tener dos condiciones:

- a) Saber lógica, y
- b) Saber derecho.

Kelsen no había hecho lógica jurídica porque no creía en ella, por lo menos, en aquel entonces. Los dos que habían intentado hacerlo, a ese momento, eran García Máynez y Carlos Cossio.

5. El intento de García Máynez

El libro de García Máynez había llegado a Lima cuando se inaugura el Congreso, motivo por el cual Miró Quesada lo cita en su ponencia. Se trata de un esfuerzo que, por cierto, era meritorio. Más aún si tenemos en cuenta que ese era sólo el primer jalón de una larga investigación. Pero en realidad, García Máynez, a esa época, no sabía lógica: por lo menos, no sabía lógica matemática. Si revisamos el libro ligeramente, nos podremos dar cuenta de que esto es así. Él mismo nos dice que toma como referencia el libro de Pfänder sobre *Lógica*, que tuvo gran influencia en la época. Aún más, visto a trasluz, el esquema de Pfänder es trasladado por García Máynez al derecho, y proyecta, sobre esa base, su producción futura.

Poco después, García Máynez se pone a estudiar lógica matemática, utilizando precisamente el manual de Miró Quesada –entre otros– y publica algo más sólido en 1953. Luego emprenderá la publicación de una impresionante trilogía: *Lógica del juicio jurídico* (1955), *Lógica del concepto jurídico* (1959) y *Lógica del raciocinio jurídico* (1964). Así, García Máynez cerró el ciclo y creó un verdadero sistema de lógica jurídica, si bien muy personal y además con poca influencia, ya que él no considera la deducción como básica de la lógica, sino sólo como uno de sus capítulos.

6. El intento de Cossio

Cossio fue, sin lugar a dudas, uno de los sorprendidos por los esquemas

que Miró Quesada dibujaba en la pizarra, durante una de las sesiones del Congreso. Es probable que eso le haya causado desazón. En todo caso, Cossio tenía una formación kantiana y sobre todo fenomenológica, y su concepto de la lógica era distinto y ajeno a los simbolismos que Miró Quesada manejaba. Con posterioridad, Cossio ha alegado que él tenía en ese momento una noción clara de la novísima lógica deóntica, y aún más, ha aprovechado la oportunidad para disputarle honores a von Wright, a raíz de las conferencias que éste último impartiera en la Universidad de La Plata en 1968. Esto, por cierto, es algo debatible. Pero en 1951, cuando se da el encuentro de San Marcos, Cossio no tenía una idea clara de las cosas que ahí se debatieron. Si intentó hacerlo más adelante, o si su lógica era otra muy distinta, como después lo ha sostenido en correspondencia que conservo, es algo de por sí interesante, pero que no ha dado fruto alguno. Esto es, aparte de algunos escarceos (como denominar *Lógica del deber ser*, a lo que hoy se conoce como «lógica normativa»), Cossio no ha dejado nada sobre lógica jurídica, que sea rescatable. Lo cual no quiere decir que no haya tenido y tenga un gran valor dentro de la filosofía jurídica de la región. Cossio es notable por muchos conceptos, pero no creo que lo sea en este punto.

Más bien, si analizamos con calma el texto de Cossio de 1951, y el programa que desarrolló en aquel entonces en un seminario que dirigía en Buenos Aires, vemos que en realidad Cossio estaba bregando, fuertemente, por construir una lógica jurídica, pero partiendo de Husserl. En efecto, si el mismo Husserl, que partió de la fenomenología para llegar a la lógica, no pudo ir muy lejos (como lo demostraron los trabajos de su discípulo Pfänder) era más que improbable que Cossio pudiese dar ese gran salto. Esto es, tenía un punto de partida tradicional, y en consecuencia, le era muy difícil formular una lógica jurídica moderna.

7. Otros intentos en la región

La década del cincuenta es realmente rica en el desarrollo del pensamiento jurídico. Y con independencia a lo señalado, vale la pena mencionar otros esfuerzos hechos por la misma época en la América Latina. En primer lugar, a Jorge Millas, mencionado por Miró Quesada y García Máynez, pero que de la información que tenemos disponible, no creemos que haya avanzado gran cosa, y en todo caso, ello es posterior a 1951. Además, su obra se encarriló luego por otros senderos, y en donde lo lógico-jurídico ocupa un lugar secundario y de poca importancia.

Otro pensador interesante, es el guatemalteco Héctor Neri-Castañeda, que incursiona con trabajos pioneros, pero en el medio académico norteamericano. Sólo en 1957 se dará a conocer ampliamente en el mundo latinoamericano. Neri-Castañeda seguirá esta veta y la desarrollará ampliamente durante toda su vida.

Finalmente, recordemos a Recaséns Siches y su lógica de lo razonable, que es de 1956, y que difunde y amplía durante largos años. Recaséns en parte es opositor de la lógica simbólica y en parte es defensor de la separación entre ambas. Y su postura es interesante, pues su planteo tiene mucho predicamento hoy, desde el punto de vista de enfoques relacionados con la racionalidad práctica, la hermenéutica, la teoría de la argumentación, la tópica, etc.

8. El panorama europeo: Klug

Lo más curioso del caso es que, al mismo tiempo que en Lima se daba ese gran debate, y tenía eco en el resto del continente, en Alemania, un joven abogado con formación lógica, publicó un libro sobre *Lógica jurídica* (1951) que ha tenido mucho éxito, y que fue traducido al castellano años después. Su autor, Ulrich Klug, discípulo de Hilbert, utilizó la lógica clásica y la aplicó, tal cual, al mundo del derecho. Dicho en otra forma: preparó un manual de lógica matemática, y demostró con numerosos ejemplos de los códigos civil y penal alemanes, que la lógica era útil para el jurista y para su manera de razonar. No se planteó los problemas teóricos de la disciplina; pero al mismo tiempo que señalar los límites del pensar lógico, demostró que la lógica servía perfectamente al operador del derecho. Y lo hizo en un libro orgánico que publicó, como queda dicho, en 1951.

Esto lo convierte, sin lugar a dudas, en el fundador de la lógica jurídica a nivel mundial, y por eso es que ameritamos más aún el encuentro sanmarquino y la labor pionera de Miró Quesada.

9. El panorama europeo: von Wright

En el mismo año, y en una revista londinense (*Mind*), Georg H. von Wright publica un breve artículo de quince páginas, en el que pone las bases de una lógica deóntica, esto es, una lógica que jugase, por así decirlo, no con los valores de verdad y falsedad (como hacía la lógica clásica y por cierto Klug), sino con otras categorías, como Obligatorio, Pro-

hibido, Permitido e Indiferente. Estas eran modalidades y se aplicaban a las disciplinas normativas; o sea, a todas aquellas que estudiaban normas, pero preferentemente a la moral, que fue la gran preocupación de von Wright.

Según ha contado recientemente en una entrevista, von Wright conoció personalmente a Kelsen en Finlandia en 1952, y sólo más tarde se puso a estudiar derecho, que fue objeto de sus reflexiones tan sólo en su libro *Norma y Acción*, de 1963. Esto es, von Wright pensó en crear una nueva lógica para explicar mejor las normas morales; no las normas jurídicas, que no conocía y seguramente ni le interesaban. Sin embargo, la idea de von Wright, y de quienes han seguido sus huellas, es que existe una lógica deóntica, como rama de la lógica modal, dentro de la cual cabe el análisis del discurso jurídico.

El problema con von Wright es que, desde 1951, ha dado tantas vueltas teóricas, que es difícil seguirlo, pues su sistema o enfoque general, lo cambió al poco tiempo y luego ha seguido así con velocidad de caleidoscopio. Sin embargo, los estudios de lógica deóntica han crecido de manera espectacular, y todos ellos reconocen al lógico finés como el iniciador de la disciplina, que ha prestado gran ayuda a la filosofía del derecho (en especial, para afinar sus principales aspectos teóricos).

10. Intermezzo

Sin lugar a dudas, Klug es el creador moderno de la lógica jurídica. Y al lado de él, podemos colocar a Miró Quesada. Pero anotemos varios aspectos relacionados con este aserto.

En primer lugar, el enfoque de Klug, si bien pionero e interesante, y con seguimiento en Alemania, no es el que tenga mayor predicamento en la comunidad lógica mundial.

En segundo lugar, es más bien el enfoque de von Wright, el que ha despertado más seguimientos, si nos atenemos a su repercusión y, sobre todo, al número de publicaciones existentes.

Por cierto, para los seguidores de von Wright, no existe la lógica jurídica: lo que existe es una lógica deóntica (o lógica normativa), que es muy distinto.

Finalmente, el más acertado en plantear la lógica jurídica en América Latina, fue Miró Quesada, pero luego de algunos ensayos, abandonó el campo. Y si volvió a él, fue tan sólo para intentar nuevos enfoques, que no han anclado en nada definitivo. Miró Quesada es un pionero y, sobre todo, un gran incitador, pero no ha logrado rematar

su obra. Además, lo jurídico es algo marginal dentro de su extensa producción.

En realidad, el primer esfuerzo armónico, sistemático y logrado de la lógica jurídica en América Latina, es el de García Máynez, como ya lo hemos señalado. Pero no obstante su interés, ha seguido anclado en ciertas tendencias heredadas de la lógica fenomenológica, y tampoco ha tenido continuadores.

11. El futuro de la lógica jurídica

Lo que tenemos hoy es una lógica jurídica que parte del cálculo proposicional (en la línea de Klug), y una lógica deóntica (o lógica normativa) interesada por lo jurídico, fundada por von Wright. En ambas tendencias han habido frutos, si bien la segunda es, cualitativamente, más significativa que la primera. Pero lo que nos preguntamos es qué futuro puede tener una lógica así, en cualesquiera de sus dos versiones.

En su texto fundacional, Klug llegó a afirmar que la lógica no agotaba el repertorio del derecho, y que en éste, era muy importante la intuición. En fecha más reciente, von Wright ha reconocido que puede haber distintos enfoques para la comprensión del derecho, en los cuales la lógica deóntica es poco útil, y en algunos campos, prácticamente no sirve (como en el problema hermenéutico).

Y es que, como lo han señalado algunos autores, la aplicación de la lógica a la actividad humana, es tarea muy ardua y da pocos frutos. Que es en el fondo lo que ha pasado con las discusiones, paradojas y avances poco significativos, que ha tenido la lógica deóntica desde su creación.

Adicionalmente, y en el mundo de la práctica, el abogado, el juez, el profesor, el jurista, esto es, el operador del derecho, juega con una lógica implacable, que le viene de su formación universitaria, ya que el derecho tiene una construcción arquitectónica. Si a eso se le añade, conocimientos elementales de la lógica clásica (en especial, el cálculo de predicados), le será más que suficiente. Se trata, pues, de un instrumento útil, pero dentro de sus propios límites.

Por tanto, nuestra opinión es que, salvando su alto nivel teórico y su dignidad académica, la lógica aplicada al derecho (sea proposicional o deóntica), brinda al jurista servicios bastante modestos.

Apéndices

I.- Bibliográfica

Sobre el tema que trata este trabajo, existe una literatura inmensa, si bien toda ella es fragmentaria y puntual.

A fin de hacer más fácil la lectura de este texto, he reservado para este apartado una bibliografía de apoyo, centrada en lo básico, que a su vez remite a otra bibliografía especializada, que pueden consultar los que tengan interés en profundizar el tema. Y por cierto, centrada en el período inicial que nos ocupa, que va de 1951 a 1957.

Sobre lógica en general, existen infinidad de manuales, escritos directamente en castellano o en traducciones de otros idiomas. Entre esa multitud, creemos que para una información panorámica, especialmente útil al hombre de derecho, es la *Introducción a la lógica* de Irving M. Copi, con múltiples ediciones y reimpresiones, tanto en castellano como en inglés. La última versión castellana, proveniente de la octava edición en inglés, tiene la ficha siguiente: *Introducción a la lógica*, por I.M.Copi y Carl Cohen, editorial Limusa, México 1995; con la peculiaridad de que al final trae un capítulo dedicado a la lógica y al derecho, de sumo interés.

Sobre la lógica clásica, el manual de Alfredo Deaño *Introducción a la lógica formal*, Alianza Universidad, (Madrid, varias ediciones), es muy valioso, en especial para quien viene del campo de las humanidades. La pequeña *Introducción a la lógica contemporánea* de R. Blanché (ediciones Lohle, Buenos Aires 1963) tiene el mérito de dedicar un amplio panorama a las lógicas no clásicas. Por cierto, sobre cada una de estas lógicas existen manuales, antologías o ensayos en gran cantidad.

Tarski afirma que la lógica moderna es ciencia deductiva y que la lógica tradicional es sólo una parte de la nueva, que, en conjunto, es pequeña y en cierto sentido insignificante (cf. su *Introduction to logic and to the methodology of deductive sciences* Oxford Univ. Press, New York 1970, pp XIII y 19). Esta afirmación de uno de los más grandes lógicos contemporáneos, es un criterio pacífico entre los especialistas.

Sobre la historia de la lógica, existe una amplia literatura. Dos obras notables, son las de Bockenski *Historia de la lógica formal*, edit. Gredos, Madrid 1966 (con numerosos textos), y la de W. y M. Kneale *El desarrollo de la lógica*, edit. Tecnos, Madrid 1972. Ambas son útiles, aún cuando muy extensas.

Una muy breve historia de la lógica, hecha con fuentes de primera mano, puede verse en *La lógica simbólica* de E. Agazzi, edit. Herder, Barcelona 1967. Lo valioso del libro de Agazzi, no es sólo su amplitud de miras, sino la inclusión de algunos problemas metateóricos y una muy amplia parte dedicada a la historia de la lógica (los manuales de lógica, por lo general, dejan de lado la parte histórica, sobre todo, el período anterior al siglo XIX). Ahí se podrán ver aspectos de la lógica aristotélica y algunas de las contribuciones posteriores, con una amplia bibliografía de referencia.

Sobre el Congreso Internacional de Filosofía de San Marcos (julio de 1951), debemos lamentar que no haya actas ni publicaciones al respecto. Tan sólo la revista *Mercurio Peruano* (núm. 292, julio de 1951) dió noticia del evento, publicando algunas de sus ponencias. Recientemente, ha hecho referencia a él, David Sobrevilla en *La Filosofía contemporánea en el Perú*, Carlos Matta editor, Lima 1996, pp. 150 - 151.

De Francisco Miró Quesada, cf. especialmente su libro *Ensayos de filosofía del derecho*, Universidad de Lima, Lima 1986, que contiene sus principales contribuciones. Su ponencia de 1951 titulada *La lógica del deber ser y su eliminabilidad*, texto mimeografiado, 5 pp., se reprodujo por vez primera en 1972, y luego en el volumen antes citado (*Estudios...*). En 1953, Miró Quesada terminó un libro: *Bases y lineamientos de la lógica jurídica*, texto mecanografiado de 300 pp., que ha permanecido inédito como totalidad. Este libro tenía cuatro partes: la primera dedicada a discutir la posibilidad de esta lógica; la segunda, a explicar los principios básicos de la lógica moderna; la tercera, a analizar la estructura de la proposición jurídica; y la cuarta parte a desarrollar un sistema de lógica jurídica.

De éstas, han sido publicadas, en primer lugar, la primera, titulada «Problemas fundamentales de la lógica jurídica» (en *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, 1954), con la cual su autor se graduó de Bachiller en Derecho en la Universidad de San Marcos, y posteriormente y con adendas, en forma de libro y en 1956 (en la *Biblioteca de la Sociedad Peruana de Filosofía*).

A la segunda parte le dió un tratamiento distinto, y la publicó como libro: *Iniciación lógica*, Universidad de San Marcos, Lima 1958 (hay una segunda edición de 1963).

La tercera está publicada, parcialmente: «El formalismo y las ciencias normativas» en «Diánoia», núm. 2, 1956. La cuarta y última parte, algo reducida, la publicó con el título «Teoría de la deducción jurídica» en «Diánoia», núm. 1, 1955,

Posteriormente, publicó su ensayo «Consideraciones generales sobre el concepto de lógica jurídica» en *Estudios en honor del Dr. Luis Recaséns Siches*, UNAM, México 1980, tomo I, y finalmente «Lógica jurídica idiomática» en *Conferencias do III Congresso brasileiro de filosofia jurídica e social*, Paraíba 1988, en donde replantea su anterior concepción.

Sobre Miró Quesada, puede verse, Fernando Bobbio *La lógica jurídica de F. Miró Quesada*, Lima 1969, Tesis de Bachiller en Derecho en la Universidad de San Marcos, y, en especial, *Lógica, razón y humanismo (La obra filosófica de Francisco Miró Quesada C.)*, Universidad de Lima 1992, editado por David Sobrevilla y D. García Belaunde, con la colaboración de varios autores. Aquí Sobrevilla analiza el pensamiento lógico-jurídico de Miró Quesada hasta 1986, con anotaciones críticas y bibliografía; Roberto J. Vernengo se ocupa de la etapa posterior.

De Eduardo García Máynez tenemos: *Introducción a la lógica jurídica*, Fondo de Cultura Económica, México 1951; y especialmente su tratado de lógica del derecho desarrollado en tres partes: *Lógica del juicio jurídico*, FCE, México 1955, *Lógica del concepto jurídico*, FCE, México 1959 y *Lógica del raciocinio jurídico*, FCE, México 1964. Además, *Ensayos filosófico-jurídicos*, Universidad Veracruzana, Xalapa 1959, en donde recoge diversos aportes suyos, en especial, sus importantes contribuciones lógicas a partir de 1953. Al ingresar al Colegio Nacional en 1958, García Máynez dió, sin querer, las razones de porqué el hombre de derecho, práctico por excelencia, no gusta de las especulaciones lógicas. Dijo así: «El asunto, por su aridez, resulta poco atractivo. Los territorios de la lógica son comarcas desoladas, cuya belleza —si la tienen— es la serena y fría de un paisaje polar» (*Ensayos*, cit. p. 341).

Un resumen de su obra lo ha ofrecido García Máynez en la voz «Lógica jurídica» en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVIII. Véase también, Jesús A. Fernández Suárez, *La filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Universidad de Oviedo, 1991.

De Carlos Cossio, cf. «Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Buenos Aires, 1951; reeditado con ligeras variantes con el título «La norma y el imperativo en Husserl» en *Revista Brasileira de Filosofia*, 10, 1969, y en otras publicaciones.

Igualmente, «La Lógica jurídica formal según la concepción egológica» en *La Ley*, 20 de marzo de 1959, y «La lógica jurídica y su denominación», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 87-88, 1973. Sobre Cossio, ver Manuel Atienza, *La filosofía del derecho argentina actual*, Depalma, Buenos Aires 1984.

De von Wright, cf. «Deontic logic» en *Mind*, vol. LX, num. 237, january 1951 y *An Essay in modal logic*, Amsterdam 1951 (hay versión castellana); *Norma y acción*, edit. Tecnos, Madrid 1976 (la versión original es de 1963). Entre la numerosa bibliografía posterior, cf. *An essay in deontic logic and the general theory of action*, Amsterdam 1968. Un gran panorama, cf. «Entrevista a Georg H. von Wright», por Eugenio Bulygin, en *Doxa*, núm. 12, 1992.

De Jorge Millas, cf. «Las dos clases de proposiciones en la ciencia del derecho» en *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Universidad de Chile, 1-3, 1952-1954. Y el *Anuario de Filosofía jurídica y Social*, núm. 2, 1984, Estudios en memoria de Jorge Millas.

De Héctor Neri-Castañeda, cf. «Un sistema general de lógica normativa» en *Diánoia* núm. 3, 1957 (que resume trabajos anteriores). Su última obra importante es *Pensar y hacer*, UNAM, México 1993.

El libro de Klug fue traducido por García Bacca y publicado por la Universidad Central de Venezuela en Caracas y en 1961 (hay otra traducción hecha sobre una edición posterior publicada por Témis, en Bogotá).

Por esa época, Juan David García Bacca publicó sus «Planes de lógica jurídica» en *Studia Iuridica*, núm. 2, 1958. García Bacca es autor de un pequeño manual de lógica moderna publicado en 1936 (Edit. Labor, Barcelona), el primero en castellano. El primero escrito directamente en castellano en América Latina es el de Francisco Miró Quesada (*Lógica*, Lima 1946).

Recaséns Siches inicia su vasta producción en este punto, con *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, F.C.E., México 1956 (hay ediciones posteriores), en donde desarrolla por vez primera su «lógica de lo razonable».

Si bien la lógica jurídica se ha desarrollado al margen de Kelsen, éste ha proporcionado la materia prima de numerosas discusiones. Su interés por la lógica aplicada al derecho se nota recién a partir de 1960 (*La dottrina pura del diritto*, Enaudi, Torino 1966, que traduce el original alemán con anotaciones hechas epistolarmente por el autor al traductor, M.G. Losano), y en su artículo «Law and logic» (en H. Kelsen *Essays in legal and moral philosophy*, Reidel Pub. Co. 1973), que refleja sus inquietudes últimas y su correspondencia con Klug.

Referencia que cubre este período, cf. Norberto Bobbio, «Derecho y lógica» y Amadeo G. Conte «Bibliografía de lógica jurídica (1936-

1960)», ambos en el *Cuaderno* núm. 18, UNAM, México 1965 y Luis Legaz Lacambra «El problema de la lógica jurídica en algunas obras recientes», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo II, 1954. Útiles datos pueden encontrarse en Roque Carrión Wam «Bibliografía de lógica jurídica» en *Derecho* (Lima), núm. 29, 1971.

Un gran panorama, para quien desee asomarse a lo reciente, cf. *Lógica*, edición de Carlos E. Alchourrón, Editorial Trotta, Madrid 1995, que contiene un capítulo sobre lógica deóntica de Eugenio Bulygin.

También Roberto J. Vernengo, «Derecho y Lógica: un balance provisorio» en *Liberdade, participação comunidade*, Anais do II Congresso Brasileiro de Filosofia jurídica e Social, São Paulo 1986; Georges Kalinowski «Lógica del diritto» en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XXV, Giuffré, Milano 1975 y Manuel Manson, *Filosofía, Derecho y Lógica*, Santiago de Chile 1996.

II. Cossiana

La primera vez que envié una carta a Carlos Cossio fue en 1971, para pedirle una copia de la ponencia de Francisco Miró Quesada presentada en el Congreso de 1951, titulada «La lógica del deber ser y su eliminabilidad». Como demoraba en contestarme, solicité a mi amigo el prof. Roque Carrión, que insistiese sobre lo mismo, ya que él lo veía con cierta frecuencia en Buenos Aires. Fue así que copia de la ponencia fue remitida por Cossio a Carrión, y publicada en 1972, con una nota mía, en la revista *Derecho* órgano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Años más tarde, le volví a escribir, esta vez para pedirle otra de las ponencias que Miró Quesada había presentado a ese mismo Congreso, y que su autor daba por perdida. Para entonces, ya Cossio había leído la ponencia de Miró Quesada publicada en 1972, así como la nota mía y el *post scriptum* que el mismo autor agregó para esa ocasión. Fue así que Cossio no vaciló en contestarme, y aprovechar la ocasión para hacer una larga digresión sobre el famoso encuentro de 1951, en la cual da además su propio punto de vista sobre la lógica jurídica, y que ahora reproduzco, pues es importante por lo que dice y por cuanto aclara mejor aún el panorama de esos años. Tiempo después conocí personalmente a Cossio, y luego lo visité varias veces mientras vivía. Cossio se me presentó como un hombre más bien bajo; de gestos vivaces, de tez muy clara y andar ligero. Gran conversador, era bueno y cordial en exceso, sobre todo cuando estaba al frente con gente más joven. Pero en el fondo, me dí cuenta que era un hombre muy polémico y tremendamente apasionado, que en la vida diaria del trajín discipular, debió haber sido muy difícil. En lo personal, guar-

do un grato recuerdo de Cossio, cuyas principales obras leí por esa época, pero hoy, a la distancia, me parece que ellas pertenecen a un pasado, interesante, pero definitivamente concluido.

El texto es el siguiente:

B.A., 2/febrero/1979

Señor Profesor

Dr. Domingo García Belaunde

Lima.-

Mi muy estimado amigo y colega:

Disculpe la demora en responder su gentil carta de fecha 26/XII/78 que recién puedo leer al encontrarla en mi casa con mi retorno a ella después del verano.

Lamento decirle que me es imposible satisfacer su deseo porque no tengo la ponencia MATEMATICA, FISICA, HISTORIA Y DERECHO que, según Ud. me dice, el Prof. Francisco Miró Quesada presentó al Congreso de Filosofía celebrado en Lima en 1951. Ni siquiera tenía noticias de esta presentación. Yo sólo recibí el paquete con las ponencias de la sección Filosofía del Derecho, donde Miró Quesada presentó una ponencia titulada LA LOGICA DEL DEBER SER Y SU ELIMINABILIDAD.

Por si su interés se refiriese a esta ponencia en la hipótesis de que a su respecto mediase únicamente una trascordación de título, debo decirle que, hace más o menos ocho años, recibí desde Lima el pedido de un profesor amigo (cuyo nombre se ha esfumado de mi memoria), solicitándome el envío de la ponencia aludida pues estaban en San Marcos con la tarea de editar todos los trabajos de Lógica de autores peruanos recientes. Y ocurrió que al solicitársela a Miró Quesada a este efecto, él reconociendo la paternidad de la misma presentada al Congreso de Filosofía de 1951, les contestó que no podía acceder por no haber guardado el texto de ella. El solicitante como entrelínea de su carta daba a entender que no creía en la sinceridad de la excusa de Miró Quesada. Pensaba más vale en una disconformidad de aquel como autor en el sentido de un cambio de opinión durante el tiempo transcurrido. Pero como para él se trataba de consolidar una documentación con plenitud y valor histórico, se agarró de la forma como se le excusó Miró, para solicitármelo a mi si yo poseía su copia oficial.

Así fue que le remití mi copia, la cual se publicó en la revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Sección Derecho, Número 30 (Lima 1972).

Aprovecho también esta oportunidad que me da una frase de su carta para manifestarle que no creo que el Prof. Miró Quesada «conozca muy bien a mi obra y a mí». Por el contrario, tengo la convicción y la evidencia de que nunca se ha hecho cargo debidamente de mi pensamiento, como requisito previo para marcar sus conocidas disidencias con mi falsificado pensamiento. Para ejemplificar aprovecho el agregado que el Prof. Miró Quesada ha colocado en el texto de su ponencia de 1951 en la publicación de la Rev. de la Pontificia Universidad Católica del Perú: El entiende que la conjunción «o» tiene dos acepciones lingüísticas (la «exclusiva» y la «inclusiva» definidas por la actual Lógica matemática) y nada más y a ellas él se atiene. Pero esta conjunción tiene en castellano cuatro acepciones legítimas reconocidas por la Gramática de la Real Academia. La tercera acepción es la de los sinónimos (v.g.: el burro o asno es un herbívoro). La cuarta acepción es la de la vida en su despliegue inmanente, que vemos ya en la vida biológica no obstante ser ello impersonal y sobre todo en la vida biográfica que muestra autoría y egología. No toco ahora el problema del nombre que yo doy a esta acepción, que nos sacaría del tema. Prefiero mostrar su alcance y el descarrilamiento que con motivo de ella comete Miró Quesada al embestir contra la formulación disyuntiva que el pensamiento egológico asigna a la norma jurídica. Esta cuarta acepción es la que utiliza la Teoría egológica al mostrar la estructura lógica de la norma jurídica, lo cual quita todo valor a la «refutación» de Miró mediante la evidenciación de una discusión ociosa, que no cabe en mi planteamiento por esta sencilla razón: Miró da por sentado e indiscutible que la enunciación egológica de la norma jurídica es una proposición «molecular» (usando el difundido y elocuente lenguaje de Russell, que es metafórico) y como consecuencia hace valer como trasfondo de su argumento, el cálculo proposicional que está aquí limitado por las dos únicas acepciones que la Lógica matemática utiliza, (con todo derecho y corrección, claro está, si estas dos acepciones resultan suficientes para abrazar todos los problemas de su limitado y peculiar lenguaje).

Pero según la tesis egológica, la norma disyuntiva que ella presenta es una proposición atómica; lo cual significa que ella está fuera del horizonte del cálculo proposicional. En tal caso Miró habría argumentado en vano, esto es, fuera de tiesto.

Ha sorprendido a los lógicos de la Lógica deóntica de Buenos Aires que yo me refiera a una proposición *atómica*, tratándose de una expresión

verbal que exhibe dos verbos en modo indicativo. Pero nada menos que von Wright cuando abjura de su lógica deóntica inicial para poder afrontar la inclusión de la temporalidad en su –a mi juicio frustrada– Lógica de la Acción (o de la Conducta como es en el lenguaje egológico), aclara en forma similar que una expresión verbal que muestra *tres verbos* en modo indicativo, es en su *actual* pensamiento una proposición atómica (ver su *Norm and Action*, 1963; p., 47, cap. II, num. 7 de la traducción castellana Ed. -Tecnos, 1970).- Todo esto lo verá Ud. ampliamente desarrollado en la próxima edición de mi EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL que en el curso de este mes pongo en manos del editor.

Tampoco yo puedo reconocer a Miró Quesada ninguna clase de prioridad con relación al tema de la Lógica del deber ser. En el trabajo que publiqué en la «Revista de la Facultad de Derecho de México» (Julio-Diciembre de 1973, N° 87/88) que Ud. recuerda en su carta, dejé bien sentada la cuestión. Quien por primera vez usó las denominaciones de «lógica del deber ser» y «lógica normativa» desde 1941 hasta la fecha, fui yo. (Ya está en el Prefacio de la traducción castellana de 1941 de *La Teoría pura*, los empleo innumerables veces en mi *La Valoración jurídica y la Ciencia del Derecho* (1941) y en mi *Teoría egológica del Derecho* (1944). Aclaro allí en los mismos lugares desde 1941, que Kelsen ha sido el primero en ver, ya en 1911, el nuevo territorio de un deber ser lógico, esto es, en «poner al descubierto, por primera vez, una esfera inédita en el campo del Derecho de vital interés: la esfera de la Lógica jurídica», como se puntualiza ya en el referido Prefacio). Este Prefacio parece haber sido el primer contacto de Miró con el tema de una lógica del deber ser, atenta a que él nos confiesa que el libro de Kelsen lo llevó a ello. Lástima que no aclare quien lo había informado que en *La Teoría pura del Derecho* «se desarrollaba una teoría profunda de la lógica jurídica». Si éste fue su primer contacto (la traducción castellana se la hice remitir yo como Presidente del Instituto Argentino de Fil. Jur. y Social, cuando apareció en 1941), sin duda leyó mal mi Prólogo o no lo leyó, pues yo no hablo de ningún desarrollo profundo de la lógica jurídica sino del *horizonte* de esa lógica en virtud del descubrimiento de una nueva cúpula y *nada más*. A esta aserción mía la encuentra Ud. en mi ya citado artículo de la revista mexicana, pp. 451/52-hago esta aclaración porque lo encuentro a Ud. concediéndole a Miró una prioridad que no tiene, en su nota a la publicación de la Universidad Pontificia...) Y la volverá a encontrar en todas mis publicaciones, incluso en la próxima edición de EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL. Con esta aserción mía coincide también el propio von Wright –lo hice notar en la 2ª ed. de mi *Teoría egológica*.– subrayando la inexplicable tardanza de von Wright para conocer a Kelsen (1963, obra citada) y destacan-

do que lo objeta con uno de los dos argumentos con que yo lo tengo objetado desde 1941 en relación al axioma ontológico de que en el Derecho, todo lo que no está prohibido, está jurídicamente permitido..

Y por último un breve comentario a otra frase de Miró en el agregado principal que ha introducido a su ponencia de 1951, a saber: «Fue para nosotros muy divertido observar el desconcierto que provocamos. Las respuestas de Cossio fueron más bien vagas...».

A mí también me divirtió mucho la intervención y la ponencia del Prof. Miró Quesada, pero no por su vaguedad sino por la incomprensión total del pensamiento egológico sobre la norma jurídica y la lógica del deber ser. No sólo me divirtió entonces sino que me sigue divirtiendo mucho todavía. Lo apreciará Ud. debidamente en la próxima edición de *EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL*. Según mi recuerdo lo que ocurrió en Lima en 1951 fue lo siguiente:

G. von Wright publicó, en enero de 1951 en la revista *Mind*. El primer despliegue sistemático recurriendo a la Lógica simbólica, de la Lógica del deber ser o Lógica normativa así bautizada por mí en 1941 y descubierta por Kelsen sin sospechar lo que él descubría, en 1911. Von Wright la denominó Lógica deóntica. También desde mi libro de 1941, yo proclamé la ceguera de Kelsen relativa a la naturaleza y alcance de su descubrimiento, con el siguiente slogan que alcanzó amplia difusión en la América Latina y en Europa: «hay que hacer kelseniano a Kelsen a pesar de Kelsen». Kunz la citó irónicamente en su libro sobre la iusfilosofía latino-americana y se la comunicó a Kelsen, quien lo tomó como una humorada de mi parte al leerla en el libro de aquél; pero cuando Kelsen visitó Buenos Aires en 1949 y advirtió que la frase «iba» en serio, se irritó muchísimo conmigo, azuzado por la gente intelectualmente muy inferior que lo rodeó durante su permanencia entre nosotros.

Yo supe de la aparición del citado trabajo de Von Wright el mismo mes de enero de 1951 antes de su aparición, gracias a la noticia que de él me dió mi amigo epistolar, el Profesor finés Otto Brusiin. La grande y noble amistad epistolar que con él llevaba, la selló definitivamente él mismo con su singular libro *El pensamiento jurídico* (1950), del que hay traducción española, Ed. E.J.E.A., 1959.

Desde el 15 de marzo al 15 de mayo de 1951, yo efectué un seminario sobre el trabajo de von Wright, sirviéndonos de una traducción de él realizada por el Dr. Carrió y repartido en copias mimeográficas entre todos los concurrentes. Entre éstos estaba el Dr. Alchourrón en calidad

de egresado, a quien conocí personalmente con tal motivo. El seminario se realizó en el Instituto de Filosofía de nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Este seminario me convenció de la inutilidad absoluta para los juristas, jueces e investigadores del Derecho, de la lógica deóntica desarrollada por von Wright, así como también de su carencia de fundamento ontológico. Juicio que hoy mantengo con más convicción que antaño. Yo concebía el problema de otra manera desde que lo advertí en 1941. Lo he meditado permanentemente hasta 1967 en que pude resolver todas las dificultades que en él advertía. Esto retrasó la aparición de mi anunciado libro sobre Lógica jurídica. Pero anticiparé una suficiente reseña en la próxima edición de EL DERECHO EN EL DERECHO JUDICIAL; más larga y más completa que las dos con que expuse mi pensamiento en Brasil (en Salvador primero y San Pablo después) y en Buenos Aires cuando fui repuesto en mi cátedra; y antes, en 1968, en la Universidad jesuíta de El Salvador.

Ahora bien; cuando en 1951 en el Congreso de Filosofía de Lima me encontré con García Máynez y Miró Quesada, no solamente de presencia, sino también con trabajos de ambos relativos a la Lógica del Deber Ser que había adquirido, al ser por mí bautizada, una enorme visibilidad (merecida o inmerecida no es lo que aquí ahora ni en el Congreso de Lima podía interesar circunstancialmente). Y mi situación era ésta:

Frente a García Máynez estaba nuestra discrepancia recíproca escrita en nuestras obras (libros y folletos) con varias réplicas y contrarréplicas. Yo había quedado al parecer con la última palabra largamente exployada en la *Teoría egológica...* (ed. de 1944). Después de este libro García Máynez había silenciado. Todavía García Máynez ni siquiera había reconocido –cosa que hizo algún tiempo después– su arbitrariedad de distinguir una acepción amplia y otra estricta del término técnico-jurídico «permitido», donde en sentido estricto los actos normativamente ordenados resultan ser lógicamente prohibidos, pero en sentido amplio son, al revés, lógicamente permitidos (ver Cossio, *La Teoría egológica...*, glosa N° 22 a García Máynez). En esta situación personal, si él no aludía a nuestra polémica, sea para rectificar sus puntos de vista, sea para insistir en ellos, yo había resuelto no referirme para nada a la ponencia que él presentaba en la ocasión.

Y frente a Miró Quesada era su participación primeriza. Si esta entrada en escena era con conocimiento de mis ideas (sea para impugnarlas, sea para aceptarlas) yo me hubiese sentido obligado a decir algo de lo poco o mucho que tuviere para decir, como efectivamente tengo. Pero resultó que Miró Quesada estaba totalmente ausente de mi pensamiento.

Así él manipuló en su ponencia la norma disyuntiva de la teoría egológica con el cálculo proposicional válido para las proposiciones moleculares, sin sospechar que se trata de una proposición atómica para las cuales semejante cálculo es impensable e improcedente. La conjunción «o» de que yo hablo, no es la conjunción «o» de que habla Miró Quesada. Para captar mi pensamiento en su planteamiento esencial hay que advertir que yo me refiero al logos de la conducta, en tanto que el pensamiento de toda la Lógica simbólica conocida se refiere al logos del lenguaje. Por eso desde la primera edición de mi *Teoría egológica...* he insistido en que me refiero al «yo actúo» trascendental de toda acción y no al «yo pienso» trascendental de todo juicio teórico-científico que tiene su propia legitimidad diferente.

Frente a esta doble situación, opté por limitar mi intervención en el debate de Lima a hacerles saber a ellos, que ese desarrollo sistemático que ellos exigían incluyendo el correspondiente cálculo proposicional, ya existía con el nombre de Lógica deóntica, que su autor era el hasta entonces desconocido lógico Georg von Wright y que se lo podía leer completo en el número de enero de la Revista Mind. Esto les provocó de verdad un desconcierto a los Prof. García Máñez y Miró Quesada que no estaban aún anoticiados de la novedad que les comuniqué. Y me fastidió un poco, es cierto, la violencia con que respondieron como dudando en alguna medida de la rigurosa verdad de mi información, reclamándome toda clase de datos concretos sobre la fecha y el contenido del artículo de Mind y sobre mi seminario relativo a ese artículo, pidiéndome una ratificación expresa de que no había ninguna exageración de mi parte en la noticia que les daba y que resultaba milagrosamente cabal para silenciar la exigencia condicionante de toda teorización sobre Lógica del deber ser, que ambos me reclamaron en algún momento; reclamo, por lo demás, para ellos atendible pero no para mí porque no compartía la adhesión que ellos daban a la Lógica matemática para los problemas del pensamiento jurídico y del Derecho.

Por eso me limité a decirles que no valía la pena discutir un problema que ya tenía una base que ellos reclamaban como necesaria pero que ellos todavía no conocían. Pero que aceptaba el debate para cuando ellos ya hubiesen leído el trabajo de von Wright. No creo que les cayó bien esta manera de cerrar un debate por mi parte sobre las ponencias de los dos distinguidos Profesores. Pero lo que no creo es que se pueda decir que mis respuestas fueron más bien vagas, como dice Miró Quesada en su agregado a su ponencia de antaño. Sería interesante que aclarase dónde estuvo la vaguedad.

Por lo demás dejé en claro que si bien yo concordaba con von Wright en el carácter copulativo-lógico del «deber ser» que él tematizaba for-

malmente, sistemáticamente y combinatoriamente, reputaba errada su tesis de que esto fuese una auténtica lógica del deber ser adecuada para los problemas del Derecho y de la Jurisprudencia como ciencia. Que mi pensamiento era otro y que estaba dedicado a meditarlo a fondo. Y que cuando hubiera terminado esta tarea, sea en forma afirmativa para mi intuición inicial, sea en forma negativa, se los haría saber. Lo que nunca pensé es que esta meditación duraría en mí hasta 1968 para ver recién el comienzo de una verdadera solución y que me iba a complicar con una superación axiológica desconocida; con un replanteo total del problema de la razón práctica que comenzaba por eliminar a Aristóteles y a Kant de esta problemática; y con una fundamentación ontológica del logos de la conducta diferente a la del logos del lenguaje, que esclarecería recién y del todo qué es esto de una lógica de la conducta y cual es su trascendencia práctica.

Y con esto cierro esta carta que aunque excesivamente larga, me sospecho que habla de lo que Ud. precisamente estaría deseando que yo hablase, así fuere para oír a la otra parte que en esta emergencia soy yo.

Esperando sus noticias, lo saluda muy cordialmente su amigo,

C. Cossio

P.S.- Todavía no me ha llegado el pequeño libro que me anuncia Ud. haber despachado juntamente con la carta que contesto.

Vale.-

* * *

Como he anotado, la carta es muy ilustrativa, y en términos generales, creo que podrían hacerse dos distinguos:

- a) La explicación que da Cossio sobre su concepto de la lógica jurídica, y
- b) Su versión sobre lo que pasó en aquel Congreso.

En cuanto al primer aspecto, creo que ya hemos dicho cuál es nuestra opinión sobre el planteo cossiano. Pero en cuanto a lo segundo, o sea, la descripción de lo sucedido en 1951, creo que Cossio da rienda suelta a su imaginación y dice cosas que no se compadecen con los hechos, y que deben ser tomadas *cum grano salis*. Así, por ejemplo:

- i) Es más que dudoso que en julio de 1951, Cossio estuviese fami-

liarizado con el pensamiento de von Wright, pues nada hay que demuestre que así lo sea. Lo cita por vez primera y muy de pasada en su libro *Teoría de la verdad jurídica*, que es de 1954, sobre la base de unas conferencias impartidas en México y en 1952, por lo que es de suponer que tomó conocimiento de von Wright a fines de 1951.

ii) Es muy improbable que Otto Brusiin le haya enviado los originales del texto de von Wright. En primer lugar, Brusiin sólo intimó con von Wright años después; en esa época, Brusiin estaba en Helsinki y von Wright en Cambridge. Aún más, es difícil decir que la amistad epistolar entre Brusiin y Cossio, fuera sellada con la traducción de la obra de éste al castellano en 1959, titulada *El pensamiento jurídico*. En esta obra, Brusiin da cuenta del pensamiento de Cossio, un poco al pasar y sin participar en él; y en el prólogo que especialmente prepara para la edición castellana, menciona a varios juristas de habla hispana, pero silencia a Cossio.

iii) Es también muy improbable que del 15 de marzo al 15 de mayo de 1951 haya dado todo un seminario sobre el texto de von Wright. En primer lugar, el texto de von Wright era de 15 páginas y muy incipiente y seguramente no daba para un seminario; y además estaba salpicado de simbolismo, que era ininteligible para Cossio, que no tenía nociones de lógica matemática. Además, de la información que hemos recabado de algunos asistentes a dicho seminario, no se desprende nada de lo que Cossio afirma. Y el mismo Cossio, en su texto *La norma y el imperativo en Husserl*, versión revisada de 1960, al dar cuenta del programa de su curso en Buenos Aires en 1950 y en 1951, así como de las lecturas ahí repartidas, no hace mención alguna a von Wright.

En síntesis, la posición de Cossio era distinta, lo que era de por sí respetable, pero sorprende cuando trata de demostrar que estaba al tanto de todo, lo cual, aun cuando deseable, no siempre es posible. En cuanto a von Wright, su importancia para el Derecho es apreciada en fecha muy posterior, y en el ámbito latinoamericano, si bien conocido probablemente en el curso del año 1951, es analizado en forma años después: García Máynez lo hace en 1953, Cossio marginalmente en 1954 y Miró Quesada y otros, con más detalle, a partir de 1955.

Finalmente, hay que lamentar que, la anunciada versión definitiva de *El Derecho en el Derecho judicial*, nunca fuera publicada.

III. Cossiana

A Roberto J. Vernengo le escribí en abril de 1996, una breve carta, pi-

diéndole información sobre el asunto de la lógica jurídica, en especial, con lo sucedido en la década del cincuenta, en la cual él frecuentaba el círculo de Carlos Cossio. Al no recibir respuesta suya, reiteré mi carta, que me fue contestada el 4 de febrero de 1997, cuando yo ya había concluido la redacción de mi ponencia, y que, en sustancia, coincide con lo que yo había expuesto ahí. Si bien me he cuidado de obtener diversas versiones sobre los sucesos de 1951, tan sólo en el caso de Vernengo he obtenido una amplia como minuciosa descripción, que encuentro de sumo interés. Por eso es que la reproduzco, ya que, por haber sido su autor un cossiano de las primeras horas, aporta informaciones que, sin lugar a dudas, son de primera mano. El texto es el siguiente:

Buenos Aires, 4 de febrero de 1997

Estimado García Belaunde:

Acabo de recibir una copia de carta suya de abril del año pasado. Puede haber sucedido que se haya extraviado el original, pues estuve viviendo fuera de mi casa durante los primeros meses del año, porque tuve que hacerle reparaciones importantes, y el correo se hizo medio errático o fue recibido por obreros no demasiado responsables. Pero, bueno, paso a contestarle.

El trabajo de Cossio sobre «Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl» es el resultado de un seminario, en el que participé, que desarrolló Cossio en 1949 ó 1950. Que yo recuerde no se encaró entonces problema alguno de lógica modal —que era terreno incógnito—, ni se trató del ensayo de von Wright, que sólo apareció en 1951. Es verdad, sí, que cuando, en 1951 se publicó ese trabajo en «Mind» —que llegó a Buenos Aires pocos meses más tarde, Cossio nos advirtió a todos sobre la necesidad de estudiar algo que era novedoso. Me parece que todo eso fue más o menos simultáneo con el congreso de Lima y la polémica con Miró. Tanto von Wright como Klug conocieron el trabajo de Cossio sobre Husserl, pero muchos años después; le diría que en los años sesenta. Pienso ahora que Cossio no podía entender los desarrollos formales de von Wright. Por cierto que también tuvo noticia del trabajo de Kalinowski en «Studia Logica», que le envié el autor.

Ahora, en cuanto al background filosófico, quisiera recordarle que en los medios egológicos de ese entonces (yo me fuí a vivir a Ginebra a fines del 51), que conocí muy bien por tratar cotidianamente a Cossio y a Gioja, lo que se llamaba «lógica» era una disciplina vista con ojos neokantianos: el texto que se consideraba rector era la lógica de Pfänder (¡imagine usted!) y, filosóficamente, se pensaba que las Investigaciones

Lógicas y Lógica formal y trascendental (que circulaba en una traducción local interna hecha por E. Langfelder) constituían el *non plus ultra* de lo que hoy consideraríamos meta-lógica. Por mi parte, recuerdo mi sorpresa cuando, con Gioja y ya en Europa, leí el original de los *Logische Untersuchungen* y advertí que la traducción española-catalana que manejábamos, distorsionaba enormemente el pensamiento –no demasiado claro– de Husserl, pues ignoraba la existencia de una lógica proposicional clásica. Véase la traducción arbitraria de *Satz*, por cierto un término ambiguo. Cossio, hasta ese entonces, no tenía noticias de las lógicas postfreudianas, y de los desarrollos en lógicas modales. Fue a partir de 1951 que, los que habíamos sido discípulos de Cossio –Carrió, Alchourrón, Bulygin y yo mismo– comenzamos a estudiar lógicas más al día; casi todos empezamos con el manual de Tarski. Con Gioja nos pusimos a la tarea de abordar *Principia*. También conviene advertir que, en Europa, las cosas estaban en muchos países más o menos en similar situación. Heidegger, por ejemplo, aunque sabía de la existencia de Frege y Russell (y de Wittgenstein, seguramente), pasaba por alto los desarrollos lógicos acaecidos desde principios de siglo y repetía que lógica era el pensamiento sobre el *logos* en Heráclito (también participé en uno de esos seminarios). Y no hablemos de Francia, donde en derecho tales cosas eran enteramente ignoradas. Bobbio –con quien Cossio mantenía correspondencia frecuente– es típico al respecto; es sólo en la década del 50 que se anoticia cabalmente de los problemas del lenguaje y de las lógicas. Algo similar pasó con Klug y García Máynez que sólo por entonces tomaron noticia de las novedades lógicas. De ahí que, en Buenos Aires al menos, al regresar Gioja (yo volví en 1957), en la Facultad de Derecho, se estudiara Wittgenstein (el primer seminario a mi cargo fue sobre el *Blue Book*), Carnap (de quien se ocupó Alchourrón) y quedara abierto el aluvión analítico. Por lo que sé, Cossio ya no participó en tales desarrollos.

La situación de Miró es algo especial, me parece. Sus intereses, desde un principio, estuvieron en problemas de fundamentación de las matemáticas y los desarrollos lógico-jurídicos fueron para él un poco marginales. De ahí que no se entendieran realmente con el Cossio de 1951, pero también que se sorprendiera con los desarrollos que la filosofía analítica del derecho tuviera en Buenos Aires en la década siguiente, desarrollos que consideró imposibles en un país del III mundo, como quería ver a la Argentina. El asunto es curioso; el libro de Atienza, que Miró prologó, cuenta un poco el cuento, pues también en España, que seguía recitando monsergas neoescolásticas, esta línea analítica en el Río de la Plata era inédita. Casi todos los textos ahora son fácilmente obtenibles; las obras completas de Alchourrón están publicadas. Entre las que quedaron inéditas, por ser de interés menor, figura un curso de lógica de 1959, que escribimos juntos en parte; un curso importante so-

bre lógicas modales en Lukasiewicz que dictó por la misma fecha Klimovosky; y un curso sobre semánticas extensionales que dictó Raggio. Mi primera publicación a mi vuelta a la Argentina, también aplica procedimientos de decisión extensionales para intervenir en una polémica que Cossio mantenía en pie sobre la forma lógica de las normas jurídicas, asunto que hoy nos parece mal planteado. Pero todo esto es, realmente, historia antigua.

Quedo a su disposición para cualquier aclaración.

Cordialmente

Roberto J. Vernengo

El tribunal constitucional peruano como supremo intérprete de la constitución*

Ernesto BLUME FORTINI

Introducción

El presente trabajo es una investigación sobre el fenómeno del control de la constitucionalidad en el Perú, con énfasis en el control concentrado y en el Tribunal Constitucional peruano: fenómeno que tuvo su máxima expresión en la Constitución de 1979, con la inauguración del Sistema de Control Concentrado de la constitucionalidad y la elevación a rango constitucional del Sistema de Control Disperso de la constitucionalidad, configurando el Sub-Modelo Dual o Paralelo actualmente imperante en el país, que la Carta de 1993 ha mantenido.

La investigación pretende demostrar la hipótesis que es inherente a la calidad de ente de control concentrado de constitucionalidad, de normas infraconstitucionales de primer rango, la de ser titular de la primacía de la interpretación constitucional y, por consiguiente, que el Tribunal Constitucional peruano es el intérprete supremo de la Constitución; calidad que, por lo demás, a pesar de la omisión en que incurre el texto de la Constitución de 1993 en este aspecto, le ha sido reconocida por los Artículos 39 y 40, así como por la Primera Disposición General, de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley No. 26435. Para demostrarla se ha dividido el trabajo en tres capítulos.

El primero comprende el estudio del marco doctrinario que rodea la problemática de la constitucionalidad propiamente dicha, que constituye la materia de control, y los diversos sistemas de control de constitucionalidad que admite actualmente el Derecho Constitucional.

* Ensayo elaborado a raíz de los estudios realizados por el autor en la Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Escuela de Graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

El segundo abarca la temática del control de constitucionalidad en el Perú, para cuyo efecto se ha realizado un rastreo del período comprendido entre la fundación de la República y la Constitución de 1979, para determinar así qué atisbos o normas existieron al respecto; se ha revisado el control de constitucionalidad a partir de la citada Constitución, con atención especial en el control concentrado de constitucionalidad; y se ha estudiado y reflexionado sobre el modelo de control de constitucionalidad actualmente vigente, justificando la tipificación particular del mismo que se asume.

El tercero se centra en el Tribunal Constitucional peruano y en la tarea que le corresponde como supremo intérprete de la Constitución, analizando la consustancialidad de la interpretación constitucional en el análisis de constitucionalidad, como elemento inherente al control concentrado de constitucionalidad; la técnica de interpretación constitucional; las características de la interpretación constitucional; y parte de la normatividad vigente, para establecer los retos y riesgos que se presentan a este ente de control concentrado de constitucionalidad, como máximo intérprete de la Constitución.

Para la realización del presente trabajo se utilizaron libros de doctrina sobre la materia y se revisaron los textos, actas y documentos originales, que en su mayoría constituyen textos de fuente directa.

CAPÍTULO I

Marco Doctrinario

Conforme se ha adelantado en la introducción del presente trabajo, en este capítulo, antes de abordar propiamente el caso peruano y el rol del Tribunal Constitucional en cuanto a la interpretación constitucional, se tratará sobre el marco doctrinario que rodea la problemática de la constitucionalidad, para cuyo efecto, en primer término, se intentará despejar la incógnita de ¿qué es la constitucionalidad? y, a partir de ese punto, ingresar propiamente a los sistemas de control de constitucionalidad reconocidos por la doctrina.

1. La constitucionalidad

Cualquier intento de escudriñar la problemática de la constitucionalidad, para lograr un acercamiento a su naturaleza y alcances, obliga a referirse

al nacimiento y origen del constitucionalismo, el cual está íntima e indisolublemente ligado al fenómeno del poder político. Por consiguiente, subyace en tal intento la necesidad de despejar la incógnita que encierra el poder en general y el poder político en particular.

Al respecto, Karl Loewenstein, al tratar sobre lo que denomina la enigmática tríada, sostiene que «*Los tres incentivos fundamentales que dominan la vida del hombre en la sociedad y rigen la totalidad de las relaciones humanas, son: el amor, la fe y el poder;...*»¹, los cuales son fuerzas vitales y consustanciales al ser humano, que vienen con él y forman parte de él; frente a las que el conocimiento se limita a la constatación de sus manifestaciones, pero no alcanza a la comprensión de su esencia. «*Cualquier definición ontológica está abocada al fracaso, ya que la capacidad de percepción humana está confinada al resultado externo.*»², sentencia el mismo Loewenstein.

La contundencia de este último aserto podría resentir a cualquier investigador serio si la expresión no viniera de uno de los mas connotados constitucionalistas del presente siglo que, como bien se sabe, a través de sus reflexiones en torno al proceso del poder político, introdujo la hoy indiscutida multidimensionalidad del poder político, acabando con la tesis de la separación de poderes.

Sin embargo, se trata de un aserto cierto, nacido de la evidencia que siendo el poder inherente a la naturaleza humana, pertenece al misterio de la vida misma y, por lo tanto, como aquella, no tiene una explicación lógica, racional, convincente y absolutamente satisfactoria para el entendimiento de los seres humanos; los cuales deben limitarse a su constatación, a través de las manifestaciones que se producen de éste en lo fáctico. Más que entender las entrañas mismas del poder, se trata de constatar sus efectos y, a partir de allí, construir una racionalidad.

Ahora bien, estas tres fuerzas vitales, que son energías que nacen, se desarrollan y fenecen con el hombre y lo orientan hacia el logro de sus objetivos, forman parte de la naturaleza humana, por lo que están presentes en todas las personas; empero, en distinta proporción en cada una. Así, habrá algunas cuyo amor las lleve a grandes sacrificios, otras que estarán movidas por la fe, mientras que en muchas el poder será el impulso de sus acciones. Al respecto, es curioso observar que «*La historia muestra cómo el amor y la fe han contribuido a la felicidad del hom-*

¹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Barcelona, Editorial Ariel, 1982. p. 24.

² *Loc. cit.*

bre, y cómo el poder a su miseria.»³, lo cual revela que las dos primeras (el amor y la fe) pareciera que están ligadas a la virtud y la tercera (el poder) a la sensualidad, al exceso, al abuso y, en general, a la negatividad.

Cuando los efectos del poder comprometen a una colectividad y están en función de su organización éste es político. Por consiguiente, el poder político se da en la dimensión de la estructura y el funcionamiento de la sociedad, permitiendo «...*incorporar un orden donde la autoridad debe conseguir una convivencia social acorde con el derecho.*»⁴; constituye la infraestructura dinámica de la institucionalización sociopolítica.

Dicho poder político debe ser regulado en su ejercicio, para que sus detentadores no incurran en los excesos ni abusos que pueden darse por el propio carácter de esta energía vital, que, como está dicho, viene lamentablemente ligada a la negatividad; dándose por tanto en paralelo al fenómeno del poder político, la necesidad de regular su ejercicio.

Es frente a esta necesidad de regulación del ejercicio del poder político que se origina el constitucionalismo, para que la organización de los estados y, en general, la vida social, se de en un marco de respeto a los derechos de sus miembros, en aras de lograr el bienestar general, con justicia y en libertad; evitando los excesos y abusos en el ejercicio del poder político, a través de mecanismos de compensación e intercontrol. Por eso:

«La historia del constitucionalismo no es sino la búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder, así como el esfuerzo de establecer una justificación espiritual, moral o ética de la autoridad, en lugar del sometimiento ciego a la facilidad de la autoridad existente.»⁵.

En este orden, la Constitución debe entenderse como el instrumento normativo fundamental de plasmación objetiva de la regulación del ejercicio del poder político, que contenga las reglas básicas para el equilibrio entre gobernantes y gobernados, fijando límites y controles al poder de los primeros y derechos y obligaciones para los segundos, a los efectos de, siguiendo a Vanossi⁶, dar cumplimiento a su función

⁴ SILVA PANEZ, MAX. *El fenómeno del poder político y su enseñanza en la facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Tesis presentada para obtener el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, 1995. p. 171.

⁵ LOEWENSTEIN, KARL. *Op. cit.*, p. 150.

⁶ VANOSI, JORGE REYNALDO. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

distribuidora –tratamiento de las limitaciones a los gobernantes– y a su función regularizadora –tratamiento del equilibrio de las relaciones entre gobernantes y gobernados. Debe comprender, además, un proyecto político –conjunto de ideales y principios del pueblo–, una respuesta social –conjunto de normas de coyuntura que el Legislador Constituyente formula en atención a los requerimientos de la realidad sobre la que norma– y un contrato social –conjunto de acuerdos a los que arriban las distintas fuerzas políticas representadas en la respectiva asamblea constituyente.

Para que una Constitución cumpla realmente sus fines y no se convierta simplemente en un cúmulo de buenas intenciones del Legislador Constituyente, es imprescindible que sea complementada con el conjunto de leyes y demás disposiciones reglamentarias que aseguren su operatividad; las cuales deben guardar armonía y concordancia plena con sus postulados. Esto es, no desnaturalizarla, no desbordarla, no contradecirla ni entrar en pugna con ella. En otras palabras, serle compatibles, por el fondo y por la forma. No incurrir en inconstitucionalidad.

Es en este punto del análisis, que corresponde referirse al tema de la constitucionalidad, cuya importancia salta a la vista, si se tiene en cuenta que, en gran medida, el éxito de una Constitución depende del que sus normas reglamentarias mantengan su inspiración, su racionalidad, su lógica y, en general, su plena vigencia.

Ante la pregunta ¿qué es la constitucionalidad?, la doctrina no ha brindado una respuesta clara y precisa, a pesar que se refiere a esta figura del Derecho Constitucional en forma reiterada, lo cual obliga a asumir la responsabilidad de intentar una respuesta en los siguientes términos: la constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; siendo consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico.

La determinación de la existencia o inexistencia de ese vínculo entre la norma constitucional y la norma reglamentaria (ésto es, de constitucionalidad) está ligada al tema de la interpretación constitucional, desde que conociendo a cabalidad el espíritu, los alcances y el auténtico sentido de cada norma constitucional, se podrá establecer si la norma reglamentaria ha mantenido su espíritu, sus mismos alcances y su

verdadero sentido; o si por el contrario, los ha desnaturalizado. Si es constitucional o no.

En tal sentido, constitucionalidad e interpretación constitucional son dos elementos inseparables, por lo que para determinar cuando se está ante la primera es necesario manejar una adecuada técnica de interpretación constitucional. Al respecto, en el Capítulo III del presente trabajo se ahondará en la consustancialidad de la interpretación constitucional en el análisis de constitucionalidad.

2. El control de constitucionalidad

En este orden de ideas, frente a los numerosos casos de dispositivos legales que, aunque formalmente bien aprobados dentro de los propios órdenes constitucionales, desbordaban los alcances de las cartas constitucionales, llegando a incurrir en abierta y flagrante contradicción con sus principios y postulados, se fueron dando diversas reacciones, con el propósito de impedir que las normas inconstitucionales fueran aplicadas y se estuviera ante el insólito hecho que, aun dentro del propio Estado de Derecho y en el marco de vigencia de la Constitución, ésta fuera violada; reacciones que fueron formando la doctrina que ha dado base a la denominada Jurisdicción Constitucional, rama del Derecho Constitucional que estudia, entre otros importantes aspectos, los mecanismos de control de la constitucionalidad y, dentro de éstos, los siguientes modelos o sistemas:

2. 1. El Modelo Americano

Casi en forma unánime los constitucionalistas aceptan que el primer antecedente sobre el control de constitucionalidad lo constituye el caso *Marbury versus Madison*, sobre el cual resulta ilustrativo hacer una breve reseña, precisando que el mismo se origina a principios del Siglo XIX, a raíz de la intervención de John Marshall, presidente de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en una reclamación promovida por William Marbury –quien fuera afectado por la negativa de la administración del presidente Thomas Jefferson de reconocer la creación de 42 judicaturas de paz en la ciudad de Washington y las designaciones respectivas, que se habían producido en los últimos días de la administración de su predecesor, el presidente Adams -, contra James Madison, quien era el Secretario de Estado.

El 24 de febrero de 1803, la Corte Suprema de los Estados Unidos emitió un fallo, que fuera diseñado por el propio juez John Marshall, en el que, entre otros puntos, estableció «... *el principio de la primacía de la Constitución como texto normativo fundamental del Estado.*»⁷ y la inaplicabilidad, por incompatibilidad, de la disposición que desconocía la creación de las precitadas judicaturas y respectivas designaciones.

Este Modelo Americano, también denominado de Revisión Judicial (*judicial review*), de Control Disperso, de Control Difuso o de Control Judicialista «...*operaba sólo a pedido de parte, en causa pendiente y con efectos de no aplicación, o sea, de alcance relativo.*»⁸.

Es interesante anotar, que en este sistema el control de constitucionalidad corresponde a los jueces y magistrados, quienes, al resolver los casos concretos que conocen, si observan que entre las posiciones jurídicas que tienen las partes existe incompatibilidad entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía deben preferir la primera. Nótese que se trata de un control puntual, en el caso concreto, de inaplicación excepcional de la norma inconstitucional, que no tiene efecto general y que no anula ni deroga la norma. Nótese también que la facultad de control no corresponde a un ente especial, sino que está distribuida o repartida entre los jueces y magistrados del Poder Judicial, como una atribución adicional a las que poseen y corresponden a su función jurisdiccional.

Para concluir con la referencia a este modelo, debe enfatizarse que, como lo detalla Furnish, la propia Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido las siguientes limitaciones a la revisión judicial: a) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte considerará con respecto a una ley; b) Se requiere un «*caso o controversia*» auténtico para probar la validez de una Ley del Congreso; c) La Corte Suprema no intervendrá en una «*cuestión política*»; y d) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso⁹.

⁷ Comisión Andina de Juristas. «*Jurisprudencia, Caso Marbury vs. Madison*». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 2*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1988. p. 100.

⁸ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «*La acción de inconstitucionalidad en el Derecho comparado*». En *Lecturas Constitucionales Andinas No. 1*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991. p. 185.

⁹ FURNISH, Dale B. «*La Revisión Judicial*» de la constitucionalidad de las leyes en los Estados Unidos». En el colectivo «*Sobre la jurisdicción constitucional*». Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. pp. 90-96.

2.2. El Modelo Europeo

El Modelo Europeo, Modelo Austríaco, Modelo Kelseniano, Modelo de Control Ad-Hoc o Modelo de Control Concentrado de Constitucionalidad fue ideado por Hans Kelsen e inaugurado con la creación en 1919 del Tribunal Constitucional de Austria; siendo, al año siguiente, reconocido en la propia Constitución austríaca de 1920. Este modelo se caracteriza por confiar el control de la constitucionalidad a un ente especial, cuyas resoluciones hacen inaplicable la norma inconstitucional. Esto es de dejar de tener vigencia en lo sucesivo. Sobre este modelo García Belaunde afirma:

«Se caracteriza por confiar el control constitucional a un órgano jurisdiccional especial y concentrado, pero que está fuera de la triada clásica de poderes y sin relación de dependencia con el Poder Judicial, aparte de otras características.»¹⁰

De otro lado, el mismo García Belaunde agrega:

«Hoy este modelo se encuentra difundido en Europa y otros países, a diferencia del modelo llamado americano,..., tiene el carácter de concentrado, abstracto y derogatorio.»¹¹.

En efecto, es concentrado porque un solo órgano es el que ejerce el control de constitucionalidad (en muchos casos en forma exclusiva y excluyente respecto de los otros órganos del Estado), de manera que la facultad o el poder de control está, como su nombre lo indica, concentrada en el ente que detenta dicha facultad o poder; es abstracto porque analiza la norma cuestionada en forma aislada e independiente del caso concreto que pueda haber dado origen a su cuestionamiento (realizando una suerte de análisis de puro derecho entre la norma constitucional y la norma de menor jerarquía objeto de impugnación, para descubrir si contiene algún vicio de inconstitucionalidad); y es derogatorio, porque anula la ley o la norma cuestionada, la cual deja de tener vigencia y efectos para todos, por lo que la declaración de inconstitucionalidad será expresa y de alcance general (*erga omnes*).

¹⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, p. 185.

¹¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución Peruana*. Lima, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L., 1992. p. 162.

Antes de concluir con la referencia a este modelo de control de constitucionalidad, no debe obviarse a Sieyès, quien fue el precursor de este sistema, al proponer, en 1795, la creación de un *jury constitutionnaire* y, en un segundo proyecto, la creación de un organismo al que se le atribuiría la función de velar por la vigencia de la Constitución. Por tal razón, Francisco Fernández Segado acota con acierto:

«Al margen ya de esas funciones, en el proyecto de Sieyès existía un artículo clave: el VIII. A tenor del mismo: «Les actes déclarés inconstitutionnels par arret du jury constitutionnaire, sont nuls et comme non avenues». La importancia de un precepto de esta naturaleza es verdaderamente notoria, pues es la primera vez que con claridad se establece como sanción de la declaración de inconstitucionalidad, la nulidad del acto inconstitucional.»¹².

2.3. El Modelo Político

El Modelo Político de Control de Constitucionalidad tiene sus orígenes en las constituciones francesas de 1799 y 1852, a partir de las cuales va cobrando importancia y reconocimiento en el decurso del siglo XIX, dándose posteriormente en diversos países. Sobre el mismo, García Belaunde sostiene:

«Se llama político, porque confía a un órgano político, en este caso el legislativo, el control de constitucionalidad. Como tal, ha funcionado sin grandes consecuencias, y además es quizás el menos orgánico. Cabe destacar que durante mucho tiempo –y aún ahora– muchos países contemplan entre las funciones del Parlamento, respetar y cuidar de la observancia de la Constitución.»¹³.

Se trata de un control previo a la aprobación de la norma, que se da paralelamente o al final, según los casos, del proceso de debate y aprobación del proyecto respectivo, al interior del propio Poder Legislativo,

¹² FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «*El Modelo Francés de Control Político de la Constitucionalidad de las Leyes: Su Evolución*». En el colectivo *Sobre la Jurisdicción Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1990. p. 111.

¹³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La Acción de Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado». *Op. cit.*, p. 186.

que opera mediante una comisión *ad hoc* que tiene la función de detectar cualquier vicio de inconstitucionalidad que se da respecto de los proyectos que son materia de discusión, debate y aprobación. Es un control preventivo, que advierte y evita la inconstitucionalidad; el cual corresponde al propio órgano encargado de reglamentar la Constitución. Esto es al Poder Legislativo.

En Francia ha tenido gran auge por la vocación parlamentarista de ese país y por su arraigada tradición antijudicialista, fruto de, como bien lo señala Francisco Fernández Segado, razones históricas (confianza sin límites en la voluntad general y extremado recelo frente a los jueces), razones ideológicas (doctrina de Montesquieu sobre la separación de poderes y el carácter democrático - radical y asambleario proveniente del período revolucionario) y razones prácticas (asegurar una tutela contra la ilegalidad y los abusos del Poder Ejecutivo, mas que contra los excesos del Legislativo)¹⁴.

2.4. Los otros modelos

Además de los modelos a los cuales se ha hecho referencia líneas arriba, a los que, siguiendo al mismo García Belaunde, podría denominárseles modelos originarios, se dan otros modelos que derivan de los originarios y que constituyen bien una combinación de ellos o bien una aplicación conjunta de los mismos, que podrían ser catalogados en dos sub-modelos: el Sub-Modelo Mixto y el Sub-Modelo Dual o Paralelo.

El Sub-Modelo Mixto se da como resultado de la combinación, mezcla o fusión de dos o más modelos originarios, creándose uno nuevo, que viene a ser distinto de los originarios que le sirvieron de base, como es el caso del modelo aplicado en el Brasil, en el cual a pesar de la existencia de un control disperso de constitucionalidad se ha incorporado la acción directa de inconstitucionalidad, bajo las modalidades interventiva y genérica (la primera cauteladora del orden interno respecto de los ordenamientos federales y la segunda cauteladora de la constitucionalidad de las leyes en general).

El Sub-Modelo Dual o Paralelo se da como resultado de la aplicación de dos o más modelos originarios, que coexisten en forma independiente y autónoma, manteniendo cada uno de ellos sus propias características, como es el caso peruano, en el cual se tienen el Sistema de Con-

¹⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Op. cit.*, pp. 109-110.

trol Disperso y el Sistema de Control Concentrado de constitucionalidad y respecto del cual se tratará en la parte final del Capítulo II de la presente investigación.

CAPÍTULO II

El control de constitucionalidad en el Perú

1. Consideraciones previas

Como bien afirmaba don Manuel Vicente Villarán, en «...frase que se ha hecho célebre —y que luego otros han repetido sin citar la fuente —...»¹ «...el Perú ha vivido haciendo y deshaciendo constituciones.»²; a tal punto que en sus casi ciento cincuenta años de vida republicana son doce las constituciones que ha tenido, sin contar una serie de «instrumentos normativos con pretensión constitucional» que, en diversas épocas, dictadores de turno y gobiernos *de facto* impusieron.

Esta cantidad de constituciones, cuya vigencia promedio no supera los quince años, es un reflejo de los problemas de origen que presenta el Perú, cuya formación, como la de los demás estados nacionales de América Latina fue distinta a la de los estados nacionales europeos.

En efecto, aquellos se formaron a través de un largo y lento proceso, que duró más de tres siglos, en el cual los acontecimientos fueron consecuencia de un desarrollo de la concepción del mundo y de una toma de conciencia de la necesidad de formarse como estados independientes, unida a elementos culturales, étnicos, tradicionales e históricos, entre otros, de cada pueblo, en el marco del avance de las ideas que, partiendo de una concepción absolutamente teológica del poder, fueron trasladando su titularidad, primero al monarca, sujeto a las leyes de Dios y de la naturaleza, y finalmente al pueblo, en una evolución que fue de la monarquía absoluta a la democracia plena, con ciertas modalidades intermedias, algunas de las cuales perduran hasta hoy en día, como es el caso de España e Inglaterra, por citar tan sólo dos ejemplos.

En cambio en América Latina, la formación de los estados nacionales

¹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de Gutiérrez Camacho, Walter. *Las constituciones del Perú*. Lima, Edición Oficial, 1993. p. 9

² *Loc. cit.*

fue consecuencia de un corto período, comprendido entre 1780, año en que se produjo la rebelión de José Gabriel Condorcanqui, considerada como el evento que marca el inicio de la emancipación americana, quien a nombre de los indígenas de las tierras conquistadas, se levantó contra los representantes de la corona española (en circunstancias en que el centro del poderío español se encontraba en el Perú), y el primer tercio del siglo XIX, en que ya se había producido la declaración de la independencia de los nuevos estados. Este corto período entre el inicio de la gesta emancipadora y la creación formal de los estados nacionales, no permitió el adecuado desarrollo de la conciencia necesaria para la constitución de los mismos.

De otro lado, los estados nacionales en América Latina surgieron dentro de un contexto *sui generis* y atípico, caracterizado por la existencia de una serie de elementos y de fuerzas que provocaron, simultáneamente, energías centrífugas y centrípetas; por lo que puede afirmarse que la emancipación americana no correspondió en verdad a un movimiento unánime, coherente, deseado por todos los involucrados y conscientemente aceptado; sino que fue en cierta medida un fenómeno impuesto por las circunstancias, en cuya base se daba un tejido social enmarañado y complejo, así como impregnado de intereses, fuerzas y posiciones contradictorias. El Perú no sólo no fue ajeno a este contexto, sino que en él se dieron con más énfasis estas contradicciones; al punto que el célebre Jorge Basadre sostuviera :

«Por el mayor enraizamiento de la tradición colonial, por la abundancia de funcionarios, nobles y comerciantes prósperos dentro del régimen vigente, por las condiciones excepcionales que supo desplegar el virrey Abascal, el Perú no sólo resultó el país menos movido por la conmoción libertadora sino el paladín de la resistencia colonial. Fueron necesarias las intervenciones argentina, chilena y colombiana para libertar al Perú.»³.

Es ciertamente un inicio débil, dubitativo y sin convicción popular, que permite entender la razón de su posterior decurso y de su situación actual.

Es de relevar, por tanto, que el Perú, insólitamente, nace como Estado nación en medio de una abierta contradicción entre dos elementos, cuyo ensamble y armonía resultaban consustanciales para su real existen-

³ BASADRE, Jorge, *Perú: problema y posibilidad*. IV Edición. Lima, Consorcio Técnico de Editores, 1978. p. 19

cia: la sociedad y el Estado formal. Por lo demás, aquella, desarticulada, ausente de una verdadera conciencia de nación, con grupos que tenían intereses distintos y hasta contrapuestos e, inclusive, con etnias en pugna; aquel, estructurado en base a modelos que no habían sido probados ni consultados al pueblo.

En este contexto se pretendió imponer un derecho importado, que no respondía a la realidad nacional, con textos que eran calco o remedo de los aprobados por los nacientes estados nacionales europeos, pero cuyo proceso de formación y creación había sido muy distinto al peruano; circunstancia a la cual se sumó en un curioso y peculiar fenómeno, el que los hechos políticos (en un marco en que el caudillismo, la improvisación, el oportunismo y la primacía de los intereses individuales y grupales sobre los nacionales eran el común denominador) fueran sometiendo al derecho, al punto de convertirse en su fuente principal.

Divorcio entre sociedad y Estado formal, importación de derecho cuando no derecho impuesto por los hechos políticos coyunturales, sumados a una crisis atípica, *sui géneris*, permanente y retroalimentada, han significado que el Perú aún sea un Estado nación en formación, como lo sostiene con acierto Enrique Bernalles Ballesteros.

En este orden de ideas, las constituciones no han correspondido a las realidades que se pretendía regular. No han sido una efectiva respuesta a los aquí y ahora de cada momento histórico. Por ello, los detentadores del poder no han vacilado en dejarla de lado y, con la pasividad en algunos casos o anuencia del pueblo en otros, cambiarla.

No obstante ello, los Legisladores Constituyentes han hecho esfuerzos, tímidos al principio y mas intensos y valientes en las últimas constituciones, para rescatar, resguardar y defender dos valores que, sin lugar a dudas, son esenciales para la vigencia del sistema democrático, del estado de derecho y de la institucionalidad del país: la persona humana y la constitucionalidad.

Interesa esta última, porque siendo la constitucionalidad el vínculo de armonía y concordancia plena entre la norma constitucional y sus correlatos reglamentarios, en sus diversos niveles de especificidad, si ésta no se resguarda no existe garantía que, aun dentro de la vigencia de una Constitución, se esté en un verdadero Estado de Derecho, en el cual gobernantes y gobernados, sin distinciones de ninguna naturaleza, se sometan a la Constitución y a sus disposiciones reglamentarias.

Desde esta perspectiva, si se quiere garantizar en el Perú la vigencia de la Constitución, su supremacía, el fortalecimiento del sistema democrático, el mantenimiento y reforzamiento del Estado de Derecho y, en general, afincar la institucionalidad, el tema del control de la

constitucionalidad resulta de vital importancia.

¿Existió desde los albores de la República una noción clara de la problemática de la constitucionalidad? ¿Concibieron los primeros legisladores que era necesario el establecimiento de mecanismos de control de constitucionalidad desde los inicios de nuestra vida democrática?, ¿Qué ocurrió en esta temática en el presente siglo y, concretamente en la vigente Carta de 1993?, son preguntas que exige una investigación rigurosa.

A partir del análisis del control de constitucionalidad, a través del desarrollo de nuestra vida republicana, es factible arribar a una tipificación del sistema actualmente vigente de control de constitucionalidad en el Perú, que comprenda la experiencia del Tribunal de Garantías Constitucionales creado por la Constitución de 1979 y desactivado a partir del golpe de Estado del 5 de abril de 1992, para arribar a un estudio concreto y puntual del Tribunal Constitucional creado por la Carta de 1993 y, ya en el siguiente capítulo, específicamente, respecto a la tarea que le compete como supremo interprete de la constitución.

2. El control de constitucionalidad antes de la Constitución de 1979

2.1. Los primeros atisbos

Pese a que los textos constitucionales anteriores a la Constitución de 1979, excepción hecha de las cartas de 1856 y 1933, presentan como común denominador en torno al control concentrado y al control difuso de la constitucionalidad un marcado silencio, ninguno de ellos fue totalmente ajeno a lo que Jorge Danós y Martha Sousa, siguiendo a Zárate Polo, describen como «...una cierta preocupación por el control de la constitucionalidad de las normas.»⁴, pero orientada y basada en lo que el connotado constitucionalista español Francisco Fernández Segado ha denominado la mas pura línea Gaditana⁵, consagrada en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada por el rey Fernando VII para España y sus colonias, conocida como Constitución de Cádiz de

⁴ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge; SOUSA CALLE, Martha. «El control jurisdiccional de las normas jurídicas de carácter general». En *La Constitución Peruana de 1979 y su problemas de aplicación*. Lima, Cultural Cuzco S.A., 1987. p. 288

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Seminario jurisdicción constitucional*. Lima, versión magnetofónica de conferencia dictada el 13.06.96.

1812, cuyos artículos Nos. 372 y 373, ubicados dentro del Capítulo Unico de su Título X denominado «*De la observancia de la Constitución, y modo de proceder para hacer variaciones a Ella.*»⁶, textualmente señalaban:

Artículo 372º.— Las Cortes en sus primeras sesiones tomarán en consideración las infracciones de la Constitución que se les hubieren hecho presentes, para poner el conveniente remedio, y hacer efectiva la responsabilidad de los que hubiesen contravenido á ella.⁷.

Artículo 373.— Todo español tiene derecho de representar á las Cortes ó al Rey para reclamar la observancia de la Constitución.⁸.

Como se observa, se trataba en verdad de un atisbo de control de constitucionalidad, pero de orden eminentemente político, pues su ejercicio correspondía a la Corte y al Rey, y centrado mas que en una «infracción» normativa en una de carácter fáctico cometida contra los preceptos constitucionales, principalmente, por quienes ejercían cargo público, cuyo influjo se mantuvo en todas las Constituciones anteriores a la de 1979, sin excepción, dentro del entendimiento que era el Poder Legislativo el órgano al que correspondía el control de las infracciones a la Constitución.

En esta misma línea se encuentran, entre otros, los numerales 186 y 187 de la Constitución de 1823 (ubicados en su Capítulo IV —denominado «Observancia de la Constitución»— de su Sección Tercera); los artículos Nos. 47, inciso 4, y 150 de la Constitución de 1826 (ubicados en su Capítulo III —denominado «De la Cámara de Senadores»— de su Título V, y en su Capítulo Unico —denominado «De las Garantías»— de su Título XI, respectivamente); los preceptos Nos. 173 y 174 de la Constitución de 1828 (ubicados en su Título X denominado «Observancia de la Constitución y su revisión»); el numeral 178 de la Constitución de 1834 (ubicado en su Título XI denominado «Observancia y reforma de la Constitución»); el precepto No. 184 de la Constitución de 1839 (ubicados en su Título XIX denominado «Observancia de la Constitución»); el numeral 107, Inciso 1, de la Constitución de 1860 (ubica-

⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, p. 64

⁷ *Loc. cit.*

⁸ *Loc. cit.*

do en su Título XIII denominado «Comisión Permanente del Cuerpo Legislativo»); y el precepto No. 83, Inciso 4, de la Constitución de 1920 (ubicado en su Título VIII denominado «Del Poder Legislativo»); debiendo hacerse hincapié que mas adelante se hará referencia específica a las constituciones de 1856 y de 1933, en razón que en ellas sí existen elementos mas destacables sobre la problemática del control de constitucionalidad.⁹

Al concluir esta breve referencia, debe enfatizarse que se trataba en verdad de un control respecto de los actos que constituían infracciones, violaciones o atentados contra la Constitución y no respecto de normas que, eventualmente, pudieran entrar en pugna con ella; y que, por lo demás, en forma unánime, en todos ellos se otorgaba al Congreso, entre otras, la atribución de interpretar las leyes, lo cual implicaba un análisis de legalidad, que, en el fondo, como siempre ocurre cuando se analiza la legalidad de una norma, conllevaba un análisis de constitucionalidad en forma implícita.

2.2. La Constitución de 1856

Los legisladores constituyentes, que elaboraron las constituciones de 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1860, 1867 y 1920, no concibieron ni trataron, por cierto, el control concentrado de constitucionalidad ni el control difuso de constitucionalidad y, menos aún, imaginaron prever o establecer mecanismos procesales para su funcionamiento, ya que, como se ha adelantado, el andamiaje constitucional se asentaba en una concepción absolutamente dominada por la idea de que el Poder Legislativo era el primer poder del Estado y, como tal, las normas que el dictaba sólo podían ser interpretadas, revisadas y modificadas por el mismo, descartándose, por tanto, el examen explícito de constitucionalidad, en los términos que hoy recoge, acepta y propugna unánimemente el Derecho Constitucional.

Sin embargo, es curioso observar que la Constitución de 1856 terminó, aparentemente, con esta tradición, si se tiene en cuenta el texto de su artículo No. 10:

«*Artículo 10.*— Es nula y sin efecto cualquier ley en cuanto se oponga á la Constitución. Son nulos igualmente los actos de los

⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*, pp. 117-131-145-178-206-263-307-323-357.

que usurpen funciones públicas y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.»¹⁰.

Sobre esta norma Jorge Danós y Martha Sousa coinciden en que fue la primera y, finalmente, la única de rango constitucional que antes de la Constitución de 1979 consagró, en forma expresa e inequívoca, «...el principio de que sería inválido todo acto legislativo dictado en contravención de las normas fundamentales.»¹¹; y Aníbal Quiroga León agrega, que:

«Lo que si resulta novedoso, y pionero además, es que el embrión de un esbozo de Justicia Constitucional puede ser hallado en esta importante –pero de breve vigencia – constitución..»¹².

Si se trata de escudriñar en la motivación que tuvieron los miembros de la Convención Nacional encargada de elaborar la Constitución de 1856, para plasmar en su texto la norma contenida en el precitado artículo 10°, que se ha transcrito líneas arriba, salvo la propuesta del congresista Escudero, relacionada con la precisión de señalar «*leyes secundarias*»¹³, presentada en la sesión de la Convención Nacional del sábado 5 de enero de 1856, no existen mayores luces que iluminen el análisis tendiente a descubrir las razones de la inclusión en el texto de la Constitución de 1856 del referido artículo 10, cuya primera parte fuera eliminada por el Constituyente de la Carta de 1860; eliminación respecto de la cual si aparecen algunos elementos de juicio, que constan en el Diario de Debates del Congreso reunido en 1860 para reformar la Constitución de 1856, por lo que por el camino residual quizás se pueden hallar algunos derroteros.

En dicho Diario de Debates, en la sesión del 11 de setiembre de 1860, en la que se discutió sobre el texto sustitutorio del nombrado Artículo 10 que eliminaba su primera parte, aparece la intervención del Congresista Arenas¹⁴, miembro de la Comisión encargada de elaborar el proyecto, quien fundamentó las razones de tal eliminación.

¹⁰ Convención Nacional 1855 - 1856. *Actas oficiales y extractos de las sesiones en que fue discutida la Constitución de 1860*. Publicación ordenada por la Cámara de Diputados. Lima, Empresa Tipográfica La Unión, 1910. p. 595.

¹¹ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; SOUSA CALLE, Martha. *Op. cit.*, pp. 289-290.

¹² AA.VV. *Una aproximación a la justicia constitucional*. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 1990, p. 199.

¹³ Convención Nacional 1855 - 1856. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁴ Congreso de la República. *Diario de Debates del Congreso reunido en 1860 que*

En la intervención del señor Arenas se encuentran algunos elementos importantes a considerar, reveladores de las ideas que en aquel entonces primaban en el criterio de los Legisladores Constituyentes, tales como:

- La conceptualización que las normas constitucionales tienen el carácter de sagradas e inviolables, por lo que las normas de inferior jerarquía que les sean opuestas carecen de legitimidad, en un reconocimiento expreso del principio de la jerarquía y primacía de la Constitución;

- La idea que animó a los constituyentes de la Carta de 1856 para aprobar el mencionado Artículo 10, cuando Arenas sostiene que «...*quisieron sin lugar a dudas impedir los extravíos de los Congresos, que realmente pueden dictar leyes opuestas a la Constitución*»¹⁵, revelando que existió la preocupación por establecer un freno al Poder Legislativo, una suerte de control de constitucionalidad, pero sin desarrollar cómo efectuarlo ni a través de quién; y

- La idea que sólo correspondía al Congreso frenar los excesos que pudieran producirse en su propio seno y, por consiguiente, que las leyes contrarias a la Constitución debían cumplirse, hasta que el Poder Legislativo las dejara sin efecto, como un mecanismo de impedir el caos que, según presumían, se produciría de mantenerse una norma como la del Artículo 10 de la Constitución de 1856.

2.3. El debate producido el año 1923 en la Comisión Reformadora del Código Civil

Después de los antecedentes que se han detallado, se produce un gran silencio normativo en la temática relacionada con el control de la constitucionalidad hasta 1923, año en el cual se lleva a cabo, en el seno de la Comisión Reformadora del Código Civil un interesante debate promovido por uno de sus miembros, el señor A. Solf y Muro, quien en la sesión No. 20, del 21 de febrero de 1923, propuso la inclusión en el Título Preliminar del proyecto el siguiente texto: «*Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá la*

ha reformado la Constitución dada por la Convención en 1856. Lima, Tipográfica del Comercio, 1860. p. 176.

¹⁵ Loc. cit.

primera.»¹⁶. Dicho texto fue debatido en la sesión No. 21, del miércoles 28 de febrero de 1923, a la cual asistieron los señores Juan José Calle, M.A. Olaechea, Pedro M. Oliveira, A. Solf y Muro y Hermilio Valdizán, y actuaron como secretarios José M. Calle y Alberto Ulloa¹⁷; debate del cual pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- Que el control disperso de constitucionalidad, creado a partir de su primer antecedente constituido por el caso *Marbury versus Madison*, plantaba sus primeras raíces en el Perú; y

- Que ya existía conciencia de la importancia y trascendencia del control disperso de constitucionalidad, aunque con cierta reserva, expresada a través de las reflexiones de los señores Solf y Olaechea, tanto es así, que éste último sostenía la tesis de reservar ese control solo a la Corte Suprema, por considerar excesivo que el mismo fuera ejercido por jueces inferiores; no obstante lo cual, a la postre, se impuso el criterio de señalar el principio y dejar para una reglamentación posterior la regulación específica del trámite de ejercicio del control en cuestión¹⁸.

Al final, quedó consagrada la fórmula que, trece años después, se recogiera en el artículo XXII del Código Civil de 1936, que a la letra ordenó:

«Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera».¹⁹.

2.4. El anteproyecto de Constitución de la Comisión Villarán de 1931.

La Junta de Gobierno que presidiera don David Samanez Ocampo designó, por resolución suprema del 7 de agosto de 1931, ampliada por las resoluciones supremas de 21 de agosto y 22 de setiembre del mismo año, una comisión presidida por el ilustre jurista don Manuel Vicente Villarán e integrada por los connotados hombres de derecho Víctor Andrés Belaunde, Diómedes Arias Schreiber, Carlos García Castañeda, Car-

¹⁶ Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (1923). *Actas de las sesiones*. Lima, Imprenta C.A. Castrillón, 1928. Tomo I, p. 102.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 102-103-104.

¹⁸ Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (1923). *Op. cit.* p. 114.

¹⁹ *Ibid.*, p. Tomo VIII, p. 40.

los Doig y Lora, Jorge Basadre, José León Barandiarán, Toribio Alayza y Paz Soldán, Ricardo Palma, Luis Valcárcel, Emilio Romero y César Antonio Ugarte, a la cual encargó la elaboración de un anteproyecto de Constitución, que sería sometido al Congreso Constituyente convocado, precisamente, para fines del año 1931.

Esta comisión elaboró un magnífico anteproyecto, en el cual puso de relieve la ineludibilidad de convertir a la Corte Suprema en el guardián de la constitucionalidad, recogiendo el sistema de control disperso. Lamentablemente, la Constituyente convocada con fecha 8 de diciembre de 1931 y a tres días de haberse producido la entrega del anteproyecto, lo desechó en un «...*arranque de soberbia política y redactó por su cuenta su propio proyecto,...* en el que introdujo muy poco de los artículos propuestos por la Comisión.»²⁰, según Luis Echecopar García.

En su exposición de motivos se dejaba sentado que, a pesar que las constituciones de 1860 y de 1920 no reprodujeron el Artículo 10 de la Constitución de 1856, el principio que postula la nulidad de las leyes inconstitucionales o contrarias a la Constitución, estaba invívito en la teoría y la inspiración de los Legisladores Constituyentes de aquellas cartas, por cuanto en ambas se había normado que quienes ejercían función legislativa, no podían transgredir las limitaciones establecidas por la propia Constitución y que, por consiguiente, eran nulos aquellos actos perpetrados por quienes usurpaban las funciones públicas. Se agregaba en forma inédita que:

«La constitucionalidad como régimen político es la supremacía de la Constitución sobre la ley. La Constitución es ley para el legislador y no puede confiarse del todo en que el cuerpo legislativo, por estímulos morales y respeto a la opinión, guarde invariable respeto a las prohibiciones que la Constitución le impone. Teóricamente es de toda evidencia la invalidez de las leyes que infringen la Constitución».²¹.

Pero es más, no sólo se explicitó en aquella exposición de motivos el principio de supremacía de la Constitución y la constitucionalidad como consustancial a la validez de las normas jurídicas, sino que se invocó el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; reprobando

²⁰ ECHECOPAR GARCÍA, Luis. «Prólogo». En *Anteproyecto de Constitución de 1931 de la Comisión Manuel Vicente Villarán*. Lima, P.C. Villanueva, 1962. p. 19.

²¹ Comisión Manuel Vicente VILLARÁN De 1931. *Anteproyecto de Constitución de 1931*. Lima, P.C. Villanueva, 1962. p. 77.

la validez de las leyes infractoras de la Constitución, así como ingresando a la reflexión y al esbozo de lo que podría denominarse el diseño de la implementación del control disperso de constitucionalidad, sin dejar de lado las consideraciones y preocupaciones, así como recelos que planteaba la propuesta de establecer un sistema que buscaba romper con una tradición y que disentía de las tesis imperantes hasta aquel entonces²². En tal sentido, el aporte de la Comisión Villarán resulta trascendental en el desarrollo del control de constitucionalidad en el Perú.

El artículo 142 del anteproyecto de la Comisión Villarán consagra el principio de la no aplicación de las leyes inconstitucionales; establecía la obligación de los jueces de respetarlo en los casos que juzgaban; señalaba que las sentencias que omitían aplicar la ley inconstitucional, se elevarían a la Corte Superior, vía apelación o, en ausencia de ésta, vía consulta; preceptuaba que las sentencias dictadas en segunda instancia con motivo de las apelaciones o consultas, según el caso, que declaraban que una ley se oponía a la Constitución, debían ser elevadas a la Corte Suprema, vía recurso de nulidad o, en ausencia de éste, vía consulta; establecía que las consultas debían ser sometidas a la Corte Suprema en pleno, como también aquellas cuestiones de inconstitucionalidad que se presentaban a nivel de la propia Corte Suprema en la Sala encargada de conocer los casos de competencia ordinaria; exigía para la declaración de «*anticonstitucionalidad de una ley*» el voto de las dos terceras partes del pleno de la Corte; precisaba que la declaración regía únicamente para el caso materia del litigio; y ordenaba a los jueces no aplicar los decretos y reglamentos (esto es, las normas de menor jerarquía que las leyes), que fueran contrarios a la propia Constitución o a las leyes. Nótese que en este último punto también se recogía una cautela al principio de legalidad y un correctivo a su violación, en el caso de normas infralegales²³.

2.5. La incorporación de la Acción Popular en la Constitución de 1933

Lamentablemente el proyecto de la Comisión Villarán fue desechado y, finalmente, la Constitución de 1933 vendría a utilizar los esquemas más clásicos del siglo XIX, considerando que era competente para conocer

²² *Ibid.*, p. 77-78

²³ *Ibid.*, p. 157

las infracciones a la Constitución el Congreso de la República y, en definitiva, convirtiéndolo en intérprete de la Constitución²⁴. No obstante ello, la Carta de 1933 acogió en su artículo 133 el instituto de la acción popular, que parecía romper con esa pauta, pues preveía la atribución del Poder Judicial de un control de legalidad y, por lo tanto, de constitucionalidad de las normas infralegales (no de las leyes, sino de los decretos y normas reglamentarias); dejando a la ley el establecimiento del procedimiento judicial correspondiente. El artículo en referencia rezaba textualmente:

Artículo No. 133.— Hay acción popular ante el Poder Judicial contra los reglamentos y contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente.²⁵.

El Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, consigna que en la sesión del martes 12 de abril de 1932, con motivo de la presentación del proyecto de Constitución, se leyó la fundamentación del precitado numeral, de la cual se desprende que la razón que llevó a los constituyentes a su consagración fue el haber comprobado que el Poder Ejecutivo, al ejercer su facultad de reglamentar las leyes había expedido «...*multitud de disposiciones reglamentarias que infringen la Constitución o las leyes.*»²⁶, por lo que resultaba aconsejable y prudente poner limitaciones a tales excesos. En este sentido se señalaba textualmente:

«La Constitución, que es la ley matriz de la República, debe ser celosamente defendida. Ningún reglamento que infrinja la Constitución o la ley tiene fuerza coercitiva, y cualquiera del pueblo puede y debe denunciarlo ante el Poder Judicial, sin que esta acción popular impida o limite la acción del Parlamento para responsabilizar políticamente a los Ministros.»²⁷.

Acto seguido, reconociendo el carácter inédito de la incorporación de la acción popular en una carta constitucional peruana, y mos-

²⁴ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Loc. cit.*

²⁵ UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Op. cit.* p. 589.

²⁶ Congreso Constituyente De 1931. *Diario de Debates*. Lima, Editora La Nacional S.A., 1936. Tomo III, p. 2521.

²⁷ *Loc. cit.*

trando el criterio de la conveniencia de delegar a la ley la regulación procedimental respectiva, se agregaba:

«Disposición de tanta importancia que figurará por primera vez en nuestra Carta Política, reclama una ley que establezca el procedimiento judicial correspondiente.»²⁸

El texto del artículo propuesto, figuraba con el número 10 en el proyecto y se ubicaba en el Título II, del Capítulo III, denominado «De la formación y promulgación de las leyes». Su texto era el siguiente:

Artículo No. 10.— Hay acción popular ante el Poder Judicial, contra los reglamentos y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros.²⁹

De la lectura de las páginas 2639 a la 2641 del Diario de Debates del Congreso Constituyente de 1931, se aprecia el debate que sostuvieron los congresistas Juan José Hidalgo, Arca Parró, Gamarra, Bustamante de la Fuente, Castro Pozo, Tirado y Revilla, en torno al artículo propuesto por la Comisión de Constitución, debate del cual se desprende que a instancias del señor Hidalgo se incorporó a las «*resoluciones*» dentro del mismo, pero no fueron atendidas sus propuestas que buscaban incorporar también a los reglamentos y decretos de carácter local, así como señalar que además de la responsabilidad política de los ministros, debía incluirse la responsabilidad civil y criminal.

Es curioso observar que el Congreso Constituyente de 1931 trató el tema de la incorporación del control difuso de constitucionalidad, con motivo de la discusión del dictamen en minoría presentado por la Comisión de Constitución en la sesión del 5 de agosto de 1932, bajo las firmas de los congresistas Feijóo Reina, Francisco Pastor y N.S. Bara Cadillo, en el que se recogían las recomendaciones de la Comisión Villarán y se incluía como artículo 21 el siguiente texto:

Artículo 21°.— La Corte Suprema al conocer los fallos civiles y criminales, está facultada para no aplicar las leyes y resoluciones que juzgue contrarias a la Constitución.³⁰

²⁸ *Loc. cit.*

²⁹ *Ibid.*, p. 2622.

³⁰ *Ibid.*, Tomo VI, p. 2696

En el citado Diario de Debates, en la sesión correspondiente al sábado 6 de agosto de 1932 se produjo el debate sobre el artículo transcrito, en el cual el señor Feijóo Reina efectuó la sustentación respectiva, reproduciendo los argumentos de la Comisión Villarán; siendo del caso resaltar que, después del debate del martes 18 de octubre de 1932, finalmente, la propuesta fue desestimada.

Para concluir la referencia a la incorporación de la acción popular en la Constitución de 1933, debe enfatizarse que, sin lugar a dudas, se trató de un significativo avance en el desarrollo de los instrumentos de control de la constitucionalidad; por cuanto, si bien es cierto que no se trataba, en puridad, de una herramienta directa de control de constitucionalidad, subyacía en ella dicho control si se tiene en cuenta que el examen de legalidad encierra un examen de constitucionalidad. De toda forma fue un avance digno de destacar, aunque lo lamentable es que pasaron muchos años para que se dictaran las disposiciones legales reglamentarias y, curiosamente fue un gobierno *de facto* el que treintitrés años después, a través del Decreto Ley No. 14605, denominado Ley Orgánica del Poder Judicial, estableciera la vía procesal para el ejercicio de la acción popular, en los términos siguientes:

Artículo 7°.— La acción que concede el artículo 133 de la Constitución se ejercitará ante el Poder Judicial y se substanciará por la vía ordinaria, como proceso de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República en representación del Estado.³¹

2.6. El control disperso de constitucionalidad en el Código Civil de 1936

El debate llevado a cabo en 1923 en la Comisión Reformadora del Código Civil, al cual se ha hecho referencia anteriormente, tuvo sus frutos recién el año 1936 al promulgarse el Código Civil, en cuyo artículo XXII del Título Preliminar se introdujo dicho texto, con muy ligeras variaciones quedando en definitiva como sigue:

«Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera».³²

³¹ Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Ley No. 14605. Artículo 7mo.

³² Comisión Reformadora del Código Civil Peruano (1923). *Ibid.*, p. 102

Se había dado un gran paso: el expreso reconocimiento del control disperso de constitucionalidad. Pero, a su vez, existía un gran vacío: la ausencia de disposiciones procesales que señalaran el camino a seguir para objetivar tal control. Ese vacío fue llenado, recién, veintisiete años después y, paradójicamente, por el mismo gobierno militar que reglamentó el ejercicio de la acción popular; toda vez que en el artículo 8 del Decreto Ley No. 14605, Ley Orgánica del Poder Judicial, de fecha 25 de julio de 1963, textualmente se estableció:

Artículo 8°.— Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquier clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.

Si no fueran apeladas las sentencias de Primera Instancia en que se aplique este precepto, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema.

Las sentencias de segunda instancia, se elevarán en consulta a la Primera Sala de la Corte Suprema, si no se interpusiese recurso de nulidad.

Los Jueces y Tribunales no aplicarán los decretos y reglamentos del Poder Ejecutivo o de cualquier otra autoridad contrarios a la Constitución o a las leyes.³³.

Prácticamente se trata de una reproducción del artículo 142 del texto del proyecto de Constitución de la Comisión Villarán de 1931. Los esfuerzos de los precursores peruanos del control disperso de constitucionalidad, aunque tardíamente y en circunstancias en que el país atravesaba por un momento de ruptura del orden constitucional, habían dado resultado; por lo menos, a nivel normativo.

3. El control de constitucionalidad a partir de la Constitución de 1979

3.1. Consideraciones previas

Como en alguna medida se ha adelantado, es recién en la Constitución Política de 1979 en que se produce el avance mas notable que registra

³³ Ley Orgánica del Poder Judicial, Decreto Ley No. 14605. Artículo 8vo.

la historia constitucional del Perú, en cuanto al control de constitucionalidad, en razón que en dicho cuerpo normativo se eleva, por primera vez, a nivel de texto constitucional el control disperso o difuso de constitucionalidad y se inaugura el control concentrado de constitucionalidad, con la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales; dando origen a lo que, en un primer momento, diversos constitucionalistas peruanos y algunos extranjeros denominaron un Sistema Mixto y que, posteriormente, Domingo García Belaunde llamara Sistema Dual o Paralelo.

Lamentablemente, este avance en el plano normativo constitucional no fue acompañado de una praxis constitucional paralela. Sin embargo y a pesar de los esfuerzos de quienes, a contrapelo de la doctrina contemporánea que ilumina al Derecho Constitucional, aún no creen en las bondades del control de constitucionalidad y, especialmente, del concentrado, la Carta de 1993 ha recogido también ambos sistemas; reproduciendo casi con total exactitud el esquema de la Constitución de 1979. Por ello y a los efectos de un tratamiento mas ordenado de los mismos, se revisarán a continuación, con atención primero en el control disperso de constitucionalidad y, luego, en el control concentrado, en cada una de las citadas constituciones, a fin de ir efectuando una adecuada aproximación al tema central, que es materia del tercer capítulo; esto es: el Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución.

3.2. El control disperso de constitucionalidad en la Carta de 1979

Como bien conceptúa César Landa, la historia constitucional peruana se caracteriza por una suerte de prodigalidad en la producción de textos constitucionales, así como lo que el denomina «...*la incorporación nominal de modernas instituciones democráticas*,...»³⁴, a despecho de una ausencia de creación de una conciencia sobre la importancia y transcendencia de la Constitución y de sus instituciones; a lo que habría que agregar, en una continuación, aunque menos marcada y ya debilitada, de los problemas del divorcio entre el Estado nación y la sociedad que se presentan desde la fundación de la República. En esta línea, Landa agrega con acierto:

³⁴ LANDA ARROYO, César. «*Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitucional: el*

«Podría señalarse que el desfase de la falta de vigencia de los textos constitucionales en la vida social, se debe a que la expedición de estas cartas políticas se ha dado al unísono de los cambios políticos y sociales de cada época: unos mas estructurales, como la Independencia y el establecimiento de la república y, otros mas coyunturales, como las guerras civiles, las guerras internacionales y las revoluciones civiles y militares.»³⁵.

A esta realidad no escapó la Constitución de 1979. Nació en verdad sin haber sido pedida por el pueblo peruano ni requerida por sector significativo alguno de la colectividad nacional. Fue consecuencia de una condición impuesta por la dictadura instalada en el país desde el 3 de octubre de 1968, para devolver el poder a la civilidad.

El 28 de julio de 1978 se llevó a cabo la ceremonia de instalación de la Asamblea Constituyente, electa para dictar la nueva Constitución, y el 11 de setiembre de 1978 se nombró en sesión plenaria la Comisión Principal de Constitución, con el encargo de preparar un proyecto de Constitución, que, posteriormente, se sometería al Pleno, para cuyo efecto se le encomendó recopilar y recoger la información respectiva, así como consolidar el trabajo de las diversas Comisiones Especiales, que fueron catorce, y sub comisiones, que tuvieron a su cargo el estudio de las propuestas y la elaboración de los planteamientos puntuales que iban a incorporarse en la nueva Constitución. Dicha Comisión Principal de Constitución estuvo presidida por don Luis Alberto Sánchez

La Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente que aprobó la Constitución de 1979 tuvo veinticinco miembros y su conformación fue multipartidaria. En palabras del propio Luis Alberto Sánchez, contenidas en el prólogo fechado el 12 de setiembre de 1985, a la publicación del Diario de Debates de la Comisión Multipartidaria que elaboró el proyecto de Constitución de 1979:

«...la Constitución de 1979 es realmente pluralista y aprobada por consenso, sin que ningún partido pueda jactarse de que sus ideas sean predominantes. Las combinaciones de votos fueron muy variadas tanto en el seno de la Comisión como en las sesio-

caso peruano». En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995. p. 73.

³⁵ *Loc. cit.*

nes plenarias. Puede afirmarse que imperó una productiva libertad de conciencia para aprobar cada uno de los artículos.»³⁶.

Conteniendo el Diario de los Debates de la Comisión Principal los criterios que inspiraron a cada uno de los artículos de la Carta Fundamental de 1979, un estudio riguroso de la racionalidad que llevó a su Legislador Constituyente a elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, ya consagrado en el Perú desde 1936, a través del artículo XXII del Código Civil de aquel año, obliga a su revisión; dejando constancia que fueron también sumamente importantes los trabajos de las sub comisiones que apoyaron a la citada Comisión Principal de Constitución, para la presentación del proyecto final y la revisión de los artículos que fueron reservados o rechazados inicialmente por el Pleno.

El arribo a la fórmula final consagrada en su artículo 236, que se transcribe a continuación y que significó elevar a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad, no fue tan lógico y sencillo como podría pensarse, si se tiene en cuenta que la fórmula venía consagrada *in fine* desde el Código Civil de 1936:

«En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal ordinaria, el Juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma subalterna.»³⁷.

Ciertamente, es curioso observar que ni en la Ponencia de la Comisión Especial No. 3 sobre «*Derechos y Deberes Fundamentales. Garantías*»³⁸, ni en Ponencia de la Comisión Especial No. 6 sobre «*Poder del Estado-Judicial*»³⁹, ni en las Ponencias presentadas por el Partido Aprista Peruano⁴⁰, el Partido Demócrata Cristiano⁴¹, el Partido Popular Cristia-

³⁶ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Diario de Debates*. Lima, Editora Atlantida S.A., 1985, Tomo I. Con prólogo del señor Luis Alberto Sánchez, Presidente de la Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente y Presidente del Senado.

³⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Op. cit.* p. 236.

³⁸ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, p. 213

³⁹ *Ibid.*, Tomo III. p. 155.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 160.

⁴¹ *Ibid.*, p. 171.

no⁴², ni en los proyectos del Partido Comunista ni del Partido Socialista⁴³, ni en la propia Comisión Principal de Constitución en un primer momento, se planteó la fórmula del control disperso de constitucionalidad en los términos en que finalmente quedó consagrada en el antes citado Artículo 236: la facultad de los jueces de inaplicar una norma por causal de inconstitucionalidad o ilegalidad, en los casos materia de su juzgamiento, cuando entre el derecho invocado por las partes existe un choque normativo (una incompatibilidad) entre una norma constitucional y una legal ordinaria o entre una norma legal ordinaria y una norma subalterna, respectivamente.

En el planteo inicial de la Sub Comisión de Poder Judicial, que integraron los asambleístas Vega García, Valle Riestra, Roger Cáceres Velásquez y Francisco Chirinos Soto, se presentó y aprobó el siguiente texto:

«Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, suspenderá el procedimiento y planteará la cuestión por escrito motivado ante el Tribunal Constitucional.»⁴⁴.

Como se desprende del mismo, no se trataba del control clásico de constitucionalidad al estilo del modelo americano, disperso o difuso; sino de una figura distinta, en cuya virtud al detectar el juez una ley de cuya validez depende el fallo, que considerara inconstitucional, debía suspender el procedimiento y recurrir ante el Tribunal Constitucional en consulta. Vale decir, no fallaba inaplicando la ley inconstitucional. Sólo suspendía el trámite del litigio, planteaba la cuestión de inconstitucionalidad y se abstenía de seguir interviniendo hasta que el Tribunal Constitucional se pronunciara.

Posteriormente, en la Sesión No. 24 de la Comisión Principal, realizada el martes 27 de febrero de 1979, aparece dentro del Capítulo IV, Poder Judicial, como artículo 239 el siguiente texto, que después se ubicaría como numeral 240.

«Cuando un juez o tribunal considere inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se abstendrá de pronunciar

⁴² *Ibid.*, p. 177.

⁴³ *Ibid.*, p. 183.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 243.

sentencia y planteará la cuestión mediante escrito motivado ante el Tribunal de Garantías Constitucionales.»⁴⁵.

Nótese que se mantenía el mismo criterio, pero con las únicas diferencias que ya no se hablaba de suspensión del procedimiento, sino de abstención de emitir sentencia, y de Tribunal de Garantías Constitucionales, en vez de Tribunal Constitucional.

En circunstancias en que el texto del artículo 240 ya había sido aprobado por la Comisión Principal de Constitución, en la Sesión No. 27 del viernes 23 de marzo de 1979, el asambleísta Javier Valle Riestra propuso suprimirlo y «...mantener la norma que un juez debe preferir la norma constitucional a la legal, la forma consuetudinaria, clásica, existente en nuestra legislación.»⁴⁶, argumentando que su aplicación ocasionaría que los procedimientos se atasquen; pedido al cual se sumaron los asambleístas Enrique Chirinos Soto y Ortiz de Zevallos

El artículo quedó suprimido, pero en la Sesión No. 55, del 28 de mayo de 1979, aparece como texto del artículo 242 el siguiente:

«En caso de que el juez deje de aplicar una ley por considerarla incompatible con una norma constitucional, la sentencia debe ser elevada en consulta a la Corte Suprema. La Corte Suprema para resolver elevará previamente el asunto al Tribunal de Garantías Constitucionales para que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de la ley.»⁴⁷.

En aquella sesión, el asambleísta Enrique Chirinos Soto se opuso a este nuevo texto; oposición a la cual se sumaron los asambleístas Aramburú, Vega, Cáceres Velásquez y Valle Riestra; lográndose finalmente consenso en que se sustituya por el siguiente texto:

«Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, el juez prefiere la primera. En igual forma procede entre una ley y otra norma de inferior jerarquía.»⁴⁸.

Este texto, con ligeros ajustes de redacción, es el que finalmente fue

⁴⁵ *Ibid.*, Tomo IV. p. 214.

⁴⁶ *Ibid.*, Tomo V. p. 162.

⁴⁷ *Ibid.*, Tomo VII. p. 255.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 304.

aprobado por el Pleno y quedó consagrado por tanto a nivel constitucional el control disperso de constitucionalidad.

3.3. El control disperso de constitucionalidad en la Carta de 1993

La Constitución peruana de 1993 ha mantenido el sistema de control disperso de constitucionalidad, consagrando en el segundo párrafo de su artículo 138 una norma casi idéntica a la que contenía el numeral 236 de su antecesora, que reza:

«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma constitucional sobre toda otra norma de rango inferior.»⁴⁹.

Contrariamente a lo ocurrido en el caso de la Carta Fundamental de 1979, el Constituyente de 1993 reveló que, desde un primer momento, tuvo clara la idea del control disperso de constitucionalidad, así como su intención de mantenerlo mediante una norma de rango constitucional. Así se desprende desde el denominado «*Primer Documento- El Anteproyecto en estado de elaboración*»⁵⁰, que la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, presidida por el jurista Carlos Torres y Torres Lara, publicara en el diario oficial El Peruano el día 20 de mayo de 1993 y que constituyó el primer anteproyecto integral y consolidado de los artículos aprobados por la mencionada comisión al 18 del mismo mes; pasando por el llamado «*Proyecto Constitucional elevado al Pleno. Dictamen en Mayoría*»⁵¹, que fuera publicado en el diario oficial El Peruano y que recogió los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 1 de julio de 1993; hasta el denominado «*Dictamen Constitucional de la Comisión de Redacción ante el Pleno*»⁵², de fecha 1 de setiembre de 1993, que recogió los cambios efectuados entre el 1 de julio y el 1 de setiembre de 1993.

En el primero de los citados documentos (el anteproyecto consolida-

⁴⁹ TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*. Lima, Desarrollo y Paz, 1993 p. 109.

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 239-307.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 329- 373.

⁵² *Ibid.*, pp. 419-480.

do al 18 de mayo de 1993), en la parte relativa al control constitucional y administrativo se incluyó un artículo exactamente igual al numeral 236 de la Constitución de 1979, cuyo texto era el siguiente:

«En caso de incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal ordinaria, el juez prefiere la primera. Igualmente, prefiere la norma legal sobre toda otra norma de menor jerarquía.»⁵³.

En el tercero de los citados documentos (el Dictamen Constitucional de la Comisión de Redacción del 1 de setiembre de 1993), en la parte relativa al Poder Judicial y como segundo párrafo del artículo 148 se encuentra el siguiente texto:

«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.»⁵⁴.

Como se observa, este fue el texto que, concluidos los reajustes y efectuados los recortes, se consagró como segundo párrafo del numeral 138 que se ha transcrito líneas arriba y que está actualmente vigente.

En lo que atañe al control disperso de constitucionalidad en la Carta de 1993 queda claro, en consecuencia, que éste ha sido ratificado y, en alguna medida perfeccionado, ya que el análisis comparativo entre el texto de la Constitución de 1979 (artículo 236) y el de esta última (artículo 138), revela que en la Constitución de 1993 se ha precisado que el control disperso de constitucionalidad se ejerce en *«todo proceso»*, lo cual viene a enfatizar la obligación del juzgador de velar por la constitucionalidad y también por la legalidad en todos los casos en que interviene, haciendo un análisis de las normas invocadas por las partes, para, independientemente de que aquellas lo hayan invocado o no, preferir la norma constitucional o la norma legal, según el caso.

⁵³ *Ibid.*, p. 286.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 447.

3.4. El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1979: El Tribunal de Garantías Constitucionales

Tal como se ha mencionado anteriormente, en la Constitución de 1979 se dieron dos avances notables en lo que atañe al control de constitucionalidad. El primero, consistente en la elevación a rango constitucional del control disperso de constitucionalidad. El segundo, consistente en la inauguración del control concentrado de constitucionalidad, a través de la creación del entonces denominado Tribunal de Garantías Constitucionales. Este segundo avance fue el mas importante y novedoso. Inédito hasta ese momento; excepción hecha de la modalidad *sui géneris* de control de decretos y reglamentos de carácter general, que venía consagrada en el numeral 133 de la Carta de 1933 y que, como se ha visto, recién fue reglamentada a través de la Ley Orgánica del Poder Judicial del 25 de julio de 1963.

El examen, tanto del Diario de Debates de la Comisión Principal de Constitución, como de las comisiones especiales, de las sub-comisiones y del Pleno, correspondientes a la Asamblea Constituyente que elaboró la Constitución de 1979, revela que no existió desde un primer momento la idea de consagrar un control concentrado de constitucionalidad; sino, por el contrario, de mantener la tesis tradicionalmente recogida en las constituciones anteriores, de considerar al Poder Legislativo como el gran guardián de la constitucionalidad.

La incorporación del control concentrado de constitucionalidad en la Carta de 1979 fue consecuencia de un proceso lento, complicado y de ardua confrontación, en el cual, en honor a la verdad jugó un papel preponderante el asambleísta Javier Valle Riestra, quien se constituyó en el propulsor de esta conquista del Derecho Constitucional peruano.

En la ponencia de la Comisión No. 3, presentada el 27 de octubre de 1978 por los asambleístas Mario Polar, Javier Valle Riestra, Carlos Roca, Luis Heysen, Alfonso Ramos, Pedro Cáceres y Magda Benavides, al presidente de la Comisión Principal de Constitución, en la parte relativa a las Garantías, se lee textualmente:

«En el mismo Título, aunque sin precisar sus características, hemos incluido un precepto relativo a la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales. Este artículo necesariamente deberá ser concordado por la Comisión Principal con las iniciativas

que sobre el particular formule la Comisión Encargada de presentar una ponencia sobre el Poder Judicial.»⁵⁵.

Más adelante, en la misma ponencia, en el articulado propiamente dicho se incluyen dos cuyos textos son los siguientes:

Artículo.— Se constituye un Tribunal de única instancia denominado de Garantías Constitucionales y que es competente para conocer:

- a) De la acción de Hábeas Corpus;
- b) De la acción de amparo;
- c) De la inconstitucionalidad de las leyes, sea en vía de acción o de excepción;
- d) De la inconstitucionalidad de decretos, reglamentos, resoluciones supremas, resoluciones ministeriales, resoluciones legislativas o fallos judiciales que transgredan la Constitución o las leyes.⁵⁶.

Artículo.— Una ley regulará la estructura y procedimiento del Tribunal de Garantías Constitucionales.⁵⁷.

La idea ya había sido plasmada pero tendría que recorrerse un largo camino para arribar a la fórmula que finalmente se consagró, por cuanto surgieron varias posiciones discrepantes, desde las que rechazaban totalmente la idea de crear un ente de control concentrado de la constitucionalidad, con autonomía e independencia respecto de los poderes del Estado, hasta la de otorgar el control concentrado a la Corte Suprema de la República, como fue la del Partido Aprista Peruano, contenida en el proyecto alcanzado a la Comisión Principal de Constitución, como parte de la ponencia de la Comisión Especial No. 6, sobre Poder del Estado-Judicial. En aquella ponencia, en la parte relativa a las atribuciones constitucionales, si bien se hace referencia a que las mismas conllevan «...*la labor de cautelar la supremacía de las normas constitucionales.*»⁵⁸, se estima que ésta debe corresponder al máximo tribunal de justicia de la nación: la Corte Suprema de la República.

⁵⁵ Comisión Principal de Constitución de la Asamblea Constituyente (1978-1979). *Op. cit.*, Tomo I. p. 215.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 225.

⁵⁷ *Loc. cit.*

⁵⁸ *Ibid.*, Tomo III. p. 160.

En resumen, como bien lo señalara el asambleísta Vega García, en cuanto a las atribuciones constitucionales, se inclinaron por la creación de un Tribunal de Garantías Constitucionales el Partido Popular Cristiano, el Partido Socialista Revolucionario y el Partido Demócrata Cristiano; mientras que el Partido Aprista atribuyó tales facultades a la Corte Suprema⁵⁹.

En la Sesión No. 22 de la Comisión Principal de Constitución, llevada a cabo el 14 de febrero de 1972, en circunstancias en que se había producido en sesiones anteriores una confrontación de ideas entre los asambleístas Francisco Chirinos Soto, quien sustentó la ponencia aprista, de entregar el control concentrado de constitucionalidad a la Corte Suprema, y la tesis de Javier Valle Riestra de crear un ente autónomo e independiente, este último presentó un proyecto sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, cuya fundamentación interesa transcribir, siguiendo exactamente el texto que aparece en el acta en cuestión:

«El señor VALLE RIESTRA.- Voy a hacer un esbozo de este proyecto de Tribunal de Garantías Constitucionales, recordando que el Tribunal ya existe en Alemania, en Italia, en Francia y que existe varios sistemas, dentro de ellos la declaración de anticonstitucionalidad a priori y a posteriori, cuando por acción o por excepción llega a conocimiento del Tribunal una cuestión constitucional antes de que se pronuncie sobre la misma. Después, la trascendencia de la resolución del tribunal o es simplemente declarativa como la que existe en la legislación italiana que del momento que se publica la resolución del tribunal en el Boletín oficial del Estado, dicha resolución queda abrogada, o es el problema final de si tiene efectos retroactivos ultraactivos dicha decisión final.

Entonces este Tribunal de Garantías tal como lo diseño en el proyecto que tengo aquí, se comprondría de 12 miembros: dos designados por la Federación Nacional del Colegio de Abogados, dos por el Consejo Nacional de la Magistratura, dos por el Senado, dos por la Cámara de Diputados, dos por la Corte Suprema y dos por las Facultades de Derecho. Para ser miembro de este tribunal se requerirían las condiciones exigidas para ser magistrado supremo y su personal debe ser escogido entre magistrados, fiscales, profesores universitarios de Derecho, abogados de reconocida

⁵⁹ *Ibid.*, p. 183.

competencia y trayectoria y sobre todo de línea en defensa de los Derechos Humanos, requisito éste que exige actualmente el Tribunal Nacional español. Como atribuciones se le señala a este tribunal una jurisdicción en todo el territorio de la República y competencia para declarar la anticonstitucionalidad de las leyes y resoluciones del Congreso, así como de los decretos, reglamentos y resoluciones del Poder Ejecutivo y la de los entes públicos; declarar –aquí pongo– en vía de casación. Ya que se ha insistido tanto en introducir la casación, en este carácter podría ensayarse: declarar en vía de casación la inconstitucionalidad de las resoluciones judiciales definitivas a solicitud del Fiscal General de la Nación. E insistido en este punto de vista ya había un conato de cambio de ideas en sesión anterior con el doctor Chirinos, cuando yo explicaba mi convicción de que no sólo es anticonstitucional una ley, no sólo es anticonstitucional un reglamento del Poder Ejecutivo, sino también las decisiones de los tribunales, claro que se refieren a pleitos entre partes. Pero hay que ver hasta que punto no es aceptado en el orden público si ahí se permite que subsista una violación de la Constitución, de las leyes, de los Derechos Humanos. La Ley de Garantías Constitucionales Española de 1932-33, recogía la posibilidad en vía de amparo de combatir la anticonstitucionalidad de una resolución judicial y también la tiene la Constitución mexicana.

Ahora, para evitar un abuso, para evitar la alteración de la cosa juzgada, se tramitaría a través del Fiscal de la Nación, que ya hemos estructurado, ¿no es cierto? Se recurriría al Fiscal diciendo que en tal resolución, recaída en un pleito seguido por A con B, se ha violado la Constitución. El Fiscal si lo considera así, podría tramitarla si fuera realmente algo lesivo al orden público.»⁶⁰.

Este fue el esbozo que permitió entrar de lleno al modelo consagrado en la Carta de 1979. Empero, su adopción definitiva, así como sus competencias, el número de sus miembros, el tiempo de su mandato y los titulares de la acción de inconstitucionalidad fueron largamente debatidos, tal como aparece de los Tomos IV, V, VII y VIII del Diario de Debates de la Comisión Principal; debiendo destacarse que en el proyecto de Constitución que elevara el Presidente de la Comisión Principal de Constitución, con fecha 27 de marzo de 1979, al Presidente de la

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 353-354.

Asamblea Constituyente don Víctor Raúl Haya de la Torre, en la parte relativa a las garantías, se expresa que:

«...se crea un Tribunal integrado por doce miembros, entre los cuales seis son designados por los tres poderes del Estado.

Su finalidad primordial es declarar la inconstitucionalidad en todo o en parte de cualquier acto legislativo o de la administración pública. Además conocerá de los autos denegatorios de hábeas corpus y del amparo, agotada la vía judicial; de las apelaciones contra resoluciones que destituyan a los magistrados; de la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anula el proceso electoral nacional.

Resolverá conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales y absolverá consultas sobre constitucionalidad de tratados pendientes de ratificación o adhesión»⁶¹.

El articulado propuesto para regular lo atinente a este ente de control concentrado de la constitucionalidad, es bastante elocuente para comprobar en que medida el planteamiento del asambleísta Javier Valle Riestra llegó a calar entre los demás miembros de las comisiones encargadas, ya que se comprendió dentro de sus características y competencias algunas que no llegaron a aprobarse, tales como la de «*Conocer en apelación de las resoluciones que expida el Consejo Nacional de la Magistratura que imponga destitución a magistrados de cualquier categoría;...*», la de «*Resolver en vía de apelación en el plazo máximo de siete días naturales, la resolución de la Corte Nacional de Elecciones que anule el proceso electoral nacional;...*», la de «*Resolver conflictos de competencia entre el Poder Central y los órganos departamentales y regionales así como de éstos entre sí;...*» y la de «*Absolver consultas del Presidente de la República o del Congreso sobre la constitucionalidad de los tratados internacionales pendientes de ratificación o de adhesión.*»⁶².

Sin embargo, posteriormente se produjo un significativo recorte, como consecuencia del debate producido a nivel de la Comisión Principal de Constitución, sobre todo a instancias del asambleísta Ernesto Alayza Grundy, quien fue sumamente duro al cuestionar la amplitud de facultades que se le pretendía atribuir, argumentando que se estaba des-

⁶¹ *Ibid.*, p. 214.

⁶² *Ibid.*, Tomo V. p. 252.

naturalizando la función del Tribunal de Garantías Constitucionales⁶³, a pesar de la ardorosa defensa efectuada por el asambleísta Valle Riestra. Así, paulatinamente, a instancias del propio Alayza Grundy, de Aramburú Menchaca, de Sotomarino y de Ramírez del Villar, entre otros, se fueron limitando las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales, hasta arribar a la fórmula final:

«1.- Declarar, a petición de parte, la inconstitucionalidad parcial o total de las leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravienen la Constitución por la forma o por el fondo; y

2.- Conocer en casación las resoluciones denegatorias de la acción de hábeas corpus y la acción de amparo agotada la vía judicial.»⁶⁴.

Por lo demás, se precisó que dicho tribunal era el órgano de control de la Constitución (debió decirse de la constitucionalidad), que se componía de nueve miembros (tres designados por el Congreso, tres por el Poder Ejecutivo y tres por la Corte Suprema), se mantuvieron en esencia los requisitos exigidos, se estableció la renovación por tercios cada dos años, la reelección de sus miembros, la ausencia de mandato imperativo, la independencia por sus votos y opiniones, el privilegio de no ser denunciados ni detenidos durante su mandato, se precisaron los titulares de la acción de inconstitucionalidad, que sus sentencias no tenían efecto retroactivo, el procedimiento de efectivización de las sentencias y el que una ley orgánica regularía su funcionamiento.

No se pretende en esta investigación ahondar mas en el tema del Tribunal de Garantías Constitucionales, bastando decir que la Ley No. 23385, del 3 de mayo de 1982, denominada Ley Orgánica del Tribunal de Garantías Constitucionales, reguló su organización y atribuciones, así como diversos aspectos relacionados a su funcionamiento, incluyendo entre ellos el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad y para la casación de las resoluciones denegatorias de hábeas corpus y amparo.

A pesar de las buenas intenciones del Legislador Constituyente de la Carta de 1979, siguiendo a César Landa⁶⁵, la evaluación del funciona-

⁶³ *Ibid.*, Tomo VII, p. 562.

⁶⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de Gutierrez Camacho, Walter. *Op. cit.*, p. 487.

⁶⁵ LANDA ARROYO, César. *Op. cit.*, p. 80.

miento del Tribunal de Garantías Constitucionales en el período comprendido entre el 19 de noviembre de 1982 fecha en que se produjo su instalación, y el 5 de abril de 1992, fecha en que fue clausurado por el autogolpe del presidente Alberto Fujimori, arroja un resultado francamente decepcionante, si se tiene en cuenta que, en lo que atañe al control concentrado de constitucionalidad, de las más de 25 acciones de inconstitucionalidad interpuestas durante los diez años de su funcionamiento, sólo se resolvieron 15, no obstante la frondosa legislación dictada en ese período de tiempo, que comprendió leyes, decretos legislativos, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales. En buena cuenta, el Tribunal de Garantías Constitucionales abdicó de su función y, en modo alguno, ejerció un real control concentrado de constitucionalidad y, menos aún, actuó como supremo intérprete de la Constitución.

Con respecto a este último aspecto, conviene resaltar que de la documentación revisada no aparecen mayores luces sobre la posición del legislador en torno a la estimación o no que fuera considerado como intérprete supremo de la Constitución; situación que no resulta extraña si se tiene en cuenta la resistencia que, desde los inicios de la República, han mostrado los Legisladores Constituyentes en torno al tema.

3.5. El control concentrado de constitucionalidad en la Constitución de 1993

En el denominado «*Primer Documento-Anteproyecto en estado de elaboración*»⁶⁶, que hizo publicar la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático en el diario El Peruano no aparece contemplada la figura de un ente de control concentrado de constitucionalidad, ajeno e independiente de los otros órganos del Estado y con autonomía, como era (por lo menos a nivel normativo constitucional) el fenecido Tribunal de Garantías Constitucionales, lo cual revela que, desde un inicio, la intención del Legislador Constituyente de la Carta de 1993 fue eliminarlo o, en todo caso, realizar un planteo distinto al consagrado en la Constitución de 1979. Esta hipótesis se reafirma si se tiene en cuenta que en el citado documento, en la parte relativa al control constitucional y administrativo, y numerados como artículos 2 y 3, se encuentra los siguientes textos:

⁶⁶ TORRES Y TORRES Lara, Carlos. *Op. cit.*, pp. 239-309

⁶⁷ *Ibid.*, p. 286.

Artículo 2.— El Poder Judicial es el órgano de control de la Constitución.

Los procesos de hábeas corpus y amparo se tramitan en dos instancias. Contra las resoluciones denegatorias procede recurso de casación por ante la Corte Suprema de Justicia.⁶⁷.

Artículo 3.— Compete al Poder Judicial conocer de la acción popular por infracción de la Constitución o de la ley, contra los reglamentos, las resoluciones y decretos de carácter general que expidan el Poder Ejecutivo, los gobiernos regionales y locales y demás personas de derecho público.

El Poder Judicial ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia.»⁶⁸.

Como se observa, tanto en la primera parte del citado artículo 2 como en la segunda parte del también citado artículo 3, aparece una asignación expresa e inequívoca del control de la constitucionalidad (mal denominado control de la Constitución) al Poder Judicial. Por lo demás, esta posición se reafirma si se tiene en cuenta que en el artículo 220 del proyecto de Constitución, elevado al Pleno como dictamen en mayoría por la Comisión Principal de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, con los cambios efectuados entre el 10 de junio y el 1 de julio de 1993, se estableció literalmente:

«La Sala Constitucional de la Corte Suprema es el órgano de control de la Constitución. Ejerce el control constitucional o legal de cualquier resolución de la administración pública que causa estado. Para iniciar el proceso respectivo se debe agotar la vía administrativa. La ley determina las reglas de competencia.»⁶⁹.

Se aprecia que, dentro del mismo criterio de asignar el control de constitucionalidad al Poder Judicial, ya se precisa que sería la denominada Sala Constitucional de la Corte Suprema el órgano encargado, en concreto y con facultad específica de realizarlo. En este orden, siguiendo a Jorge Danós Ordoñez y apelando a las fuentes consultadas, cabe

⁶⁸ *Loc. cit.*

⁶⁹ *Ibid.*, p. 370.

reiterar que en las propuestas de la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente Democrático, las cuales se difundieron por intermedio del diario El Peruano «...no se contemplaba la existencia de un Tribunal Constitucional, como órgano autónomo al estilo del ex-Tribunal de Garantías Constitucionales».⁷⁰, y que fue recién en el debate del Pleno, que se realizó el 12 de agosto de 1992, en que por insistencia del congresista Carlos Ferrero, en que se propugnó el mantenimiento de un ente de control concentrado de constitucionalidad, con las mismas características del anterior Tribunal de Garantías Constitucionales, al que se denominaría Tribunal Constitucional; postura que finalmente lograra éxito, a pesar de la oposición que encabezó el congresista Enrique Chirinos Soto, quien en reiteradas oportunidades ha formulado duras críticas a este modelo⁷¹.

Es destacable, para los efectos de la presente investigación la exposición que realizara el congresista Ferrero Costa en la sesión del Congreso Constituyente Democrático del 12 de agosto de 1993, presidida por los señores Jaime Yoshiyama, Gilberto Siura y Víctor Joy Way, en la cual calificó expresamente al tribunal en cuestión como el intérprete supremo de la Constitución:

«El señor FERRERO COSTA llevó a cabo diversos comentarios sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales y la acción de cumplimiento. Diferenció el control constitucional de control de la legalidad, y fundamentó la disposición por la que se establece que en los estados de excepción no se suspende el ejercicio de las acciones de hábeas corpus y amparo⁷².

«Asimismo, especificó las funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales, considerándolo el intérprete supremo de la Constitución y el titular del pronunciamiento sobre la acción de inconstitucionalidad y de la solución de conflictos entre los órganos de gobierno.⁷³

⁷⁰ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge, «Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 10. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994. p. 283.

⁷¹ *Ibid.*, p. 284.

⁷² Congreso Constituyente Democrático. *Actas de las sesiones del Plenario-Constitución Política de 1993*. Lima, Dirección del Diario de los Debates del CCD, s/f. p. 215.

⁷³ *Ibid.*, pp. 215-216.

En esta misma línea el congresista Fernández Arce argumentó sobre la necesidad que el tribunal sea un organismo autónomo y diferente del Poder Judicial, sosteniendo que:

«Bien podría ser el intérprete de la Constitución, en cuanto que el interpretador adecuado de la misma no necesariamente debe ser quien la genera, dado que la norma una vez sancionada posee vida propia.»⁷⁴.

Como quiera que la referencia específica al Tribunal Constitucional peruano y a la interpretación constitucional se harán en el capítulo siguiente, baste agregar, también coincidiendo con Jorge Danós⁷⁵ que, en términos generales, la Constitución de 1993 ha mejorado la regulación del tribunal, corrigiendo algunos errores e incrementando sus atribuciones; toda vez que, como bien se sabe, el Tribunal Constitucional de la Carta de 1993, además de conocer de la acción de inconstitucionalidad, resuelve los conflictos de competencia o atribuciones cuando de por medio está en juego un órgano de rango constitucional y conoce como instancia de fallo las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento.

4. El Sub-Modelo Dual o Paralelo imperante en el Perú

Como se ha visto, la Constitución de 1993 reproduce las normas existentes en la Constitución de 1979 sobre control de constitucionalidad, consagrando tanto el Modelo Disperso como el Modelo Concentrado, a través de sus artículos 138 y 211, que en sus partes pertinentes preceptúan que:

«En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los Jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.» (Artículo No. 138, segundo párrafo).⁷⁶.

«El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la

⁷⁴ *Loc. cit.*

⁷⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Loc. cit.*, p. 284.

⁷⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo; y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Constitución peruana de 1993*. Lima, Editora Jurídica «Grijley» E.I.R.L., 1994. p. 178.

Constitución. Es autónomo e independiente. Se compone de siete miembros elegidos por cinco años.» (Artículo No. 201, primer párrafo).⁷⁷

Se mantiene, por tanto, la existencia de ambos sistemas originarios de control de constitucionalidad; es decir, imponiendo a los jueces y magistrados la obligación de preferir la norma constitucional e inaplicar la inconstitucional, cuando al resolver los casos que conocen encuentren una colisión normativa entre un dispositivo de jerarquía constitucional y un dispositivo de jerarquía legal; y facultando al Tribunal Constitucional a conocer, vía la acción de inconstitucionalidad, aquellos casos en que se incurra en vicio de inconstitucionalidad por normas de máxima jerarquía, en las áreas del gobierno nacional, de los gobiernos regionales y de los gobiernos locales.

La coexistencia de estos dos modelos originarios configura el Sub-Modelo Dual o Paralelo actualmente imperante en el Perú.

CAPÍTULO III

El tribunal constitucional peruano: Intérprete del supremo de la Constitución

1. La interpretación constitucional como elemento consustancial al análisis de constitucionalidad

Estando a lo analizado en los capítulos precedentes, corresponde al Tribunal Constitucional Peruano el control de la constitucionalidad de acuerdo al denominado Modelo Europeo, Austríaco, Kelseniano, de Control Ad-Hoc o de Control Concentrado; modelo que, tal como se explicó, fuera ideado por el jusfilósofo Hans Kelsen, inaugurado con la creación en 1919 del Tribunal Constitucional de Austria y reconocido por primera vez a nivel constitucional, en la propia Constitución austríaca de 1920.

Este modelo, como también se adelantó, tiene como principales características la de ser concentrado, abstracto y derogatorio. Ello, en ra-

⁷⁷ *Ibid.*, p. 202.

zón que un solo órgano detenta la atribución, el poder o la facultad de llevar a cabo el control de constitucionalidad (en muchos casos, en forma exclusiva y excluyente respecto de los otros órganos del Estado), analizando la norma cuestionada en forma aislada (independiente del caso concreto que pudiera haber dado origen a su cuestionamiento) y dejándola sin efecto (con carácter general o *erga omnes*) si estima que está incurso en causal de inconstitucionalidad.

En este orden, es el Tribunal Constitucional peruano el ente que ejerce el control de constitucionalidad concentrado, abstracto y derogatorio de las normas impugnadas por alguna causal de inconstitucionalidad, sea de forma (cuando no hayan sido aprobadas o promulgadas o publicadas en la forma prescrita por la Constitución) o de fondo (cuando contravengan la Constitución en el fondo); para lo cual debe realizar el análisis de constitucionalidad.

Ahora bien, siendo la constitucionalidad aquel vínculo de armonía y concordancia plena que debe existir entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico (tanto en cuanto a la forma como al fondo), que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad, y que es consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y coherencia del sistema jurídico; el análisis de constitucionalidad será precisamente el análisis, valga la redundancia, de ese vínculo de armonía y concordancia plena.

Empero, constituyendo en puridad el análisis de constitucionalidad un ejercicio comparativo que parte de descubrir el sentido de la Constitución como un todo y, a partir de ahí, de una o varias de sus partes, para descubrir si el correlato reglamentario materia de cuestionamiento no incurre, desde la forma o el fondo, en desnaturalización, desborde, contradicción o incompatibilidad; tal ejercicio solo es posible a través de la interpretación constitucional.

En otras palabras, como se expresara en el capítulo I, la determinación de la existencia o inexistencia de ese vínculo entre la norma constitucional y la norma reglamentaria (esto es, de constitucionalidad) está ligada al tema de la interpretación constitucional, desde que conociendo a cabalidad el espíritu, los alcances y el auténtico sentido de cada norma constitucional, se podrá establecer si la norma reglamentaria ha mantenido su espíritu, sus mismos alcances y su verdadero sentido; o, si por el contrario, los ha desnaturalizado. Si es constitucional o no.

En tal virtud, la interpretación constitucional es consustancial al análisis de constitucionalidad. Vale decir, le es inherente, forma parte de él;

a tal punto que no puede haber análisis de constitucionalidad sin interpretación constitucional. Es mas, podría decirse que tampoco puede haber constitucionalidad, conceptualmente hablando, sin interpretación constitucional, desde que aquella implica análisis y éste, a su vez, interpretación, que no es otra cosa que desentrañar el sentido de la Constitución, tanto como norma cuanto como conjunto normativo estableciendo lo que Manuel Aragón denomina «*el parámetro de control*»¹ y, a partir de ese punto, el sentido de cada uno de sus postulados, lo cual conlleva escudriñar su sentido axiológico, pero siempre por métodos jurídicos.

En cuanto a este punto, es menester dejar aclarado que la Constitución de 1993 al establecer en su artículo 201 que «*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución.*»², reproduce el error en que se incurrió en la primera parte del numeral 296 de la Carta de 1979, en el que se preceptuaba que «*El Tribunal de Garantía Constitucionales es el órgano de control de la Constitución.*»³, y que, felizmente, se ha superado con la precisión efectuada en la primera parte del artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional No. 26435, que norma que «*El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la constitucionalidad.*»⁴. En efecto, porque, como ha quedado demostrado, lo que controla el Tribunal Constitucional no es la Constitución sino la constitucionalidad.

2. La necesidad de una adecuada técnica de interpretación constitucional

Siguiendo al mismo Manuel Aragón es de destacar que:

«...Interpretar es «concretizar», para lo que es preciso «comprender» (Hesse), es decir, comprender la norma dentro de un sistema no sólo normativo sino también de categorías teóricas que le dan significado, que le prestan coherencia. No es posible

¹ ARAGÓN, Manuel. «*La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*». En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid. Año 6, Número 17, Mayo-Agosto 1986. pp. 87-156.

² GARCÍA BELAUNDE, Domingo, FERNÁNDEZ SESAGO, Francisco. *La Constitución peruana de 1993* Lima, Editora Jurídica «Grijley», 1994. p. 202.

³ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, con la colaboración de GUTIERREZ CAMACHO, Walter. *Las constituciones del Perú*. Lima, Edición Oficial, 1993. p. 296.

concretizar, no es posible interpretar la norma constitucional (norma abierta, en muchas ocasiones, y que expresa, también en otras, valores sustantivos) sin una previa teoría de la Constitución (Hesse, Dworkin). El intérprete, necesariamente, ha de contar con el bagaje teórico que le facilite la tarea de extraer del precepto jurídico su significado «constitucionalmente adecuado» o de convertir en principios jurídicos los valores enunciados por la norma o de establecer las conexiones pertinentes entre unos y otros principios que concurren en el caso concreto de aplicación. Y esa teoría de Constitución, tan relevante para la interpretación, no puede ser otra que la que descansa en un concepto de Constitución auténtica, esto es, de Constitución democrática, concepto que no puede ser invalidado por el fácil expediente de tacharlo de «político» (90). En el marco de esa teoría encuentra su «objetivación» la tarea interpretadora justamente porque ahí se encuentran las categorías «contrastables» para su ejercicio y los límites jurídicos que impiden la libertad política de «valoración». Hoy, se ha dicho con fortuna, la interpretación es una de las cuestiones fundamentales del Derecho constitucional. Hoy, podría añadirse también, la teoría de la Constitución es, a su vez, la base «firme» de ese Derecho y, en consecuencia, el conocimiento o saber imprescindible para abordar con seriedad y rigor sus problemas y entre ellos el fundamental de la interpretación constitucional.»⁵

Si interpretar es descubrir, en última instancia, el significado «*constitucionalmente adecuado*»⁶ en base a una previa teoría de la Constitución asentada en un concepto de Constitución democrática, que conlleve desentrañar el sentido de la normativa constitucional analizando los valores constitucionales «...*de acuerdo a categorías jurídicas y no políticas*.»⁷, es imprescindible entonces contar con una adecuada técnica de interpretación constitucional. Sobre este particular, Luis Carlos SÁCHICA afirma que:

«La interpretación de las normas constitucionales –no obstante

⁴ Comisión Andina de Juristas. *Garantías constitucionales. Legislación vigente*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1996. p. 65.

⁵ ARAGÓN, Manuel. *Op. cit.*, pp. 127-128.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ *Ibid.*, p. 129.

su pertenencia al orden jurídico estatal con las demás que lo integran – por razón de su jerarquía, su carácter originario e incondicional y su calidad de fuentes de las otras normas, esto es, por ser normas de normas, o normas de organización del orden jurídico, requieren una técnica interpretativa especial, un tratamiento diferente al de la hermeneútica común.»⁸

En efecto, como apunta el mismo Sáchica, hay dos circunstancias que peculiarizan la interpretación constitucional: 1) que las normas constitucionales «...no son derivación ni desarrollo de otras superiores que orienten y condicionen su aplicación;...»⁹; y 2) que el nacimiento de las normas constitucionales:

«...tiene relación inmediata y directa con hechos políticos, históricos y culturales, determinantes de sus tendencias, contenido y finalidades, de su modo de ser prescriptivo, a su vez condicionante de todo el orden normativo del Estado.»¹⁰

Además, debe tenerse en cuenta «...la naturaleza especialísima y la estructura excepcional de dichas normas.»¹¹, muchas de las cuales son simplemente declarativas y carentes de un carácter normativo, como por ejemplo aquellas que integran la parte dogmática de la Constitución, que vienen a ser desde declaraciones de principios hasta simples enunciados de propósitos, que encierran el proyecto político que ha servido de base al Legislador Constituyente y que sirven de guía axiológica.

Otras son de carácter estructural; determinantes de la forma de ser del Estado, de su estructura propiamente dicha, de su organización, de la forma como está distribuido el poder y de las facultades de cada ente estatal, entre otros importantes aspectos.

A lo dicho hay que sumar que la interpretación constitucional exige para el intérprete una ubicación en el tiempo, con una clara visión del pasado, así como del entorno que rodeó al Constituyente, y con un conocimiento profundo de los diversos factores que determinaron la producción de un determinado texto constitucional. En buena cuenta, un conocimiento que trasciende el simple análisis de la literalidad de la nor-

⁸ Sáchica, Luis Carlos. *El Control de constitucionalidad*. Bogotá, Editorial Temis S.A., 1988. p. 1.

⁹ *Loc. cit.*

¹⁰ *Loc. cit.*

¹¹ *Ibid.*, p. 2.

ma y que permite ir al espíritu que la animó. Como afirma el mismo Sábica, la interpretación constitucional:

«Impone, a más de la técnica jurídica, amplios conocimientos del derecho, una sensibilidad política, un hondo sentido histórico, una visión del futuro, un severo realismo, una postura humanista, una capacidad creadora y una vigorosa orientación ética no comunes.»¹².

3. Características de la interpretación constitucional

Cualquier intento de marcar características corre el riesgo de tener una dosis de arbitrariedad o de parcialidad, desde que, por mas rigor que imponga el investigador en su tarea, siempre habrá enfoques, matices o puntos de vista, que impliquen una visualización distinta, sin perjuicio de la dosis de inevitable subjetividad que toda acción humana traduce. Por consiguiente, para evitar caer en tales riesgos, se ha asumido la posición esbozada por el constitucionalista argentino Nestor Pedro Sagüés¹³, que es la que se resume a continuación, la misma que interesa sobremanera por estar elaborada en la consideración de aquella interpretación que debe realizar un Tribunal Constitucional, como intérprete último de la Constitución¹⁴, y que se deriva de su rango constitucional, así como de la trascendencia de sus decisiones.

3.1. Interpretación práctica

Sagüés sostiene que la interpretación práctica es «...una interpretación para la aplicación,...»¹⁵, por cuanto la aplicación propiamente dicha es en realidad una parte del proceso de activación de la norma constitucional; proceso que trasciende y desborda los linderos del análisis puramente académico y toca directamente a los aquí y a los ahora de cada momento, de la realidad misma sobre la que la norma constitucional se

¹² *Ibid.*, p. 4.

¹³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Tribunal Constitucional e interpretación constitucional». En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 4. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer. pp. 17-37.

¹⁴ *Ibid.*, p. 24.

¹⁵ *Loc. cit.*

aplica. En tal sentido, se trata de una interpretación que, además de «profesional», sea funcional y útil, para «...optimizar las posibilidades de la Constitución para resolver problemas,...»¹⁶. No para agudizarlos o mantenerlos irresueltos.

3.2. Interpretación creativa

Se trata de una interpretación que, sin perder el sentido esencial de la Constitución y de sus diversos preceptos, encierre una dosis de creatividad de cara a las situaciones que exijan «...esclarecer, desplegar, compatibilizar, integrar y adaptar (cuando no reformular) a la Constitución».¹⁷; situaciones que, al decir del propio Sagüés, se pueden dar en varios casos:

- Cuando una norma constitucional permita variables interpretativas, en razón de las dudas que motiva su texto, en cuyo caso deberá optarse por una de ellas y aclarar el sentido de la norma;
- Cuando frente a una norma constitucional que no permite variables, en razón de su claridad, sea menester desarrollarla para comprender en su cobertura a aquellos casos que, en su detalle y concreción, pudieron haber escapado a lo que podría denominarse la previsión normativa del Legislador Constituyente;
- Cuando se está frente a redundancias o contradicciones, sea normativas o ideológicas, que obliguen a compatibilizar y, de no ser posible, optar;
- Cuando se tienen vacíos constitucionales (áreas no normadas), lo cual significará una labor de suplencia a través de los procedimientos de integración; y
- Cuando las nuevas realidades y entornos requieran y, más, exijan adaptar la norma constitucional para lograr una aplicación actualizada de la norma.

«...en síntesis, para el Tribunal Constitucional la interpretación constitucional rara vez será un trabajo de «descubrir» algo preexistente. Lo habitual consistirá en la «construcción» de

¹⁶ Ibid., p. 25.

¹⁷ Ibid., pp. 26-28.

respuestas constitucionales. Más que arqueólogo o explorador, el Tribunal será en aquella empresa artífice y autor.»¹⁸

3.3. Interpretación previsora

Esta es una interpretación en la que, atendiendo a los efectos que producirá la decisión proveniente de ella, realice un severo diagnóstico, calcule los resultados y tenga en cuenta sus efectos, los cuales serán generales, por lo que debe cuidarse que «...*el producto interpretativo...*»¹⁹ sea provechoso y no dañino. En este punto conviene enfatizar la trascendencia de esta interpretación en un mundo en el cual la llamada globalización, sumada a los avances tecnológicos, sobre todo en los campos de la cibernética y las comunicaciones, imponen una dinámica distinta y ajena a la lógica tradicional que encierra la racionalidad del Legislador Constituyente. Por ello, dada esta dinámica, Sagüés acota:

«...Si el producto interpretativo es provechoso, corresponderá mantenerlo. En cambio, si ese producto es nocivo para un medio social, por más que sea generado por un procedimiento exegético impecable, habrá que desecharlo y retomar acto seguido el camino de la interpretación, en procura de un segundo resultado que sí sea positivo.

Tal es la metodología que propone la «interpretación previsora» del derecho, conveniente para cualquier rama del derecho, pero indispensable para un Tribunal Constitucional. A éste no puede legítimamente serle indiferente qué es lo que resuelve, so pretexto que cumpla su tarea si se limita a «aplicar» automática y asépticamente a la regla constitucional, como si ello consistiera en un teorema algebraico. Su papel de Poder del Estado, y de operador de una Constitución instrumento de Gobierno, le obliga a meritar cuidadosamente las secuelas de su pronunciamiento, máxime teniendo ellos efectos para todos.»²⁰

¹⁸ *Ibid.*, pp. 28.

¹⁹ *Loc. cit.*

²⁰ *Ibid.*, pp. 28-29.

3.4. Interpretación política

Si la interpretación constitucional debe ser práctica, creativa y previsor, ello traduce su carácter político, porque ella no solo debe desarrollarse a través de un continuo y exigido ejercicio de definición, redefinición, efectivización y armonización de la Constitución, en orden a la custodia de su supremacía, sino que debe proteger y resguardar los principios, los valores y la doctrina que la sustenta; al punto que el mismo Sagüés enfatiza que:

«...en rigor de verdad, la supremacía ideológica de la Constitución es tal vez más trascendente que su supremacía normativa, ya que cada cláusula, precepto o inciso de dicha Constitución puede ser entendido de modo diferente según la clave ideológica que se maneje, circunstancias que destaca la importancia de la fidelidad al referido techo ideológico constitucional.»²¹

Sin embargo, coincidiendo con el mismo autor, es menester aclarar que:

«Esa dimensión «política» de la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional ha sido aviesamente confundida por algunos con una «correspondencia» (de hecho, subordinación), que se dice «política», y que el Tribunal tendría que guardar hacia el partido gobernante o los titulares de los otros poderes.

Lo cierto es que el Tribunal no puede ignorar la realidad – desde luego –; que debe auscultar las creencias sociales, y que no tiene por qué ser un órgano opositor nato del resto de las ramas del Poder. Pero su función principal, dentro del organigrama estatal, es la de operar como órgano de control constitucional de los demás centros de poder, oficiales y privados, ya que así lo quiso el pueblo al incorporarlo a la Constitución, y no oficiar como dependencia del partido victorioso en las urnas.»²²

4. El Tribunal Constitucional peruano

Siendo la interpretación constitucional consustancial al análisis de cons-

²¹ *Ibid.*, p. 30.

²² *Loc. cit.*

titudinalidad, el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, dados sus efectos anulatorios *erga omnes* de la norma considerada inconstitucional y el nivel de aquella, sólo puede ser viable si su titular realiza una interpretación oponible con éxito a cualquier otra interpretación de la Constitución, provenga de quien provenga, lo cual no significa exclusividad interpretativa²³. Por tanto, es inherente a la calidad de ente de control concentrado de constitucionalidad la de ser titular de la supremacía de la interpretación constitucional.

Desde este punto de vista, el carácter de intérprete supremo de la Constitución que corresponde al Tribunal Constitucional peruano, está dado por su propia naturaleza, de ser órgano de control concentrado de constitucionalidad de normas de rango superior; no por la mención expresa que pudiera haberse efectuado al respecto en la Constitución de 1993, que, como bien se sabe, omite calificarlo como tal.

Hubiera sido preferible que lo hiciera, como ocurre con las constituciones de otros países; pero, en todo caso, tal omisión, no es trascendente desde que, como está dicho, la calidad de intérprete supremo corresponde a la naturaleza de la función que cumple; no a que la Constitución u otra norma la mencione, expresamente o no.

Sin embargo, coincidiendo con Jorge Danós²⁴ y Samuel Abad²⁵, la omisión ha sido salvada, en cierta medida, si se tiene en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contiene tres normas que permiten concluir que en el plano normativo, y quizás aunque esa no fuera la intención del Legislador, se ha reconocido que el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo de la Constitución. Tales normas son sus artículos 39 y 48 y su Primera Disposición General, que a la letra preceptúan:

Artículo 39º.— Los jueces deben aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada por el Tribunal.

Los jueces suspenden la tramitación de los procesos de acción popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal, hasta que éste expida su resolución.²⁶

²³ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. «Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 10. Lima, Comisión Andina de Juristas. p. 285.

²⁴ *Ibid.*, pp. 285-290.

²⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. «La jurisdicción constitucional en la Carta peruana de 1993: antecedentes, balances y perspectivas.». En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 4. Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer. pp. 217-218.

²⁶ Comisión Andina de Juristas. *Op. cit.*, p. 81.

Artículo 48º.– Si el conflicto versare sobre una competencia o atribución expresada en una norma con rango de ley, el Tribunal declara que la vía adecuada es la de acción de inconstitucionalidad.

Cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste suspenderá el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.²⁷

«Primera.- Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos.»²⁸

El transcrito numeral 39, al preceptuar, por un lado, la obligación de los jueces de aplicar las normas declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional, y, por otro, la obligación de los jueces de suspender los procesos de acción popular que se sustenten en normas que estén siendo cuestionadas por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional hasta que se expida la resolución final, está señalando la primacía de la interpretación constitucional que realiza dicho ente de control concentrado de constitucionalidad respecto de la que llevan a cabo los jueces, al ejercer el control difuso; al imponerles su obligatoria aplicación en el primer caso y la suspensión del proceso en el segundo, respectivamente.

El también transcrito numeral 48, al preceptuar la obligación de los jueces de suspender los procedimientos motivados en impugnaciones de disposiciones, resoluciones o actos, que hayan dado lugar al planteamiento de un conflicto constitucional de competencia ante el Tribunal Constitucional, que éste esté conociendo, hasta que emita su respectivo pronunciamiento, está igualmente afirmando la primacía de la interpretación constitucional, que lleva a cabo aquel órgano de control concentrado de constitucionalidad; al imponerles la obligatoria suspensión del proceso de acción popular.

Por lo demás, la precitada Primera Disposición General, al ordenar la obligación de los jueces de interpretar y aplicar las leyes según los pre-

²⁷ *Ibid.*, p. 83.

²⁸ *Ibid.*, p. 88.

ceptos y principios constitucionales, de acuerdo a la interpretación que de los mismos resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los procesos en que interviene, está enfatizando, y con mayor claridad, la primacía de su interpretación, con el ingrediente adicional de que no sólo respecto de sus pronunciamientos en procesos de inconstitucionalidad (en los que se ejerce el control concentrado), sino de todos los procesos que conoce; sea cuando actúa como última instancia en los procesos de hábeas corpus, acción de amparo, acción de cumplimiento y hábeas data o cuando resuelve conflictos constitucionales de competencia o de atribuciones.

5. Retos y riesgos

Del rastreo realizado en lo que concierne al control de constitucionalidad en el Perú, desde los inicios de la República hasta la actualidad, se desprende que, a partir de la Constitución de 1979 se produce a nivel normativo constitucional un significativo avance, el cual, después de las pretendidas contramarchas producidas en el proceso de elaboración de la Carta de 1993, puede decirse que se reafirma, con algunos ajustes, con ciertas modificaciones y puntuales avances. No obstante, en la práctica, en la realidad concreta o en los hechos, tales avances normativo-constitucionales no marchan en paralelo, con lo cual el problema está en los operadores de tales normas, por una falta de conciencia de su trascendencia e importancia, dentro del sistema democrático y del Estado de Derecho.

En lo tocante al Tribunal Constitucional y, específicamente, a su rol de supremo intérprete de la constitucionalidad, queda claro que, correspondiéndole el control concentrado de constitucionalidad, tal calidad le es inherente y consustancial; independientemente de la omisión a aquella en que se incurre en el texto constitucional vigente y que los artículos 39 y 40, así como la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional la hayan subsanado en cierta medida.

Es cierto que la normatividad específica que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional, básicamente la Ley No. 26435, a cuyo detalle no se ha dedicado esta investigación, por escapar a su propósito, presenta una limitación preocupante, cual es la exigencia de seis votos conformes, de un total de siete, para declarar la inconstitucionalidad de las normas objeto de cuestionamiento; por lo que, si se quiere que este ente de control concentrado de la constitucionalidad cumpla a cabalidad su rol, tendrán sus miembros que hacer importantes esfuerzos para con-

cordar criterios y alcanzar la mayoría calificada que se exige o, en todo caso, tendrá que procurarse una reducción del número de votos conformes para la declaración de inconstitucionalidad.

En todo caso, es a los siete miembros del Tribunal Constitucional, recientemente elegidos por el Congreso de la República, a quienes compete una personal, directa y especialísima responsabilidad en la tarea de reevaluar al Tribunal Constitucional peruano, para que cumpla a cabalidad su papel de supremo intérprete de la Constitución, ejerciendo un real control de la constitucionalidad; responsabilidad que debe comprometer al propio Estado y, en general, a toda la colectividad. Hay un desafío que vencer y, como afirma Nestor Sagüés, no todas son rosas en el jardín del Derecho Constitucional, por cuanto:

«Defender la «supremacía de la Constitución» puede ser una frase hueca si no se advierte que, en muchos momentos, el Tribunal Constitucional tendrá que privilegiar, de esa Constitución, algunos tramos sobre otros.

En concreto, el Tribunal deberá de vez en cuando hacer cohabitar y acomodar derechos entre sí, lo que puede implicar preferir algunos derechos sobre otros; o también, compatibilizar derechos personales con principios del sistema político.

No siempre, en efecto, le tocará al Tribunal Constitucional la grata tarea de explayar y aumentar el cupo de los derechos humanos, Eventualmente tendrá que poner coto a una gama de derechos, en resguardo de otro grupo de derechos. La libertad de contratar, por ejemplo, puede chocar con los derechos de gremios y de trabajadores, o la libertad de cátedra con los derechos de dirección de los propietarios de un establecimiento educativo privado. Paralelamente, el derecho al honor y a la privacidad puede no llevarse bien con el derecho de prensa a publicar sin censura previa, en donde está interesado, además del periódico del caso, el sistema democrático, a raíz del libre flujo de las ideas. El derecho a asociarse, a su turno, tiene que guardar correspondencia con la moral pública, reacia a admitir entidades que no respeten las pautas de ética colectiva.

La solución a estos encontronazos constitucionales demanda un espíritu particular, más de estadista que de otra cosa, entre quienes desempeñan la magistratura e integran un Tribunal o Corte especializada en el «fuero constitucional». Es cierto que hay aportes vitales en el derecho comparado, como la doctrina norteamericana de los «dos planos», o de las «libertades preferi-

das», pero todavía habrá que proyectar a casos concretos tales pautas genéricas, que pueden alcanzar distintas gradaciones en cada comunidad nacional.»²⁹

Por ello, será necesario vencer los riesgos de la dependencia, la inoperancia y la incomprensión, entre otros, que se ciernen sobre el Tribunal Constitucional peruano, para convertirlo en un instrumento auténticamente cautelador de la constitucionalidad y, por lo tanto, de la institucionalidad democrática y del Estado de Derecho.

Conclusiones

1. Desde la fundación de la República ha existido una cierta preocupación por el control de la constitucionalidad de las normas, pero dentro de la línea adoptada por el Legislador Constituyente de la Carta de Cádiz de 1812 (línea Gaditana), que consideraba que era al Parlamento al que le competía tal tarea, en el marco de lo que podría denominarse un control político de constitucionalidad; hasta la Constitución de 1979, que eleva a categoría constitucional el control disperso de constitucionalidad e inaugura el control concentrado de constitucionalidad.

2. La constitucionalidad es un vínculo de armonía y concordancia plena entre la Constitución y las demás normas que conforman el sistema jurídico que aquella diseña; tanto en cuanto al fondo como a la forma. Es una suerte de cordón umbilical que conecta o une los postulados constitucionales con sus respectivos correlatos normativos, en sus diversos niveles de especificidad; y, por consiguiente, consustancial al proceso de implementación constitucional e imprescindible para la compatibilidad y la coherencia del sistema jurídico.

3. La interpretación constitucional es consustancial al análisis de constitucionalidad. Vale decir, le es inherente, forma parte de él; a tal punto que no puede haber análisis de constitucionalidad sin interpretación constitucional. Es más, tampoco puede haber constitucionalidad, conceptualmente hablando, sin interpretación constitucional, desde que aquella implica análisis y éste, a su vez, interpretación, que no es otra cosa que desentrañar el sentido de la Constitución, tanto como norma cuanto como conjunto normativo, estableciendo el parámetro de control

²⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Op. cit.*, pp. 32-33.

y, a partir de ese punto, descubrir el sentido de cada uno de sus postulados, lo cual conlleva desentrañar su sentido axiológico, pero siempre por métodos jurídicos.

4. Interpretar es descubrir, en última instancia, el significado constitucionalmente adecuado, en base a una previa teoría de la Constitución, asentada en un concepto de Constitución democrática, que conlleve escudriñar el sentido de la norma constitucional, analizando los valores constitucionales de acuerdo a categorías jurídicas y no políticas, para lo cual es imprescindible contar con una adecuada técnica de interpretación constitucional.

5. La interpretación constitucional se peculiariza porque las normas constitucionales no son derivación ni desarrollo de otras superiores, que orienten y condicionen su aplicación, sino que tienen relación inmediata y directa con hechos políticos, históricos y culturales, determinantes de sus tendencias, contenidos y finalidades; de su modo de ser descriptivo y, a su vez, condicionante de todo el orden normativo del Estado.

6. La interpretación constitucional, además de integral, debe ser práctica, creativa, previsor y política; esto último referido a la protección y resguardo de los principios, los valores y la doctrina que sustentan la Constitución. Vale decir, el techo ideológico constitucional.

7. Siendo la interpretación constitucional consustancial al análisis de constitucionalidad, el ejercicio del control concentrado de constitucionalidad, dado sus efectos anulatorios *erga omnes* de la norma considerada inconstitucional y el nivel de aquella, sólo puede ser viable si su titular realiza una interpretación que pueda oponerse con éxito a cualquier otra interpretación de la Constitución, provenga de quien provenga, lo cual no significa exclusividad interpretativa.

8. Es inherente a la calidad de ente de control concentrado de constitucionalidad la de ser titular de la primacía de la interpretación constitucional.

9. El carácter de intérprete supremo de la Constitución que corresponde al Tribunal Constitucional peruano está dado por su naturaleza, de ser órgano de control concentrado de constitucionalidad de normas infraconstitucionales de primer rango; no por la mención expresa que pudiera haberse efectuado al respecto en la Constitución de 1993; que, como bien se sabe, omite calificarlo como tal.

10. Los artículos 39 y 48, así como la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, contienen normas que implican un reconocimiento a la calidad de intérprete supremo de la Constitución que posee el Tribunal Constitucional peruano.

11. El numeral 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional al

establecer, por un lado, la obligación de los jueces de aplicar las normas declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional, y, por otro, la obligación de los jueces de suspender los procesos de acción popular (que se sustenten en normas que estén siendo cuestionadas por causal de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional) hasta que se expida la resolución final, está señalando la primacía de la interpretación constitucional que realiza dicho ente de control concentrado de constitucionalidad respecto de la que llevan a cabo los jueces, al ejercer el control difuso; imponiéndoles su obligatoria aplicación en el primer caso y la suspensión del proceso en el segundo, respectivamente.

12.El artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al preceptuar la obligación de los jueces de suspender los procedimientos motivados en impugnaciones de disposiciones, resoluciones o actos, que hayan dado lugar al planteamiento de un conflicto constitucional de competencia ante el Tribunal Constitucional, que éste esté conociendo, hasta que emita su respectivo pronunciamiento, está igualmente afirmando la primacía de la interpretación constitucional, que lleva a cabo aquel órgano de control concentrado de constitucionalidad; al imponerles la obligatoria suspensión del proceso de acción popular.

13.La Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, al normar que es obligación de los jueces interpretar y aplicar las leyes según los preceptos y principios constitucionales, de acuerdo a la interpretación que de los mismos resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en los procesos en que interviene, está enfatizando, y con mayor claridad, la primacía de su interpretación, con el ingrediente adicional que no sólo respecto de sus pronunciamientos en procesos de inconstitucionalidad (en los que se ejerce el control concentrado), sino de todos los procesos que conoce; sea cuando actúa como última instancia en los procesos de hábeas corpus, acción de amparo, acción de cumplimiento y hábeas data o cuando resuelve conflictos constitucionales de competencia o de atribuciones.

14.La normatividad específica que regula el funcionamiento del Tribunal Constitucional presenta una limitación preocupante, cual es la exigencia de seis votos conformes, de un total de siete, para declarar la inconstitucionalidad de las normas objeto de cuestionamiento; por lo que, si realmente se persigue que este ente de control concentrado de la constitucionalidad cumpla a cabalidad su rol, tendrán sus miembros que hacer importantes esfuerzos para concordar criterios y alcanzar la mayoría calificada que se exige o, en todo caso, tendrá que procurarse una reducción del número de votos conformes para la declaración de inconstitucionalidad.

Bibliografía

- AA. VV. «*Doce ensayos sobre la nueva Constitución*». Bogotá, Señal Editora. 1991.
- AA. VV. *El Tribunal de Garantías Constitucionales en debate*. Lima, 1986. Comisión Andina de Juristas y Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo.
- AA VV: *Sobre la jurisdicción constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, (coordinador Aníbal Quiroga León).
- ABAD YUPANQUI, Samuel. «El valor de la jurisprudencia constitucional en el ordenamiento jurídico peruano». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 11*. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1995.
- ABAD YUPANQUI, Samuel. «Hábeas Data y conflicto entre órganos constitucionales: dos nuevos procesos constitucionales». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 10*. Lima. Comisión Andina de Juristas. 1994.
- AGUIAR DE LUQUE, Luis. «Alcances y límites de la justicia constitucional». En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro. 1993.
- AGUIRRE ROCA, Manuel. «El Tribunal de Garantías Constitucionales ante la crítica». En *Revista Derecho*. No. 42. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1899.
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Proceso. Autocomposición y autotutela*. México. Imprenta Universitaria. 1947.
- ALLORIO, Enrico. *Problemas de Derecho procesal*. Tomo I y II. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América. 1963.
- ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*. Tomo I. Buenos Aires, Ediar S.A. Editores. 1963.
- ALVAREZ SIMONETTI, Manuel. «Debate en torno a la acción popular». 1973. En *Revista Derecho*. No. 32, Lima, PUC.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil: teoría general del 1967 proceso*. Lima. Tipográfica Peruana.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil. teoría general del s/n proceso*. 8va. Edición. Lima. Tipo Offset Sesator

ALZAMORA VALDEZ, Mario. La acción como derecho autónomo. En Re-1951 vista del Foro. Año XXXVIII. No. 6. Lima.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Introducción a la ciencia del Derecho*. Lima 1964 3ra. Edición.

ALZAMORA VALDEZ, Mario. *Derecho Procesal Civil*. Lima, Ediciones Pe-1966 ruanas.

ARAGÓN, Manuel, Solazabal, Juan José. *Materiales de jurisprudencia 1994 constitucional*. Madrid, Editorial Carpedi S.L.

ARAGONESES, Pedro. *Proceso y Derecho Procesal*. Madrid, Editorial Aguila. 1960

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Actas del Pleno*. Tomo V, Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Actas del Pleno*. Tomo VI, Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Actas del Pleno*. Tomo VII, Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Actas del Pleno*. Tomo VIII, Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Diario de Debates de la Comi-1985 sión Principal*. Tomo I. Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Diario de Debates de la Comi-1985 sión Principal*. Tomo III. Lima.

ASAMBLEA CONSTITUYENTE (1978-1979). *Diario de Debates de la Comi-sión Principal*. Tomo IV.

- AYASTA GONZALES, Julio. «Inconstitucionalidad de las leyes», En: *Revista* 1945 *de Jurisprudencia Peruana*, año III, No. 16.
- BARRAGÁN, Guillermo César. «Teoría normativa de la jurisdicción civil». 1987 En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. tomo 1987-B. Argentina.
- BARRETO, Anselmo: *La inconstitucionalidad de las leyes*, Biblioteca de 1963 *Cultura Peruana Contemporánea*, Lima.
- BASTIDA, Francisco J. Varela, Joaquín. Requejo, Juan Luis. *Derecho* 1992 *Constitucional cuestionario comentado, I*. Barcelona, Editorial Ariel, S.A..
- BAZDRESCH, Luis. *Garantías constitucionales*. México, Editorial Trillas. 1987
- BECERRA, Gregorio. *Análisis constitucional colombiano*. Bogotá, Universi- 1986 *dad Externado de Colombia*.
- BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique: Antecedentes sobre la jurisdicción 1991 *constitucional en el Perú*, En: *Notarius*, No. 2, año 2, año.
- BENAVIDES CORREA, Alfonso. «Control Constitucional», En: *Revista del* 1979 *Foro*, Nos. 2, 3 y 4, Lima.
- BIANCHI, Alberto. *El control de constitucionalidad. El proceso y la juris-* 1992 *dicción constitucionales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco.
- BIANCHI, Alberto. «¿Está en crisis el sistema clásico de control de 1991 *constitucionalidad?*». En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1990-E. Argentina.
- BIDART CAMPOS, Germán. *El Derecho Constitucional del poder*. Tomo I y 1967 II. Buenos Aires, Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera EDIAR.
- BIDART CAMPOS, Germán J. *La Corte Suprema. Tribunal de Garantías* 1984 *Constitucionales*. Buenos Aires. Ediar.

- BIDART CAMPOS, Germán J. *Derecho Constitucional* 2 Tomos. Buenos Aires. Depalma.
- BIDART CAMPOS, Germán. «La jurisdicción constitucional». Ponencia al 1990 *Segundo Congreso Nacional de Derecho Constitucional y Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*, Lima, PUC.
- BIDART CAMPOS, Germán. *Manual de Derecho Constitucional argentino*. 1985 Buenos Aires, Sociedad Anónima Editorial Comercial, Industrial y Financiera EDIAR.
- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Introducción al Derecho Constitucional comparado*. 1975 México, FCE.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos; Landa Arroyo, César y Rubio Correa, 1992 Marcial. *Derecho Constitucional General, Selección de lecturas de Derecho Constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BLUME FORTINI, Ernesto. «El Tribunal de Garantías Constitucionales». 1983 En *Revista Ius Et Praxis* No. 3. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.
- BLUME FORTINI, Ernesto. *El control de la constitucionalidad (con especial referencia a Colombia y Perú)*. Lima, Editores Reunidos S.A.
- BOLÍVAR, Simón. «Discurso del Libertador al Congreso Constituyente de 1995 Bolivia». En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- BOREA ODRÍA, Alberto. *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*. 1985 Lima, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional.
- BOREA ODRÍA, Alberto. *Evolución de las Garantías Constitucionales*. 1996 Lima, Grijley E.I.R.L.
- BOZA, Edilberto: «Inconstitucionalidad de la ley», En: *Revista del Foro*, 1931 Lima.

- BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. «El Tribunal de Garantías Constitucionales: un proyecto de ley que no ofrece garantías». En *Revista Quehacer*. No. 10. Lima, Desco.
- BUSTAMANTE BELAUNDE, Alberto. «La irretroactividad de los fallos del Tribunal de Garantías Constitucionales». En *Revista Derecho*. No. 36, Lima, PUC.
- CALAMANDREI, Piero. *Estudios sobre el Proceso Civil*. Buenos Aires, Bibliográfica Argentina.
- CALAMANDREI, Piero. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, 1943 Depalma.
- CANO MATA, ANTONIO. *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.
- CÁMARA DE DIPUTADOS. *Actas Oficiales y extractos de las sesiones en que fue discutida la Constitución de 1860*. Convención Nacional 1855-1856. Lima, Empresa Tipográfica Unión.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Proceso. Ideologías y sociedad*. Buenos Aires. Ejea. 1979
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «El Tribunal de Garantías Constitucionales y la Constitución del Perú de 1979». En *Revista del Foro*. No. 2, Lima, Colegio de Abogados de Lima.
- CARNELUTTI, FRANCISCO. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARNELUTTI, FRANCISCO. *Sistemas de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, 1944 UTEHA.
- CARNELUTTI, FRANCISCO. *Derecho Procesal Civil y Penal*. Tomo I. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- CARPIO MARCOS, EDGAR E. «Derecho Procesal Constitucional y jurisprudencia constitucional». En *Revista El Jurista*. Año II, No. 6. Lima.

CARRIÓN LUGO, Jorge. «Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales. Comentarios». En *Revista del Foro*. Lima.

Casós, Fernando: *Proyecto de Reforma de la Constitución de 1856, conservando noventa y siete disposiciones constitucionales, suprimiendo, modificando o derogando los demás artículos, y aumentando otros nuevos*, Lima, A. Alfaro.

CEA EGAÑA, José Luis. «*Tratado de la Constitución de 1980. Características generales garantías Constitucionales*». Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

CLARIA OLMEDO, Jorge. *Derecho Procesal*. Tomo I y II Buenos Aires, 1982 Depalma.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA. «Pronunciamiento del Colegio de Abogados de Lima sobre la Acción de Inconstitucionalidad (artículo 298, inciso 1)». En *Revista del Foro*. No. 1, Lima.

COLOMER VIADEL, Antonio. *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, ICI.

COLOMER VIADEL, Antonio. «Rasgos del constitucionalismo iberoamericano». En *Revista Ius Et Praxis* No. 17. Lima, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, Centro de Investigación Jurídica.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. «*Garantías Constitucionales legislación vigente*». Lima, Comisión Andina de Juristas.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. «Del golpe de Estado a la Nueva Constitución». En *Lecturas Sobre Temas Constitucionales* No. 9. Lima, Comisión Andina de Juristas.

COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. «Jurisprudencia, Caso Marbury Vs. Madison». En *LECTURAS SOBRE TEMAS CONSTITUCIONALES* No. 2. Lima, Comisión Andina de Juristas.

COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL (1923). *Actas de las Sesiones*. 1928 Tomo I. Segunda Edición. Lima. Imprenta C.A. Castrillón.

- COMISIÓN REFORMADORA DEL CÓDIGO CIVIL (1923). *Actas de las Sesiones*. 1928 Tomo VIII. Segunda Edición. Lima. Imprenta C.A. Castrilló.
- CONGRESO: *Diario de Debates del Congreso reunido en 1860, que ha re-1860 formado la Constitución dada por la Convención en 1856*. Lima, Tipográfica del Comercio, 1860.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. *Diario de los Debates*. Tomo III. 1936 Lima, Empresa Editora La Nacional.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. *Diario de los Debates*. Tomo VI. 1936 Lima, Empresa Editora La Nacional.
- CONGRESO CONSTITUYENTE DE 1931. *Diario de los Debates*. Tomo VIII. 1936 Lima, Empresa Editora La Nacional.
- CONVENCIÓN NACIONAL 1855 - 1856. *Actas oficiales y extractos de las se-1910 siones en que fue discutida la Constitución de 1860*. Publicación ordenada por la Cámara de Diputados. Lima, Empresa Tipográfica La Unión.
- CORSO MASÍAS, Alfredo. *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. 1984 Prontuario. Arequipa, Edigrap Editores.
- CORTEZ DOMINGUEZ, Valentín. *Derecho Procesal Civil*. Valencia, Tirant 1995 lo Blanch.
- COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Bue-1979 nos Aires. Ediciones Depalma.
- COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos 1993 Aires, Editorial Depalma.
- COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. 3a. Edi-1985 ción Póstuma. Buenos Aires. Depalma.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La formación del Sistema Europeo de control de1987 constitucionalidad (1918-1939)*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

- CUMPLIDO CERECEDA, Francisco; Nogueira Alcalá, Humberto. *Teoría de*
1985 *la Constitución*. Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica.
- CHICHIZOLA, Mario I. «El Debido Proceso como Garantía Constitucional».
1983 En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1983-C. Argentina.
- CHIRINOS SOTO, Enrique. *Constitución de 1993: lectura y comentario*.
1995 Lima, Empresa Editora Piedul S.R.L.
- CHIRINOS SOTO, Enrique. *Cuestiones constitucionales 1933-1990*. Lima,
1991 Fundación M. J. Bustamante De la Fuente.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. «Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional».
1994 En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 10. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; Sousa Calle, Martha. «El control jurisdiccional
1987 de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general». En *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima, Cultural Cuzco S.A.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge; Sousa Calle, Martha. «El control jurisdiccional
1988 de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. «La garantía constitucional de la acción popular».
1990 En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 04. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- DE BERNARDIS LLOSA, Luis Marcelo. *La garantía procesal del Debido*
1995 *Proceso*. Biblioteca Universitaria de Derecho Procesal Civil. Lima.
- DE LA RÚA, Fernando. *Proceso y justicia (temas procesales)*. Buenos Aires,
1980 Lerner Editores Asociados.
- DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional sistema de fuentes*. Barcelona,
1991 na, Editorial Ariel, S.A.

- DERMIZAKY PEREDO, Pablo. *Derecho Constitucional*. Cochabamba, Editorial Arol. 1991.
- DE SANTO, Víctor. *Tratado de los Recursos*. Tomo I. Buenos Aires, Editorial Universidad. 1987.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo I, 1976 Teoría General del Proceso. Bogotá, Editorial ABC.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Derecho Constitucional comparado*. Madrid, 1983 Espaza-Calpe.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe: «Sobre la efectividad del control jurisdiccional en el ordenamiento iberoamericano», En: *Revista Ius Et Praxis* No. 4, Universidad de Lima. 1984.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. «El Derecho de Contradicción». En *Revista Gaceta Jurídica*, Tomo IV. Lima. 1994.
- DOCUMENTOS. «IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional». En 1994 *Pensamiento Constitucional*, Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- DUVERGER, Maurice. «*Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*». 1984 Barcelona, Ariel.
- DUGO, Sergio O.; LUGONES, Narciso. «El Recurso extraordinario federal entre la Constitución y la Ley». En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1990-E. Argentina. 1991.
- ECHANDIA, Devis. *Teoría general del Proceso*. Tomo I. Buenos Aires, 1984 Editorial Universidad.
- ECHAVE, Víctor Manuel: «Inconstitucionalidad de las leyes», En: *Revista Jurídica del Perú*, No. 1, año XIV, Lima. 1963.
- ECHECOPAR GARCÍA, Luis. «Prólogo». En *Anteproyecto de Constitución de 1931 de la Comisión Manuel Vicente Villarán*. Lima, P.C. Villanueva. 1962.

EGUIGUREN, Luis Antonio: *La inconstitucionalidad de las leyes* Lima, Im-
1945 prenta Torres Aguirre S.A.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: «Normas contrarias a la Constitución o a
1984 la Ley», En: *Revista del Foro*, No. 1, año LXXI.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco: *La Constitución Política de 1979 y sus pro-
1987 blemas de aplicación*. Lima, Cultural Cuzco S.A.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «El Tribunal de Garantías Constituciona-
1991 les: las limitaciones del modelo y las decepciones de la reali-
dad». En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 7. Lima,
Comisión Andina de Juristas.

EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Los retos de una democracia insuficiente*.
1990 Lima, Comisión Andina de Juristas y Fundación Friedrich
Naumann.

ESCOBAR FORNOS, Iván. «El Amparo». En *Monografías Jurídicas*, Bogo-
1990 tá.

ETO CRUZ, Gerardo. «Introducción bibliográfica a los derechos y garan-
1990 tías constitucionales». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 05. Lima, Comisión Andina de Juristas.

ETO CRUZ, Gerardo. «Breve introducción al Derecho Procesal Constitu-
1992 cional: notas para un estudio de la jurisdicción constitucional
en el Perú», Trujillo, *Revista Jurídica del Colegio de Abogados
de La Libertad*, No. 129, segunda edición.

FAIREN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general del Derecho Procesal. Hacia
1990 una teoría y ley Procesal General*. Barcelona. Bosch.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. «El Modelo Francés de control político
1990 de la constitucionalidad de las leyes: su evolución». En el co-
lectivo *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Fondo Editori-
al de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *Seminario jurisdicción constitucional*.
Lima, versión magnetofónica de conferencia dictada el
13.06.96.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl. «*Teoría del Estado. Derecho Constitucional*». 1966 Lima, Ediciones Librería Studium S.A.

FERRERO, AUGUSTO. «*Derecho Procesal Civil - Excepciones*». Lima. Editorial Ausonia. 1980

FERRERO REBAGLIATI, Raúl: «El liberalismo peruano y la Constitución de 1956 1856», *Revista del Foro*, Lima, año XLIII, No. 3, Setiembre-Diciembre.

FERRERO REBAGLIATI, Raúl: «El ontrol de constitucionalidad de las leyes»; 1960 *Revista Jurídica del Perú*, No. 3, año XI.

FIGUEROA, Luis Mauricio. *La Constitución inglesa*. México, Editorial Jus. 1991

FIX ZAMUDIO, Héctor. «La justicia constitucional en América Latina». 1991 En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 1. Lima, Comisión Andina de Juristas.

FIX ZAMUDIO, Héctor. «Breves reflexiones sobre la interpretación constitucional». 1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.

FIX ZAMUDIO, Héctor. «Los tribunales constitucionales en 1982 Latinoamérica». En *Revista Jurídica del Perú*. No. 1, Lima.

FIX ZAMUDIO, Héctor. *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940 - 1965)*. México, Universidad Nacional Autónoma de México.

FURNISH, DALE B. «La 'Revisión judicial' de la constitucionalidad de las 1990 leyes en los Estados Unidos». En el colectivo *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GÁLVEZ, José: *La Convención Nacional y la Constitución de 1856*. Lima, 1858 Imprenta de José Félix Moreno.

GARCÉS PERALTA, Carolina. «Chile: leyes interpretativas e interpretación 1993 de la Constitución: A propósito de una sentencia del Tribunal

Constitucional». En *Lecturas Constitucionales Andinas* No. 2. Lima, Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «Control constitucional», En: *Revista del* 1979 *Foro*, Nos. 2, 3 y 4, Lima.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La acción de inconstitucionalidad en el 1991 Derecho comparado». En *Lecturas Constitucionales Andinas* No. 1. Lima, Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Procesos constitucionales en la Constitu- 1990 ción brasileña de 1988». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 5. Lima, Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La interpretación constitucional como 1994 problema». En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La jurisdicción constitucional en el 1978 Perú». En *Revista de la Universidad Católica*. (nueva serie). No. 3. Lima.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La jurisdicción constitucional en el 1988 Perú». En *Revista de Derecho*, Universidad Central de Chile.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Procesos constitucionales en América La- 1996 tina». En *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*. César Landa y Julio Faúndez (Editores). Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, School of Law University of Warwick y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Procesos constitucionales en la Constitu- 1990 ción brasileña de 1988». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 5. Lima, Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La nueva Constitución del Perú: Poder 1996 Judicial y Garantías Constitucionales». En *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*. César Landa y Julio Faúndez (Editores).

Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, School of Law University of Warwick y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo: «Control de la constitucionalidad de las 1989 leyes en el Perú». En *Revista Ius Et Praxis*. No. 13, Lima, Universidad de Lima.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Constitución y política*. Lima, Editorial y 1991 Distribuidora de Libros S.A.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *El hábeas corpus en el Perú*. Lima, Univer- 1979 sidad Nacional Mayor de San Marcos.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Esquema de la Constitución peruana*. 1992 Lima, Ediciones Justo Valenzuela E.I.R.L.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «El constitucionalismo peruano en la pre- 1989- sente centuria». En *Revista Derecho*. Nos. 43-44. Lima, Fa- 1990 cultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; Fernández Segado, Francisco. «La Consti- 1994 tución peruana de 1993». Lima, Editora Jurídica Grijley.

García Belaunde, Domingo, con la colaboración de Gutiérrez Camacho. 1993 Walter. «*Las constituciones del Perú*». Lima, Edición Oficial.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Garantías Constitucionales en la Consti- 1994 tución peruana de 1993». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 10*. Lima, Comisión Andina de Juristas.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «La influencia española en la Constitu- 1982 ción peruana (a propósito del Tribunal de Garantías Constitu- cionales)». En *Revista de Derecho Político*. No. 16, Madrid, (III).

GARCÍA BELAUNDE, Domingo; Fernández Segado, Francisco; Hernández 1992 Valle, Rubén. Coordinadores en el colectivo «*Los sistemas constitucionales iberoamericanos*». Madrid, Editorial Dykinson.

- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «Sobre la Jurisdicción Constitucional»
1990 (texto preparado especialmente para la Enciclopedia Jurídica Omeba). En el colectivo *Sobre la jurisdicción constitucional*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. «*Teoría y práctica de la Constitución*».
1989 Tomo I. y II Lima, Editorial y Distribuidora de Libros S.A.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio. *Garantías Constitucionales*. Buenos Aires,
1984 Ediciones Depalma, 1984.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid, Editorial Civitas.
1985
- GARCÍA LAGUARDIA, Jorge Mario. «Justicia constitucional, hábeas corpus
1993 y debido proceso». En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- GARCÍA MARTÍNEZ, María Asunción. *El recurso de inconstitucionalidad*.
1992 *El proceso directo de inconstitucionalidad*. Madrid, Editorial Trivium, S.A.
- GAONA CRUZ, Manuel. *Control y reforma de la Constitución en Colombia*.
1988 Bogotá, Ministerio de Justicia, 1988.
- GIMENO SENDRA, Vicente; Garberi Llobregat, José. *Los procesos de amparo*
1994 (*ordinario, constitucional e internacional*). Madrid, Editorial Colex.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Barcelona. Editorial La-
1936 bor.
- GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo. *Garantías de protección de la persona*.
1996 Lima, Editorial Rodas.
- GONZÁLEZ ALVAREZ, Daniel. «Justicia Constitucional y Debido Proceso».
1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- GONZÁLES CASANOVA, José Antonio. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. Barcelona, Ediciones Vicens-Vives, S.A.
1991

- GOZAINI, Osvaldo Alfredo. *Introducción al nuevo Derecho Procesal*. 1988 Buenos Aires. Ediar.
- GROS ESPIELL, Héctor. «El Derecho Internacional en la jurisdicción». 1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- GUASP DELGADO, Jaime. *La pretensión procesal*. Madrid. Editorial 1981 Civitas S.A.
- GUTIÉRREZ, Carlos José. «Evolución de la justicia constitucional en Costa Rica». 1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- FALCÓN, Enrique. *Gráfica Procesal*. Buenos Aires, Editorial Abelardo 1987 Perrot.
- HAURIOU, André. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*. Barcelona, Editorial Ariel. 1980
- HENAO HIDRÓN, Javier. *Panorama del Derecho Constitucional colombiano*. 1992 no. Bogotá, Temis.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. «La tipología de las sentencias constitucionales con efectos fiscales». 1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. «Legitimación democrática de los tribunales constitucionales». 1993 En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- HEREDIA MENDOZA, Madeleine. *Naturaleza procesal de la acción de amparo*. Lima, Editorial Cuzco S.A. 1995
- HISTORIA CONSTITUCIONAL. «Discurso con que la Comisión de Constitución presentó el Proyecto de Ella al Congreso Constituyente». 1994 En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

- HITTERS, Juan Carlos. «Derecho Procesal Constitucional». En *Revista* 1993 *Ius Et Praxis*, No. 21-22. Lima.
- HOYOS HENRECHSON, Francisco. *Temas fundamentales de Derecho Proce-* 1987 *sal*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile.
- INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS. *Garantías jurisdiccionales para* 1982 *la defensa de los derechos humanos en iberoamérica*. México, UNAM.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Agenda para la con-* 1990 *solidación de la democracia*. San José.
- ITZIGHSOHN DE FISCHAMAN, María. Voz «Recurso en el Proceso Civil». 1977 En *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XIV. Buenos Aires. Driskill S.A.
- JIMENEZ DE PARGA, Manuel. *Los regímenes políticos contemporáneos*. Ma- 1983 drid, Tecnos.
- KAPLAN, Marcos. *La formación del Estado nacional en América Latina*. Santiago de Chile, Editorial Universitaria.
- KELSEN, Hans. *Que es Justicia*. Barcelona, Editorial Ariel, S.A. 1992
- KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Sétima Edición. México, Editó- 1993 rial Porrúa.
- LANDA ARROYO, César. «Del Tribunal de Garantías al Tribunal Constitu- 1995 cional: el caso peruano. En *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Consti- tucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LANDA ARROYO, César. «La vigencia de la Constitución en América Lati- 1996 na». En *Desafíos Constitucionales Contemporáneos*. César Landa y Julio Faúndez (Editores). Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional de la Pontificia Universi- dad Católica del Perú, School of Law University of Warwick y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- LANDA ARROYO, César. «*Apuntes para una teoría democrática en América Latina*». Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1994
- LANDA ARROYO, César; García Belaunde, Domingo; y Rubio Correa, Marcial (editores). *Pensamiento Constitucional*. Lima, Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
1994
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una Constitución?* Estudio Preliminar de Elíseo Aja. Barcelona, Editorial Ariel, S.A.
1989
- LAZARINI, José Luis. *El Juicio de Amparo*. Buenos Aires, La Ley.
1967
- LEÓN BARANDIARÁN, José. «El Tribunal de Control de la Constitucionalidad y de la Legalidad». En *Revista del Foro*. No. 1, Lima, Colegio de Abogados de Lima.
1969
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
1980
- LINARES A.M., José Octavio. *Derecho Procesal Civil*. Vol. II, Lima, Editorial Sudamericana S.A.
1984
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, Editorial Ariel.
1982
- LUCAS VERDÚ, Pablo: *Curso de Derecho Político*. Madrid, Editorial Tecnos S.A.
1984
- MODERNE, Franck. «El Control previo de constitucionalidad en la Europa contemporánea». En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
1993
- MONROY GÁLVEZ, Juan. *Temas de Proceso Civil*. Lima, Edición Librería Studium.
1987
- MONROY GÁLVEZ, Juan. «Conceptos elementales de Proceso Civil (I)». En *Diario oficial El Peruano*. Cuerpo B. Derecho & Economía. Lima Edición del 24.06.92.

- MONROY GÁLVEZ, Juan y Quiroga León, Aníbal. *Las excepciones en el*
1982 *Proceso Civil Peruano*. Tesis para optar el grado de Bachiller
en Derecho. Facultad de Derecho Pontificia Universidad Ca-
tólica del Perú.
- MONTERO AROCA, Juan, Ortells Ramos, Manuel; Gómez Colomer, Juan
1989 Luis; Monton Redondo, Alberto. *Derecho Jurisdiccional*. Bar-
celona. Bosch. 2 Tomos.
- MORELLO, Augusto. «La Acción , la Justicia y el Proceso». En *Libro*
1971 *Homenaje a Amílcar A. Mercader: Problemática del Derecho*
Pocesal. La Plata, Editora Platense.
- MUÑOZ QUESADA, Hugo Alfonso. «La Sala Constitucional como poder
1993 político». En el colectivo «*La jurisdicción constitucional*».
Costa Rica, Editorial Juricentro.
- MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas: «El examen de constitucionalidad
1989 de las leyes y la soberanía parlamentaria», En: *Ius Et Praxis*,
No. 14, Universidad de Lima.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «La jurisdicción constitucional como ex-
1990 presión del Derecho Comparado». Ponencia al *Segundo Con-*
greso de Derecho Constitucional, Lima.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. «Consideraciones sobre la jurisdicción,
1991 constitucionalidad y la acción de inconstitucionalidad en el De-
recho Comparado». En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No.
1. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Jurisdicción constitucional, procesos cons-*
1994 *titucionales, hábeas corpus y acción de amparo, hábeas data y ac-*
ción de cumplimiento, acción popular e inconstitucionalidad».
Trujillo, Fondo Editorial de la Universidad Antenor Orrego de
Trujillo.
- ORTECHO VILLENA, Víctor Julio. *Derechos y garantías constitucionales:*
1985 *hábeas corpus, acción de amparo, acción popular, inconstitucio-*
nalidad. Trujillo, Marsol Perú Editores S.A.
- PÁEZ VELANDIA, Didimo. *El control de la constitucionalidad en los estados*

- 1985 *latinoamericanos y fundamentalmente en la República de Colombia*. Bogotá, Editorial de la Revista «Derecho Colombiano».
- PALOMINO MANCHEGO, José. «Notas sobre el Tribunal de Garantías 1982 Constitucionales». En *Revista Juris*. No. 1, Lima, UNMSM.
- PALOMINO MANCHEGO, José. *El Tribunal de Garantías Constitucionales*. 1983 Lima, UNMSM.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Tomo II. Lima, Editora Ital Perú S.A.
- PARODI RENÓN, Carlos: «La defensa de la legalidad en la Constitución de 1988 1979», En: *Vox Lucis*, No. 2, año I, Universidad Nacional Mayor de San Marco, Lima 1988.
- PELÁEZ BAZÁN, Mario. *El Tribunal de Garantías Constitucionales y un 1980 anteproyecto de su Ley Orgánica*. Lima, Editorial Vicente Solsol.
- PELÁEZ BAZÁN, Mario. *Hacia la justicia constitucional*. Lima, Editorial 1984 Andina.
- PECCHI CROCE, Carlos. «Constitución Política y Proceso Civil». En *Re- 1985 vista de Derecho de la Universidad de Concepción*. Año LII, No. 178. Chile.
- PEYRANO, Jorge Walter. *Procedimiento Civil y Comercial*. Tomo I. Ro- 1991 sario, Editorial Juris.
- PIBERNAT DOMENECH, Javier. *Prácticas de Derecho Constitucional*. Bar- 1988 celona, Editorial Ariel S.A.
- PIZA E., Rodolfo. «Justicia Constitucional y Derecho de la Constitu- 1993 ción». En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- POWER MANCHEGO-MUÑOZ, Jorge. *Constitución y justicia*. Lima. Edi- 1984 torial Andina.

QUIROGA LAVIE, Humberto. *Curso de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1985. Ediciones Depalma.

QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho Constitucional*. Buenos Aires, 1978. Editora de Derecho y Ciencias Sociales.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «El sistema de justicia constitucional en el 1988 Perú». En *Lecturas sobre Temas Constitucionales*. No. 2. Lima, Comisión Andina de Juristas.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Las garantías constitucionales de la administración de justicia». En *La Constitución diez años después*. Lima. Fundación Frederic Naumann y Derecho y Sociedad.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Los Derechos Humanos. El debido proceso y las garantías constitucionales de administración de justicia». En *La Constitución peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Once estudios interpretativos. Francisco Eguiguren. Director. Lima. Cultural Cuzco.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. «Conceptos básicos en el estudio del Derecho Procesal: a propósito de la ciencia del proceso». En *Revista Derecho*. No. 40. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

QUIROGA LEÓN, Aníbal. *Una aproximación a la justicia constitucional: el modelo peruano*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

QUISPE CORREA, Alfredo. «Amparo contra normas y control difuso». En 1996 *Autos y Vistos Comentarios Jurisprudenciales*. Comisión Especial de Análisis y Crítica de las Resoluciones y Sentencias Judiciales del Colegio de Abogados de Lima. Lima, Gaceta Jurídica Editores S.C.R.L.

REDENTI, Enrico. *Derecho Procesal Civil* Tomo I. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1957.

RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. «Tres rutas históricas hacia la constitución colombiana de 1991». En *Problemas Actuales del Derecho Constitucional, Estudios de Homenaje a Jorge Carpizo*. México, Universidad Autónoma de México.

- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Volumen I. Bogotá-1969 Buenos Aires. Temis-Depalma.
- ROCCO, Ugo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. 1978 Depalma.
- RODRÍGUEZ BRIGNARDELLO, J. Hugo. «Perú: El fallo en la acción de 1993 inconstitucionalidad contra el Decreto Legislativo No. 650 sobre compensación por tiempo de servicio». En *Lecturas Constitucionales Andinas No. 02*. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Elvito: «Derecho Procesal Constitucional peruano». En *Notarius Revista del Colegio de Notarios de Lima*. Año II. No. 2, Lima.
- ROSATTI, Horacio. *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*. Buenos 1984 Aires, Depalma.
- RUBIO CORREA, Marcial. *Para conocer la Constitución de 1993*. Lima, 1996 Desco, Sexta Edición.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *Constitucionalismo colombiano*. Bogotá, Temis. 1991
- SÁCHICA, Luis Carlos. *El Control de constitucionalidad*. Bogotá, Editorial 1988 Temis S.A.
- SÁCHICA, Luis Carlos. *El nuevo constitucionalismo colombiano*. Bogotá, 1993 Temis.
- SÁCHICA, Luis Carlos; y Perdomo, Jaime Vidal. *La Constituyente de 1991 1991*. Bogotá, Cámara de Comercio de Bogotá.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Derecho Procesal Constitucional y jurisdicción 1981 constitucional». En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1981-C. Argentina.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Recurso Extraordinario*. Tomos I y II. Buenos 1984 Aires, Ediciones Depalma.

- SAGÜÉS, Néstor Pedro. «La interpretación constitucional». Ponencia al 1990 *Segundo Congreso Nacional y Jornadas Internacionales de Derecho Constitucional*. Lima. PUC.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. «Tribunal Constitucional e interpretación constitucional». En *Lecturas Constitucionales Andinas*. No. 4. Lima, Comisión Andina de Juristas.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*. 1980 Madrid, Universidad Complutense.
- SÁNCHEZ AGESTA, Luis y otros. *Documentos constitucionales y textos políticos*. 1982 Madrid, Editorial Nacional.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid, Alianza Universidad 1992 Textos.
- SERRA, María Mercedes. Proceso Constitucional. En *Revista Jurídica Argentina La Ley*. Tomo 1990-E. Argentina.
- SERRA, María Mercedes. *Procesos y recursos constitucionales*. Buenos Aires, Ediciones Depalma.
- SILVA PANEZ, Max. *El fenómeno del poder político y su enseñanza en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*. Tesis presentada para obtener el título de abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima y que fuera aprobada por unanimidad, con el calificativo de muy bien y recomendación de publicación, Lima.
- TORUELA, Juan. «La justicia constitucional en Estados Unidos y Costa Rica». En el colectivo *La jurisdicción constitucional*. Costa Rica, Editorial Juricentro.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos. *La nueva Constitución del Perú 1993: antecedentes, fundamentos e historia documentada*. Lima, Desarrollo y Paz.
- UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las constituciones del Perú*. 1978 Lima, Editorial Andina S.A.

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. *La jurisdicción constitucional en 1984 Iberoamérica*. Bogotá, UNEC.

VALENCIA VEGA, Alipio. *Manual de Derecho Constitucional*. La Paz, Librería Editorial Juventud.

VALLE-RIESTRA, Javier. *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso 1986 de los votos nulos y blancos*. Lima, Editorial Labrusa S.A., 1986.

VANOSI, Jorge Reynaldo. *El Estado de Derecho en el constitucionalismo 1982 social*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires.

VÁSQUEZ CARRISOSA, Alfredo. *El Poder presidencial en Colombia*. Bogotá, 1986 Ediciones Suramérica.

VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, Temis. 1984

VIDAL COBIÁN, Ana María. «Funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales». En *Revista del Foro*. No. 2. Lima.

ZOBATTO, Daniel. *Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*. Caracas-San José, IIDH y Editorial Jurídica Venezolana.

Control «Difuso» y control «Concentrado» en el Derecho Procesal Constitucional peruano

Aníbal QUIROGA LEÓN

*A Domingo García Belaunde, Maestro
y amigo de verdad, con gratitud.*

«En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente difuso, incidental, especial, declarativo; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es concentrado, principal, general y constitutivo.»

«La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración General de Inconstitucionalidad»

Héctor Fix-Zamudio

I

En los últimos tiempos, a raíz de una polémica decisión del Tribunal Constitucional, se ha puesto en difusión y discusión las características y alcances de lo que la doctrina del Derecho Procesal Constitucional denomina «*control difuso*» o «*Judicial Review*» o Sistema Americano o Revisión Judicial de la Constitucionalidad de las leyes, así como de lo que se ha venido en denominar el «*Sistema Concentrado*» o «*Sistema Europeo*» de justicia constitucional.

Ambos sistemas se crean en momentos diferentes, y por razones dife-

rentes. Luego responden a criterios diferentes y a diferentes concepciones, por lo que no parece adecuado hacer respecto de los mismos un trasiego conceptual que termine desvirtuando su esencia. Ello no le resta mérito, ni valor, ni contenido moral a la Sentencia del Tribunal Constitucional que, ante una acción de inconstitucionalidad de la Ley llamada de «interpretación auténtica» del Art. 112º de la Constitución, termina resolviendo la causa con arreglo a la inaplicación de tal ley antes que por sobre su derogación directa y *erga omnes*, que era lo procedente por mandato de la Constitución y de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC).

Para este efecto, vamos a tratar de desarrollar los principales aspectos conceptuales de ambos sistemas, aparentemente incompatibles entre sí, a fin de perfilar sus contornos que nos puedan ayudar en comprender mejor el conjunto del sistema mismo en el Perú y la situación planteada.

II

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el «Órgano de Control de la Constitución». Esto significa que la Constitución peruana de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V «De las Garantías Constitucionales» ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control *ad-hoc* de la constitucionalidad, también conocido como el «Modelo Europeo» o de «justicia constitucional concentrada»¹, con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligante a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la

¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1968)*; Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1968.

Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la «fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional»; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno, donde el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional —que hoy está más vigente que nunca— ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario «*Government by men*» por el actual, democrático y jurídico «*Government by laws*»². Entonces, la Constitución no es sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que es precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Si lo anterior es así, resulta evidente que la primera de las tareas del Tribunal Constitucional es definir y delimitar sus propias facultades y alcances, de modo tal que para sí mismo tenga claro el largo del alcance de su poder de control, y frente a los poderes del Estado y la Nación entera tenga definido el límite de sus poderes de control. Esto es, corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional *erga omnes*, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que con ello pueda determinar el alcance de las trascendentes facultades que por la Constitución del Perú le han sido conferidas.

Así, aparece que el Tribunal Constitucional se halla definido, como ya ha quedado dicho, en el Art. 201^º de la Constitución, y que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- a. Ser el órgano del control constitucional;
- b. Ser autónomo e independiente; y,
- c. Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años.

En su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente

² KAEGI Y VON IHERING, *cit.* por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*; Ed. Civitas S.A., Madrid, 1985; pp. 49 y ss.

que las calidades del Magistrado del Tribunal Constitucional son equivalentes a las calidades del Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En su tercera parte la Constitución se ha preocupado de establecer que los magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la Carta Política ha reconocido a los Congresistas de la República. Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de Magistrado no es susceptible de reelección para un período igual e inmediato.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por el Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) con el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros, en mayoría sobrecalificada, donde la mayoría absoluta es considerada también como mayoría calificada. Finalmente, en su parte *in-fine*, la norma prescribe que los Fiscales del Ministerio Público y magistrados del Poder Judicial en actividad y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación al Tribunal Constitucional.

La función de control que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

a. La determinación en instancia única de que una Ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada *erga omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (Art. 200º, Inc. 4, Art. 202º, inc. 1 y Art. 204º de la Constitución);

b. La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las acciones de garantía constitucional de *Hábeas Corpus*, Amparo, *Hábeas Data* y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya sido desestimatorio al demandante en sede judicial; también llamada jurisdicción de la libertad; y

c. La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los Organos Constitucionales según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento de todas y cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el «órgano de control de la Constitución».

La facultad del control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo «europeo» o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929³, implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, **intérprete vinculante u obligatorio** en virtud de la concordancia Art. 204º *ab-initio* de la Constitución y Art. 35º de la LOTC⁴, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

En efecto, como aparece obvio, la sola creación y presencia en una Constitución escrita de un Tribunal Constitucional supone, *per se*, la creación y el designio por el constituyente de un modelo específico de control al Congreso, pues si la tarea primordial del Tribunal Constitucional es la determinación excepcional de que una ley debe ser derogada del sistema jurídico por vicio de inconstitucionalidad, y si la ley es fundamentalmente la obra esencial del Congreso, la conclusión aparece obvia: la creación y presencia de un Tribunal Constitucional implica la opción del constituyente por generar un sistema idóneo, y a la vez eficaz, de control de los actos parlamentarios traducidos en leyes de la Repúbli-

³ QUIROGA LEÓN, Aníbal.- «Una aproximación a la Justicia Constitucional: el modelo peruano»; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional*; AAVV, A. Quiroga L.- Compilador; F. De. PUC del Perú, Lima, 1990; pp. 153 y ss.

⁴ En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y dictámenes Nos. 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1º esta interpretación como «Suprema» (Suprema: (del lat. supremus); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II3. Que no tiene superior en su línea (...)) *Dicc. de la Lengua Española*; *Real Academia Española*; XXI Ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. *Cit.* por GONZALES PÉREZ, Jesús.- *Derecho Procesal Constitucional*; Iera. ed., Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980.

ca, pues de otro modo no hallaría explicación ni sentido su presencia. En efecto, Manuel García Pelayo ⁵ sostiene al efecto que:

«Una primera característica de los órganos constitucionales consiste en que son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención, ni a su mera enunciación de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones «constitucionalmente relevantes», sino que determina su composición, órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso jure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de los órganos. Esta configuración directa por las normas constitucionales es una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a ciertos órganos, de un lado, porque en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el *vértice dell'organizzazione statale*⁶, y, de otro, porque son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución».

En efecto, el sistema jurídico debe ser ordenado conforme a la Constitución. Ya Kelsen, a quien la doctrina unánimemente atribuye la paternidad del «Sistema Concentrado», había sostenido desde principios de este siglo que:

«el orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles de normas. La unidad de estas hállese constituida por el hecho de que la creación de una norma –la de grado más bajo– se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto o

⁵ GARCÍA PELAYO, Manuel.- «El 'Status' del Tribunal Constitucional», En: *Rev. Española de Derecho Constitucional*; Vol 1, No. 1, CEC; Madrid, 1981; pp. 13 y ss.

norma básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico. Sobre la base de las precedentes consideraciones (...) la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, tan sólo puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional, y de anularla cuando –de acuerdo con la opinión de ese órgano– sea ‘inconstitucional’. Puede existir (...) un órgano especial establecido para este fin; por ejemplo, un tribunal especial, el llamado Tribunal Constitucional; o bien el control de la constitucionalidad de las leyes, la llamada ‘revisión judicial’, puede encomendarse a los Tribunales Ordinarios y, especialmente, al Tribunal Supremo (de Justicia Ordinaria)⁷.»

La interpretación constitucional, que es tarea esencial del Tribunal Constitucional, también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Mientras que las primeras son esencialmente políticas (ya sean «autoaplicables», ya sean «programáticas», ya sean «estructurales»), las segundas son de básico contenido subjetivo, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo. De dicho modo, la hermenéutica tradicional resultará insuficiente al intérprete constitucional, que para el efecto deberá de recurrir a los propios métodos de interpretación (p.e. el contrapeso de los valores, el principio de la unidad de la Constitución y la interpretación con arreglo o conforme a la Constitución), ya que las normas constitucionales, al ser esencialmente normas políticas, distributivas del ejercicio legítimo y legitimado del poder constituido, son continente de valores, principios y postulados fundamentales para la organización política, social y económica de una nación, los mismos que tienen una dimensión históricamente dinámica⁸. Ya en 1862 el

⁶ SANTI ROMANO.- *Principi di Diritto Costituzionale Generale*, Milano, 1946, p. 156.

⁷ Kelsen, Hans.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; cit. por FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco.- *La Jurisdicción Constitucional en España*; Ed. Dykinson, Madrid, 1984, p. 25.

⁸ QUIROGA LEÓN, Aníbal.- «*La Interpretación Constitucional*»; en: *Derecho No. 39*, Rev. de la Fac. de Der. de la PUC del Perú, Lima, 1985; pp. 323 y ss. HESSE,

jurista alemán Ferdinand Lassalle, en su célebre conferencia berlinesa titulada «*Sobre la esencia de la Constitución*»⁹ había sostenido que la idea de la Constitución escrita no pasa de ser una «*mera hoja de papel*», si quiere uno conocer la realidad de las cosas hay que atender al sustrato efectivo de poder que está por debajo de las declaraciones formales de la Constitución¹⁰, de donde se concluye que la Constitución moldea los pilares básicos del país, y la realidad de éste a su vez condiciona la vigencia constitucional en una interacción constante que es menester descubrir y manejar con acierto de modo permanente, sobre todo por parte del intérprete constitucional¹¹.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado «Control Concentrado» o «Control *Ad-Hoc*», esto es, de índole abstracto –y por tanto incompatible en ese punto con el «Control Difuso» o «*Judicial Review*»– en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a *caso concreto* alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de *subsunción*, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución. Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como –al decir de Kelsen¹² *Legislador Negativo*, esto es, con poder derogatorio di-

Konrad.- «*La Interpretación Constitucional*»; en: *Escritos de Derecho Constitucional-Selección*; CEC, Madrid, 1983, pp. 33 y ss. Asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- *La Constitución como (...)*; p. 95 y ss.

⁹ *Ueber Verfassungswesen*; Cit. por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*; p. 42.

¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO.- *La Jurisdicción ...*; *Op. cit.*

¹¹ QUIROGA LEÓN, ANÍBAL.- *La Interpretación ...*; *Op. cit.* Para evaluar la vigencia de estos postulados, ver a quienes sostienen que dicho ensayo es uno de los pocos trabajos que sobre la interpretación constitucional se han hecho en el Perú, en: BERNALES, ENRIQUE y RUBIO, MARCIAL.- *Constitución: Fuentes e Interpretación*; Mesa Redonda S.A. Eds., Lima, 1988; p. 101.

¹² El calificativo de «legislador negativo» que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende «desjurisdiccionalizar» ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía, que arrancando de

recto (Art. 204º *ab-initio* de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una «*norma sub-constitucional*»¹³, de la que es titular el Tribunal Constitucional como «*constituyente delegado*». Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, p.e., el Art. 1º del Título Preliminar del Código Civil, se halla necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional. Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una demanda en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una «*iniciativa legislativa negativa*» que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el Art. 203º de su texto normativo.

Siendo lo anterior así, debe determinarse si una ley dubitada, puesta en el debate constitucional por los legitimados para solicitar su derogación por la vía del control directo que ejerce el Tribunal Constitucional, no ingresa limitada, ni condicionada a lo que diga el Tribunal Constitucional: la ley ingresa plenamente vigente y con presunción *Iuris Tantum* de constitucionalidad que el Tribunal Constitucional, y todos los agentes del Estado y la ciudadanía, deben respetar y obedecer por mandato de la propia Constitución (Art. 204º de la Constitución, en especial *in-fine*), de modo tal que si el Tribunal Constitucional estima que no hay inconstitucionalidad o no logra la legitimidad *especial* para lograr la voluntad jurídica y constitucional suficiente para oponer su fuerza a la ley dubitada, deberá necesariamente dejarla ir en las mismas condiciones en

Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su independencia (...); cuando habla de «legislador en sentido negativo» lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austríaco. Escribe Kelsen: «un tribunal facultado para anular leyes –en forma individual o de manera general– funciona como un legislador en sentido negativo». Cit. por Pérez Tremps, Pablo.- *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*; CEC, Madrid, 1981; pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La Cit. de Kelsen se refiere a: Kelsen, Hans.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; (trad. de García Máynez), UNAM, México, 1979; pp. 303 a 334.

¹³ ALONSO GARCÍA, Enrique.- *La Interpretación Constitucional*; CEC, Madrid, 1984; p. 13.

las que ingresara a su examen de *subsunción*, esto es, en vigencia jurídica y con la presunción de constitucionalidad también vigente por no habérsela enervado conforme a la propia Constitución.

Al efecto, cabe precisar que antes de que el juez constitucional deba realizar tal tarea de *subsunción* entre la norma constitucional y la norma legal dubitada, tiene el deber principal de salvar la constitucionalidad de la ley, de buscar en primer lugar una vía interpretativa que concuerde positivamente la ley dubitada con la Constitución. La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía «quirúrgica» del Sistema Jurídico (al decir de Héctor Fix-Zamudio) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero sí hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea «quirúrgica» que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el «hueco» que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una «situación de mayor inconstitucionalidad» en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

Es este «*horror vacui*» el que determina el principio formulado así por el Tribunal Constitucional Federal alemán: «es válido el principio de que la Ley no debe ser declarada nula (inconstitucional) cuando puede ser interpretada en consonancia o conforme con la Constitución»¹⁴. El mismo Tribunal Constitucional Federal alemán, así también como el Supremo Tribunal norteamericano, no han dudado en conectar este principio con la «presunción de constitucionalidad de las leyes», no como una simple afirmación formal de que toda ley se tendrá por válida hasta que no se logre declarar válidamente su inconstitucionalidad, sino que implica materialmente; i) la confianza que se otorga al legislativo en la observancia y en la interpretación adecuada de los principios y postulados constitucionales; ii) una ley no será declarada inconstitucional a

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo.- *La Constitución como (...)*; *Op. cit.* pp. 96 y ss.

menos que no exista en el Juez Constitucional ninguna «duda razonable» sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución; y, iii) cuando una ley esté redactada en términos tan amplios que permita una interpretación inconstitucional se habrá de presumir, siempre que sea «razonablemente posible», que el legislador ha sobreentendido que la interpretación con la que habrá de aplicarse dicha norma legal es precisamente aquella que le permita mantenerse dentro de los límites constitucionales¹⁵.

III

A este efecto, parece conveniente recordar que aun en un sistema tan disímil como el americano del «Control Difuso» o de la «*judicial review*» en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos se ha acuñado desde antiguo el principio esencial de que «La validez constitucional es la última cuestión que la Corte habrá de considerar con respecto a una ley», lo que constituye un lema esencial para la Corte Suprema estadounidense, una pauta sumamente básica de que jamás tocará la cuestión de constitucionalidad de una ley a menos que razonablemente no le quede otra cuestión a la cual recurrir. Es decir, el Tribunal Supremo se dirigirá al examen de la cuestión de constitucionalidad de la ley del Congreso sólo después de haber agotado todo otro aspecto razonable que pudiera haber servido como una base jurídica en la solución del caso *sub-judice*. La Corte Suprema Federal estadounidense nunca buscará un cotejo frontal entre la Constitución y la Ley. La evitará hasta que no haya otra salida razonable, y entonces por fin la llevará pero siempre cautamente y con relucencia. La Corte Suprema Federal norteamericana expresó en una de sus sentencias que:

«si hubiera una doctrina que ha echado raíces más profundas que cualquier otra en el proceso de adjudicación constitucional, es la doctrina que no debemos tocar cuestiones de constitucionalidad ... hasta que sea inevitable»¹⁶.

Lo que determina por fin la cuestión es la pregunta ¿podría otro

¹⁵ *Op. cit.*

¹⁶ FURNISH, Dale.- «La 'Revisión Judicial' de la Constitucionalidad de las Leyes en los Estados Unidos»; en: *Sobre la Jurisdicción Constitucional AAVV* (Aníbal Quiroga León-Compilador); F. Ed. PUC del Perú, Lima, 1990; p. 91.

poder del Estado –el Congreso– haber promulgado esta ley creyendo razonablemente en su validez constitucional?, o dicho de otro modo, la cuestión no es cuál será el verdadero sentido de la Constitución según el criterio de los jueces constitucionales, sino si la legislación será sostenible como ejercicio razonable del Poder Legislativo¹⁷. Quizás para ilustrar aún más claramente el punto, cabe citar la anécdota que se cuenta en la historiografía constitucional norteamericana: el jurista Cooley notó, de acuerdo con la limitación bajo comentario, que un miembro del Congreso puede luchar contra un proyecto de ley y por fin votar en contra a su promulgación si considera que el mismo entra en conflicto con la Constitución. Como legislador su mera opinión le basta para determinar su voto. Nombrado subsecuentemente como Magistrado de la Suprema Corte Federal, si la misma ley se presentara para una determinación de constitucionalidad, el ex-legislador podría encontrar su deber judicial el sostener la validez de la ley, aunque no haya cambiado de ninguna manera su opinión personal sobre el asunto. Es que, como Juez de la Corte Suprema, tiene el deber de preguntarse objetivamente ¿puede haber tenido alguna razón para creer en su constitucionalidad la mayoría legislativa que votó en favor de la ley? Si la respuesta es positiva, como Juez tiene el deber de fallar en favor de la validez de la ley.¹⁸

Dentro de este rubro de ideas conviene determinar en este punto si el Tribunal Constitucional posee, en la acción de control directo de la constitucionalidad de las leyes, la facultad del «control difuso» o de «*Judicial Review*» de que trata la segunda parte del Art. 138 de la Carta Constitucional.

El «control difuso de la constitucionalidad de las leyes» nace, como lo reconoce de modo unánime la pacífica doctrina, en la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, en 1803, con la célebre sentencia expedida en el caso *Marbury vs. Madison*, en una acción de *Writ of Mandamus*, bajo la presidencia del Chief Justice John C. Marshall, en la cual se sentó el precedente vinculante (*stare decisis*) de que una ley contraria a la Constitución debía ser considerada proveniente de «legislatura repugnante» y, por lo tanto, como teoría fundamental, nula e ineficaz ya que esto se deduce de la naturaleza de la Constitución escrita y, que por ello mismo, la Suprema Corte Federal la habrá de considerar como uno de los principios de la sociedad democrática de derecho¹⁹.

¹⁷ THAYER.- «*The Origin and Scope of the American Doctrine as Constitutional Law*», No. 7, En: *Harvard Law Review*, 149 (1893); cit, por FURNISH, Dale.- *Op. cit.* p. 96.

¹⁸ *Op. cit.*

¹⁹ FURNISH, Dale.- «*La 'Revisión Judicial' ...*». *Op. cit.* p. 88. Allí se puede hallar la

El llamado «Sistema difuso» o de «*Judicial Review*» de la constitucionalidad de las leyes basa su esencia y cualidad en dos aspectos fundamentales que le dan la denominación y principales características, una funcional y otra espacial; a saber: la primera, que se halla sistemáticamente ubicado como atributo constitucional «innominado» de toda Constitución escrita²⁰. Hoy en día, en los países en que se la ha incorporado, ello aparece expresamente y siempre dentro del Capítulo del Poder Judicial (por eso la denominación de «sistema difuso», esto es, atributo «distribuido» o «difundido» entre todos los órganos del Poder Judicial, entre todos los agentes del Poder Judicial en cuanto funcionen u operen como tales. Se dice «difuso» porque no hay ni un órgano específico ni un procedimiento directo para tal, pues se halla difuminado, difundido entre todos los Jueces del Poder Judicial), como un atributo de éste y no susceptible de «transvase» por la vía interpretativa o analógica a otros órganos del Estado. En segundo lugar, es absolutamente unánime que en su modelo de origen, el sistema solo opera en el escenario de un proceso judicial concreto y real. Esto es, la facultad judicial de oponer su interpretación de un principio o postulado constitucional a su interpretación de una ley del Congreso, dando por resultado la descalificación de la segunda, siempre para el caso concreto y sólo con efectos inter-partes y mediante declaración judicial de «inaplicación», sólo será constitucionalmente válida y jurídicamente posible, en los márgenes de un caso concreto donde la ley sea dubitada por ser precisamente aquella con la que el juzgador ordinario debe de decidir ineluctablemente la controversia judicial. Esto es, el único escenario válido en el que el juzgador ordinario abre su facultad constitucional de juzgar la inconstitucionalidad de una ley será su confrontación, en un caso concreto, con los bienes jurídicos tutelados materia de una real controversia judicial, sólo en tanto y en cuanto esa ley entre necesariamente al examen en su aplicación concreta, real y tangible²¹. Así aparece de modo

transcripción literal de la parte «más importante» de este célebre fallo. Se le puede encontrar completo en: *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 2*; Caj; Lima, 1988; pp. 100 y ss.

²⁰ Recuérdese que esta facultad, como tal, no existía en 1803 en la Constitución de los EEUU y que, hasta la fecha, no se la consigna expresa ni literalmente. Corresponde a una exclusiva y auténtica «creación» o «redefinición jurisprudencial» efectuada por el Supremo Tribunal Federal, siempre dentro del Poder Judicial. Ver Furnish, Dale; *Op. cit.* pp. 96 y 97.

²¹ Dice Dale FURNISH «La potestad de la Corte Suprema de los EEUU es reconocida en todo el mundo, pero muy a menudo mal interpretada. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo no es una entidad ofensiva, que sabe buscar oportunidades

uniforme entre nosotros en los Arts. 8º de la LOPJ(D) de 1963, 236º de la Constitución de 1979(D), 138º, 2da. parte, de la Constitución de 1993 en vigencia, y 14º del vigente TUO de la LOPJ.

Esto quiere decir que la justicia constitucional determinada bajo el esquema o modelo anglosajón de la «*judicial review*» es, en realidad, una justicia constitucional subsidiaria, residual y fundamentalmente subjetiva. Subsidiaria porque sucede necesariamente a la tarea judicial ordinaria de los Tribunales de Justicia y donde esta facultad es discrecional del juez ordinario de poder hacer, además, de juez constitucional. Residual, porque la actividad de control constitucional que hace el juez ordinario está «añadida» a su tarea principal, donde el control constitucional indirecto y limitado al «caso concreto», «interpartes», nunca le puede relevar de su función de hacer «reparto» o «distribución de los bienes jurídicos tutelados» –cualquiera sea la naturaleza, dimensión o denominación de estos– materia de la controversia judicial. Y subjetiva, porque la determinación de la constitucionalidad o no de una norma legal, que el juez ordinario puede hacer recreando su función judicial con la de «contralor concreto de la Constitución» sólo parte –como fuente– de la controversia de derechos subjetivos, de partes subjetivas, de sujetos del proceso judicial ordinario. Esto define a la justicia constitucional

para ejercer su poder. Es una institución pasiva, que espera que el asunto entre a sus puertas, sin solicitarlo. (Con el curso del tiempo) (...) la Corte ha (auto)establecido que ciertas reglas incontrovertibles que (auto)limitan su función de revisión judicial (Una ejecutoria señaló una relación de toda limitación del poder del tribunal en cuanto a la «*judicial review*» (...); sin embargo, hay una pocas circunstancias sumamente excepcionales en que la Corte Suprema podría sobrepasar esas limitaciones, para alcanzar la justicia social u otros factores innegables). Un jurista que quiere acatar la facultad y la función de la Corte Suprema estadounidense, tiene que apreciar estas limitaciones, o no podrá comprender cuál es la realidad y la práctica de la *judicial review*. A) La validez constitucional es la última cuestión que la Corte considerará con respecto a una ley; (...) B) Se requiere un «caso o controversia» auténtica para probar la validez de una ley del Congreso (La Corte (...) no revisará la validez de una ley del Poder Legislativo, salvo en un juicio auténtico entre partes adversarias. (...) Se puede asumir jurisdicción solamente sobre casos concretos. (...) Es decir, el Tribunal no declarará hipotética, abstracta o contingentemente sobre la constitucionalidad de la ley. *Tiene que haber un efecto real e inmediato sobre la suerte de las partes en juicio, un efecto que se pueda modificar o prevenir exclusivamente por la intervención de la Corte Suprema*) ; (...) C) La Corte Suprema no intervendrá en una «cuestión política» (esto es, en actos no judiciales); (...) y, D) La Corte Suprema, a su propia discreción, puede decidir no considerar un caso (...). FURNISH, Dale.- *Op. cit.* pp. 90 a 96. Respecto de la necesidad de un «caso concreto» ver: Blume Fortini, Ernesto.- «*El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución*»; en: *Pensamiento Constitucional* Nº. 3, Año III, F.Ed. PUC del Perú; Lima, 1996.

americana como una «justicia subjetiva» porque es el derecho de los sujetos, su derecho subjetivo concreto, determinado y determinable –y su actuación en una realidad determinable–, el que servirá de base y sustento del examen de constitucionalidad.

Como se puede apreciar, la justicia constitucional concentrada, o *ad-hoc*, bajo el modelo kelseniano, y que corresponde al Tribunal Constitucional es un ejercicio constitucional, mental y metodológico absolutamente opuesto al anterior. Son entonces conceptos antitéticos, hasta opuestos. Y ello surge así desde la no receptividad del sistema americano en la Europa de finales del siglo pasado e inicios de la presente centuria (la doctrina francesa la llegó a denominar la «dictadura de los jueces» aludiendo a su no legitimación directa), y que se hacen sobre la base de metodologías opuestas. No cabe hacer un juicio valorativo, axiológico, de cualidad de la una sobre la otra, ni viceversa; simplemente cabe enunciar sus diferencias objetivas. Mientras aquélla es subjetiva, esta es abstracta puesto que no requiere de contención subjetiva ninguna, ni se hace en sede judicial. Mientras aquélla es para el caso concreto, esta es *erga omnes*. Mientras aquella está difuminada entre todo el sistema judicial, con todas sus variantes, ésta se halla concentrada en un sólo órgano expresa y específicamente diseñado en la Constitución. Mientras aquella surge del valor que determina el derecho en conflicto con la realidad, la realidad que enmarca su proceso judicial, ésta proviene de un examen objetivo de subsunción dentro de la simple confrontación de las interpretaciones del referente constitucional y de la interpretación de la norma dubitada. Tal diferenciación y antagonismo ya había sido puesto de relieve por Mauro Cappelletti y John Clarke Adams²², cuando afirmaron que:

«Esta coexistencia, cuando no incluso conjunción, de modelos dispares, nos enfrenta a la necesidad de abordar una cuestión nada pacífica entre la doctrina: la compatibilidad o incompatibilidad del sistema difuso de control de la constitucionalidad con todos los sistemas jurídicos, esto es, con los sistemas anglosajones o de *common law* y con los de tradición romano-canonista o civil. (...) existe una incompatibilidad fundamental entre el control difuso de

²² CAPPELLETTI, Mauro y ADAMS, John C.- *Judicial Review of Legislation: Europeans Antecedents and Adaptations*; Cit. por Fernández Segado, Francisco.- «El Control de la Constitucionalidad en Iberoamérica», En: *Pensamiento Constitucional*. No. 3, Año III, F. Ed. PUC del Perú, Lima, 1996, p. 238 y ss. y Cits. Nos. 33 a 36.

la constitucionalidad de las normas y los sistemas de tradición romanista. (...) la experiencia italiana y alemana anterior a la constitucionalización de sus respectivos Tribunales Constitucionales revela la desadaptación del modelo difuso respecto de los países con sistemas jurídicos de derecho civil. Entre los varios argumentos esgrimidos en defensa de (esta) posición (...) (se) advierten (los riesgos) que el método difuso pueda conducir a una grave incertidumbre y confusión cuando un Tribunal decide aplicar una ley y otro la considera inconstitucional. Esta inseguridad es salvada en los sistemas jurídicos del *common law* mediante el recurso a la doctrina del *stare decisis* (...). Cuando el principio del *stare decisis* es extraño a los jueces en los sistemas jurídicos romanistas o de derecho civil, (...) un método de control de la constitucionalidad que permita a cada juez decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, puede conducir a que una (misma) ley pueda ser inaplicable por algunos jueces por inconstitucional y ser considerada aplicable por otros jueces en sus decisiones.»

Si lo anterior es así, cabe concluir que el Tribunal Constitucional no puede, ni debe, ejercer la *judicial review* cuando conoce de una acción de inconstitucionalidad de las leyes, por ser esta abstracta, por pertenecer aquella (la *judicial review*) a la competencia exclusiva y excluyente del Poder Judicial conforme a la segunda parte del Art. 138º de la Carta Constitucional, inequívoca y sistemáticamente situado dentro del Poder Judicial (lo que la Constitución *reserva* expresamente para un órgano, veda implícitamente para otro). Por otro lado, las competencias constitucionales no se pueden analogizar, ni extender, pues deben ser taxativas y son excepcionales –ver el principio general del derecho contenido en el Art. IV del Tit. Prel. del Código Civil–. De lo contrario, si se asumiera que al Tribunal Constitucional le corresponde algo que está reservado expresamente para el Poder Judicial ¿no se consagraría peligrosamente con ello el precedente que la sagrada y exclusiva facultad del Tribunal Constitucional de deponer de modo directo las leyes contrarias a la Constitución puede también ser extendida a cualesquiera otro órgano del Estado, aunque no esté designado por la Constitución para ello? Finalmente en cuanto a este punto, es deber racional reconocer que la doctrina del Tribunal Constitucional en la Justicia Constitucional *Ad-hoc* o concentrada es mucho más poderosa, excelsa y directa en la defensa de la Constitución, en tanto que el control constitucional del Poder Judicial es derivado subsidiario y mediatizado al caso concreto. Por eso mayoritariamente la tendencia moderna opta sin ambages por el

sistema del Tribunal Constitucional en el modelo de justicia constitucional concentrado o *Ad-hoc* antes que por repetir la fórmula jurisprudencial de la «*judicial review*» basada en el Poder Judicial, no siempre dispuesto o en aptitud de repetir el modelo norteamericano, con sus alcances y limitaciones, y no siempre dotados de la ventaja comparativa que el sistema del *stare decisis*, o de precedente vinculante como fuente principal de derecho, confiere a la sentencia judicial en el *Common Law*²³.

Sin embargo, lo anterior no opera igual en la competencia del Tribunal Constitucional para conocer de la **Jurisdicción Negativa de la Libertad** (Art. 202º, Inc. 2 de la Constitución), dado que en dicha facultad, expresa, pero excepcional por cierto, implica el necesario control de parte de la tarea judicial en el funcionamiento de las acciones de garantía constitucional siempre que hayan sido *denegadas* al pretensor por el Poder Judicial y siempre que al mismo tiempo medie *Recurso Extraordinario de Revisión* (Art. 41º de la LOTC). Esto significa que en la facultad excepcional de la jurisdicción negativa de la libertad el Tribunal Constitucional realiza una tarea judicial antes que una función de controlador de la actividad judicial, la de control directo de la constitucionalidad de las leyes. En el primer tal caso, sí hay un caso concreto, sí hay partes adversarias y sí hay derechos subjetivos en controversia (no se debe olvidar que las acciones de garantía sólo son procedentes frente a la violación de derechos constitucionales de orden subjetivo, y con legitimación activa real, vigente y existente). Por ello, como aparece obvio, en la *jurisdicción negativa de la libertad* el Tribunal Constitucional sí tiene, bajo las características ya señaladas, la facultad de la *judicial review* como derivación judicial (reconducción del Poder Judicial) de la facultad de control sobre las acciones judiciales de garantía, lo que no se debe confundir en ningún momento, ni por cierto ignorar²⁴, con las verdaderas competencias del Tribunal Constitucional, dentro de una actitud de autocontrol de sus poderes o *self restraint* que ha caracterizado siempre la actividad y funcionamiento del Tribunal Constitucional en el ejercicio de sus poderes explícitos e implícitos.

²³ DE BERNARDIS, Luis Marcelo. *La Garantía Procesal del Debido Proceso*; Bib. Universitaria de Derecho Procesal -Aníbal QUIROGA LEÓN-Director-; Cult. Cuzco, Eds., Lima, 1995; p. 82 y ss.

²⁴ Ver *supra* No. 21 *ab-initio*.

IV

Entonces, no hay actividades constitucionales más opuestas que la *judicial review* y el *control concentrado de la constitucionalidad de las leyes*, por lo que es necesario determinar siempre con claridad y acierto sus fronteras. Pero al mismo tiempo, hay que establecer bien sus canales de contacto, sobre todo en un sistema como el peruano en donde confluyen ambos al mismo tiempo y en el mismo espacio constitucional (Arts. 138º, 2da. parte, y 201º de la Constitución) en lo que la doctrina constitucional peruana ha venido en denominar «sistema dual» o «sistema mixto»²⁵. Diríamos, junto con García Belaunde²⁶ que estos canales de contacto son, pues, básicamente dos: i) El control del Tribunal Constitucional sobre la labor del Poder Judicial en la denominada «*Jurisdicción Negativa de la Libertad*» de la que ya hemos tratado; y, ii) En la vinculación constitucional que se estatuye por mandato del Art. 39º de la LOTC respecto del Juez del Poder Judicial frente a un fallo del Tribunal Constitucional, en el que la facultad de la *judicial review* cede paso por coherencia necesaria y razonable frente a la cualidad mayor y efecto mandatorio en cuanto a la interpretación constitucional de una decisión del Tribunal Constitucional y por mandato propio de la Constitución Política del Estado²⁷.

Bajo los parámetros antes expresados, ¿cabe admitir la posibilidad de que el Tribunal Constitucional pueda hacer un juzgamiento de constitucionalidad en la segunda parte del Art. 4º de la LOTC, tal como en su momento se le demandó, no sin acusar una débil perspectiva constitucional y política?. La respuesta es rotundamente afirmativa, pues nada hay en la Constitución que impida al Tribunal Constitucional juzgar la ley del Congreso que le organiza y desarrolla a la luz de la Constitución, desde el punto de vista del Congreso claro está, si es que eso le es demandado conforme al procedimiento pre-establecido, como es precisamente lo que se hizo en el caso de la Acción de Inconstitucionalidad contra el número de votos necesarios para lograr la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad de las leyes.

¿Puede el Tribunal Constitucional ingresar al análisis valorativo de los intereses –contrapeso de valores– y condicionamientos que el Con-

²⁵ Ver QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *Una aproximación a la Justicia Constitucional...*; *Op. cit.* p. 180 y cita No. 72 referida a la posición del Dr. Domingo García Belaunde, eximio constitucionalista.

²⁶ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. *Op. cit.*

²⁷ Ver Supra No. 14 y ss.

greso ha tenido en cuenta para legislar en su Ley Orgánica un sistema de votación como el que se halla vigente? La respuesta también es indudablemente afirmativa, pues no hay duda que el Tribunal Constitucional, al hacer interpretación constitucional autorizada o «auténtica» (en tanto vinculante y obligatoria *erga omnes*), hace al mismo tiempo, sin duda alguna, un «control político» de los actos normativos con rango de ley del Congreso²⁸. Si lo anterior es así, cabe entonces que el Tribunal Constitucional ingrese al análisis de *razonabilidad* del legislador –cuyos actos está llamado a controlar– en el establecimiento del sistema de quórum y votación *sobrecalificada* que ha señalado para formar la legitimidad en la decisión de sacrificar una ley, disponiendo su directa derogación, por vicio de inconstitucionalidad.

¿Cabe entonces razonar si esa exigencia ha sido puesta –o impuesta– por el legislador para lograr realmente una legitimidad calificada y necesaria en la decisión del Tribunal Constitucional y en la trascendencia de su consecuencia, o si aparece en el texto de la ley con el objeto y la intencionalidad evidente de impedir de modo real el funcionamiento del Tribunal Constitucional, abrogando e impidiendo por esa vía indirecta el ejercicio de la función de control que la Constitución impone y exige, esto es, abrogando indirectamente el postulado constitucional que determina la existencia (y, por ende, el funcionamiento «eficiente») del Tribunal Constitucional?

Como ya se ha señalado, en el Proyecto de la LOTC²⁹ –Proyectos de Ley Nos. 1419/94 y 1421/94– se establecía para el Art. 4º, en la parte pertinente al número de votos conformes necesarios para lograr la voluntad legítima del Tribunal Constitucional para poder deponer una ley del Congreso (o para inadmitir una demanda de inconstitucionalidad), esto es, para hacer eficaz la labor de «control» de la Constitución, sea derogando de modo directo y con efecto *erga omnes* una Ley de la República, sea negando el acceso al Tribunal Constitucional a los taxativamente legitimados para ello, un total de *cinco* sobre *siete* votos,

²⁸ El ilustre laboralista Enrique ALONSO GARCÍA ha señalado, en nuestro medio, que: «Entonces el Tribunal Constitucional es un tribunal político como lo indica la fuente de sus poderes, aunque se dice que eligen a juristas de prestigio, los méritos de quienes van a formar y forman parte del Tribunal pues es una elección política. Por consiguiente, es un órgano de control político en la vida del país en cuanto a sus libertades fundamentales de derechos básicos que no forman parte de la estructura judicial ordinaria»; en: *La Ley Procesal Del Trabajo*; Antecedentes y Comentarios; O. Sandoval A., Editor, IMPREDISA, Lima, 1996; p. 67.

²⁹ Ver *Supra* No. 7 y cita No. 4.

que es el número tasado de Magistrados existentes y válidamente posibles en el Tribunal Constitucional. Una mayoría de *cinco* sobre *siete* es conocida o denominada «*Mayoría calificada*» puesto que es más alta que la conocida como «*Mayoría absoluta*» (la mitad más uno, o más de la mitad; p.e. cuatro sobre tres como la que se exige en la actuación del Tribunal Constitucional en la «*Jurisdicción Negativa de la Libertad*» (Art. 202º, Inc. 2do. de la Constitución). El esquema de cinco sobre dos es, en un total de siete, aritméticamente superior en poco a la exigencia de dos tercios. Con ello, el legislador del Proyecto de LOTC repetía, en gran parte, el esquema que la Ley Nº 23385 (LOTGC) había planteado, en consonancia con el mandato de la Constitución de 1979(D) (Art. 303º), para formar la legitimidad necesaria de dos tercios como mínimo para lograr la convicción jurídico-constitucional vinculante del entonces Tribunal de Garantías Constitucionales.

En este punto, cabe entonces preguntarse válidamente ¿qué razón constitucional podría haber tenido el Congreso para elevar el presupuesto del Art. 4to. del Proyecto de LOTC para hacer la voluntad legítima derogatoria por parte del Tribunal Constitucional frente a una ley dubitada que se considere inconstitucional? Dicho de otro modo, si bien la determinación legislativa es libre para desarrollar la Constitución, bajo sus parámetros, y sujetar a los demás órganos constitucionales a la Constitución reinterpretada por la Ley del Congreso, ¿el carácter de arbitrio discrecional del legislador puede ser objeto del **control** con que el constituyente ha dotado en poder al Tribunal Constitucional?; o, por el contrario, ¿el control de la Constitución de que trata el Art. 201º de la Carta Política sólo puede ser efectuado *a-posteriori* y no en el *iter-legislativo*, esto es, no en el proceso formativo de la voluntad del legislador, la que se halla fuera del control constitucional por parte del Tribunal Constitucional?.

Para absolver estas interrogantes, débese considerar que en materia de interpretación constitucional, dentro de un proceso de inconstitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional –como ya se ha dicho– es el supremo intérprete de la Constitución en la medida de que; i) no hay órgano del Estado que le pueda anteponer otra interpretación a la culminación del proceso constitucional (Arts. 35º, 36º, 37º, 39º y Primera Disposición General de la LOTC); y, ii) No hay órgano del Estado que pueda deponer una interpretación constitucional del Tribunal Constitucional en una acción de inconstitucionalidad de las leyes, lo que sólo queda reservado exclusiva y excluyentemente al propio Tribunal Constitucional (Art. 55º de la LOTC).

Si lo anterior es así, no cabe excluir al proceso formativo de la ley

–*iter legislativo*– de la labor y tarea de control del Tribunal Constitucional, máxime si como en la presente causa lo que se ha solicitado es la derogación de la segunda parte del Art. 4to. de la LOTC en cuanto el Congreso Nacional exige, por medio de la ley, que la voluntad legítima del Tribunal Constitucional se forme con la suma conforme de, cuando menos, seis de los siete votos posibles ante el Tribunal Constitucional. Y no es del caso referirse ahora a si el Tribunal Constitucional puede o no revisar su propia ley de desarrollo, pues ya se ha visto que ello sí es posible³⁰, tanto como lo es que ingrese al proceso formativo de la ley bajo control para, a su vez, establecer el control de este proceso formativo y determinar a partir de allí la existencia o no de causal de inconstitucionalidad que permita válida y legítimamente amparar o desestimar la demanda de inconstitucionalidad, sin perder de perspectiva que el propio atributo constitucional con que está inmensamente dotado el Tribunal Constitucional en un Estado de Derecho le impone el deber y la obligación de partir de la presunción de constitucionalidad y legitimidad de la norma dubitada, por el principio de la *Lealtad a la Constitución* que el Tribunal debe guardar escrupulosamente, y que debe procurar lograr la interpretación de la ley dubitada a la luz de la Constitución, procurando una interpretación armónica que le permita su supervivencia adecuada en el sistema jurídico.

Aparece evidente que el legislador no ha optado, en la elevación del número legal de votos conformes y legítimos para la declaración de inconstitucionalidad de la ley, y posterior derogación, por la búsqueda de un mayor consenso, y de una mejor legitimidad, ni tan siquiera por el *telos* de que el acto de inconstitucionalidad producto de la labor de control de mayor profundidad. Aparece evidente que esta obligación, gravamen constitucional en el mejor sentido jurídico de la expresión, ha procurado evitar que la labor de control se haga eficaz, pueda llevarse a cabo, dada la conformación política del Tribunal Constitucional en su origen (Art. 201º *in-fine* de la Constitución Política del Estado), la obligación al consenso necesario en el partido de la mayoría que no reúne, *per se*, 80 de los 120 votos disponibles en el Congreso Nacional, las evidentes dificultades para lograr ello³¹ que motivaron, inclusive, la dejación del sistema electoral inicialmente planteado y la promulgación de una ley específica para solucionar esta temática. Al revisarse, estudiar-

³⁰ Ver Supra No. 21 y ss.

³¹ Véanse el Reglamento Especial en Res. del Congreso Constituyente Democrático No. 031-95-CCD, la Ley Nº 26622 y la Res. Legislativa del Congreso de la República No. 001-96-CR.

se y meditar sobre ello, y revisar las intervenciones de los Señores Congresistas, aparece con evidencia que la limitación que se impuso en el Art. 4to., segunda parte, de la LOTC (como en su momento la supresión a la mención «*Supremo intérprete de la Constitución*» del Art. 1º del proyecto de la LOTC en pleno debate parlamentario, provenientes ambas de la misma mano, no tuvo otro objeto que *impedir el adecuado funcionamiento del Tribunal Constitucional*). Planteado de otro modo, el Congreso de la República, en su mayoría política, no elevó el número legítimo de votos conformes para lograrse válidamente la determinación de la inconstitucionalidad de una ley con el propósito de proteger la legitimidad de la ley, o de reforzar la labor de control del Tribunal Constitucional a fin de que sus pronunciamientos límites en caso de inconstitucionalidad sean suficientemente legítimos, sino que evidentemente tuvo la intencionalidad de *paralizar y esterilizar* esta labor de control que es imperativo de la Constitución. En consecuencia, en este punto, cabe hacer la siguiente reflexión:

«resulta siendo lo mismo que – pese al postulado constitucional en contrario– nunca se forme el Tribunal Constitucional en el Perú, en claro incumplimiento de un postulado expreso que ordena a todos hacer efectivo dicho imperativo; que existiendo éste la ley le impida irrazonablemente su adecuado funcionamiento bajo el argumento legalista del número irrazonable de votos exigidos para la legitimidad de su decisión, dado que esa irrazonabilidad se sustenta en la razón de que, precisamente, nunca llegue a funcionar de modo adecuado».³²

Dicho esto en otras palabras, resulta tan inconstitucional la premisa en la cual nunca se estatuya el Tribunal Constitucional incumpléndose un mandato directo en ese sentido, o que estatuido éste incumpla flagrantemente con sus expresos deberes renunciando de modo bochornoso a sus fueros constitucionales, que existiendo la Institución, la desorbitada exigencia de la ley sin razón admisible estatuya un número inalcanzable de votos que frustre su labor de control debido –precisamente– a su sistema político de elección y al dominio absoluto que por sobre ello la mayoría del Congreso ejerce de modo evidente, mayoría que será la destinataria natural de la labor de control del Tribunal Constitucional en la revisión de sus leyes aprobadas y vigentes. En ello

³² Nota del Autor

no hay duda, y el Tribunal Constitucional se halla en la facultad de realizar tal inferencia y determinar esta conclusión como válida en el presente caso.

Como Tribunal Constitucional está obligado al cumplimiento del *Debido Proceso Legal* como garantía del buen razonamiento, o del *juicio de razonabilidad*, bajos las premisas consagradas en el Inc. 3ero. del Art. 139º de la Constitución Política del Estado que escapa, como lo tiene determinada la doctrina sobre la materia desde hace tiempo, a los límites judiciales, jurisdiccionales o meramente procesales. El *Due Process of Law* surge como una institución anglosajona (consagrado en las Enmiendas V y XIV de la Constitución de los EEUU) que trata de los principios y derechos del órgano tutelador a fin de que su decisión sea legítima y aceptada por la razón y el derecho³³. Pero al lado de este concepto, íntimamente ligado con el buen razonar de un *Pater Familias*, ha surgido el concepto del *Sustantive Due Process* en la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos, donde el razonamiento judicial echa mano a la razón, o principio de razonabilidad, a fin de determinar la existencia de una inconstitucionalidad o no, usando como criterio, por ejemplo, el Contrapeso de los Valores (*Value-Oriented School of Jurisprudence*), el Balance de los Intereses (*Balancing of interest*), los Derechos Fundamentales de Preferencia (*Preferred Freedoms*). Es menester entender como el concepto del Debido Proceso Legal (*Due Process Of Law*) ha sido desarrollado en un sentido sustantivo, más cerca de la razonabilidad, el consenso, la tradición (historia), las necesidades del mercado actual, etc.; de manera tal que la legislación bajo revisión afecte de manera significativa a los derechos constitucionales en discusión, que estarán determinados por el método interpretativo a ser utilizado por ésta en su examen de aquella legislación sub-judice y sometida al test de constitucionalidad³⁴, llegando por ello a la determinación de que compete al Tribunal Constitucional el otorgar o no una adecuada *Tutela Constitucional Razonable*.

En este punto, poco importa lo que sobre el sistema de votación nos habrá de decir el sistema comparado. Siendo el número de votos para lograr la legitimidad de la declaración del Tribunal Constitucional un arbitrio del legislador, este arbitrio puede ir desde la unanimidad hasta la mayoría simple, y ello en abstracto no es ni bueno ni malo, ni óptimo/deseable ni conveniente/deseable. Lo que conviene determinar es si

³³ QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *Las Garantías Constitucionales ...*: Op. cit. p. 303 y ss.

³⁴ DE BERNARDIS, Luis Marcelo.- *La Garantía Procesal del ...*: Op. cit. p. 258 y ss.

cualquiera de estos, conectado con el sistema de elección de los Magistrados hacen del resultado uno que sea acorde con la misión de control que la Constitución exige de la tarea del Tribunal Constitucional. Expresado esto en otro sentido: si el Tribunal Constitucional sirve para el control de la constitucionalidad de las leyes, y si las leyes del Congreso de la República las controla el Tribunal Constitucional, si es el propio Congreso de la República el que perfila y define los componentes subjetivos del Tribunal Constitucional y sus procedimientos objetivos, aparece evidente que difícilmente el Congreso habrá de facilitar el cumplimiento del control en su real dimensión jurídica y constitucional, pues es viejo el aforismo de la ciencia política, que en su momento Montesquieu acuñara en sentido inverso en su célebre *L'esprit des Lois*, que el «*poder nunca se controla a sí mismo*».

Resultaría pues incompatible con el enunciado constitucional contenido en el Art. 201º de la Carta Constitucional, que define al Tribunal Constitucional como el «*Organo de Control de la Constitución*» –con todo lo que ello significa– la exigencia irrazonable contenida en la segunda parte del Art. 4to. de la LOTC, máxime si con ello esta labor de control no se podrá ejercer adecuadamente, como ya se ha visto en la Sentencia No. 001-96-I/TC y se dejó constancia de ello; ya que el ejemplo de la determinación de las inconstitucionalidad allí declaradas por unanimidad fueron la excepción –y así deben de leerse sanamente– y el género fue la imposibilidad de la determinación de la inconstitucionalidad por ausencia de los votos legítimos requeridos.

No es del caso discutir bizantinamente sobre la imposición de la minoría sobre la mayoría, ya que la ley dubitada no ingresa neutra al proceso de inconstitucionalidad y donde ésta tenga que probar su constitucionalidad. Sucede al revés: la ley ingresa constitucional y con presunción *Iuris Tantum* de validez y legitimidad, y estas presunciones jurídico-constitucionales deben ser destruídas en el proceso de inconstitucionalidad, a petición de parte o *ex-officio* por el Tribunal Constitucional, para ser condenada a la extinción por derogación directa conforme la facultad de que está investido (Art. 204º de la Constitución).

Por lo tanto, resulta ocioso ingresar al innecesario análisis de qué es mayoría y qué minoría; bástenos para el efecto determinar que si, conforme a ley, no se logra la mayoría legítima para formar la voluntad del Tribunal Constitucional en el acto derogatorio de una ley, pues tal voluntad es inexistente y la ley se irá del Tribunal como ingresó, con presunción de constitucionalidad y de validez, sólo que esta vez esta presunción será *Iuris et de Iure* por los efectos de la cosa juzgada y la limi-

tación objetiva a los jueces del Poder Judicial, en el supuesto de que la misma ley tenga efectos subjetivos que deban ingresar a la evaluación judicial de la *judicial review*, facultad que en este caso cede paso, por la mínima coherencia que exige el sistema de justicia constitucional en el Perú, a la cosa juzgada de que trata el resultado objetivo del Tribunal Constitucional. Pero ello no debe ser atribuido a la minoría relativa del Tribunal Constitucional, sino a la realidad del sistema de justicia constitucional y a los efectos naturales de la coexistencia de dos modelos o sistemas incompatibles en la teoría, pero realidad palpable en nuestro ordenamiento jurídico.

La exigencia de una *mayoría calificada* en un órgano colegiado implica la exigencia de la ley de una *legitimidad* en la decisión y en las consecuencias del colegiado. Así funciona en el Poder Judicial, en la Corte Suprema concretamente, en las sociedades privadas para determinados actos (los aumentos de capital o las fusiones, p.e.), en las decisiones del Congreso de la República para determinados actos (leyes orgánicas, nombramientos con legitimidad popular derivada, p.e., Defensor del Pueblo, Magistrados del Tribunal Constitucional, levantamiento del veto presidencial parcial sobre las leyes, etc.), y así sucesivamente. No es ese el caso. En el presente caso, tomado en su particular contexto, aparece evidente que esa exigencia transpone los límites de la necesaria y privilegiada legitimidad o razonabilidad, para ingresar frontalmente a los límites de la arbitrariedad y la irrazonabilidad cuya finalidad (*telos*) no es otra cosa que impedir legalmente la adecuada función de control de este Tribunal Constitucional, en el hoy y en el ahora, en las actuales circunstancias de la sociedad peruana y de nuestro desarrollo democrático de derecho, punto que es menester tomar en cuenta en nuestra interpretación constitucional³⁵. Dicho de otro modo: no interesa realmente en el «*test de razonabilidad*» que debe hacer el Tribunal Constitucional si hay exigencia legal «*sobrecalificada*» o aún «*unanimidad*» si tal fuera el caso, ni tan siquiera si la ley se limita a exigir «*mayoría simple*», ya que si la mayoría calificada o la unanimidad no fueran óbice a la tarea de control, entonces no habría inconstitucionalidad alguna; y si por el contrario la mayoría simple tampoco permitiese adecuadamente la tarea de control de la Constitución que se impone al Tribunal Constitucional, también sería inconstitucional, pues no es el método lo que importa (ni es lo que debe pasar el test de razonabilidad) ni lo que debe de juzgarse constitucionalmente, sino es el resultado y su finalidad es lo que importa en un

³⁵ QUIROGA LEÓN, Aníbal.- *La Interpretación Constitucional*; Op. cit. p. 325-326.

juzgamiento constitucional. Tampoco importa a este juzgamiento las consecuencias del vacío legal que por cargo de esta decisión se generará, ya que ello será materia de su solución en su momento determinado y este no es lugar pertinente para ello, siendo que las consecuencias jurídicas o políticas de una decisión así debe augurar los mejores parabienes en aras de contribuir a la consolidación institucional del país y al afianzamiento del Estado de Derecho y reforzamiento de sus instituciones, el acatamiento y materialización de los principios autoaplicativos e informadores de la Constitución Política del Estado. La conciencia debe quedar tranquila y el espíritu calmo en la convicción de que con una decisión así, se está cumpliendo con un mandato constitucional, y en consonancia con la conciencia y espíritu de hombres y mujeres de derecho que no puede ser cohonestado por los temores de las consecuencias del acatamiento irrestricto a la Constitución.

V

Por todo ello, de todo lo expuesto aparece evidente que la finalidad de la LOTC no es lograr una legitimidad adecuada por parte de este Tribunal Constitucional, sino el impedir de modo grueso y fácilmente determinable el cumplimiento de las altas finalidades que la Constitución le ha reservado de modo exclusivo y excluyente, y que por la vía de la regulación legislativa en manos de los sujetos del control, no puede ser desviado, ni tergiversado, ni estatuido de modo diverso a su naturaleza y razón de ser (*telos*). Lo dicho anteriormente rige tanto para la mayoría como para la minoría en el Congreso Nacional, desde que no siempre las leyes de la República cuentan exclusivamente con la aprobación de la mayoría, ni de toda ella, sino que también surtirá efecto y control sobre la minoría –o parte de ella– que apruebe en conjunto con la mayoría y a la que se le aplica también este criterio. La interpretación constitucional aceptada o adaptada por este Tribunal Constitucional, como *supremo intérprete constitucional*, aspecto que ha sido ya considerado por el Tribunal Constitucional sin resultado positivo en favor de la norma demandada. Por todo lo anterior, y sobre la base de lo informado clara y meridianamente por el enunciado contenido en el Art. 201º de la Carta Constitucional que exige del Tribunal Constitucional ser el Órgano de Control de la Constitución, por su sola existencia y razón de ser (sin necesidad de recurrir al Art. 51º de la Carta Constitucional, que no confiere a la Constitución más atributos que los que ya posee por su propia naturaleza y racionalidad) y sin que lo anterior sea un problema

de autonomía del Tribunal Constitucional, ni llegar al extremo de señalar que el Tribunal Constitucional puede «autonormarse» pues no es una isla jurídico-constitucional en el país, sino exclusivamente en el rol y en el papel eficaz de ser el «*Guardián efectivo de la Constitución*»³⁶.

Para los efectos de cualquier determinación de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional se halla obligado a respetar la regla preexistente de seis votos conformes, por todo lo expresado, y porque la misma se halla vigente y obliga a todos en la República, máxime a los magistrados del Tribunal Constitucional a los que se halla especialmente dirigida, y porque no se puede violar la ley en aras de preservar la ley; es decir, la derogación de la segunda parte del Art. 4to. de la LOTC que fue demandada es consecuencia de dicho fallo, y no causa del mismo, por lo que en esta vía del control directo está expresamente vedado su inobservancia, siendo que no habiendo caso concreto o subjetivo alguno (es una acción de control directo o abstracto), y no proviniendo esta causa de la denominada «*jurisdicción negativa de la libertad*», tampoco cabe aceptar el sofisma de la «inaplicación para el caso concreto» de que trata la segunda parte del Art. 138º de la Constitución en consonancia con el Art. 14º del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial reserva sólo para los Jueces Jurisdiccionales del Poder Judicial en el Perú. Sólo se podrá alzar contra la ley y disponer su fulminación por inconstitucionalidad si se observa la regla moral del cumplimiento de la ley, sin valerse de artificios pseudo-jurídicos para «recrear» una solución inexistente, habilitada *ex-professo* para este caso, pues de lo contrario no tendría el Tribunal Constitucional fuerza moral suficiente para sancionar los excesos legislativos del Congreso cuando puede caer directamente y sin escrúpulos en el mismo proceder: ¿Con qué autoridad moral podrá el Tribunal Constitucional deponer el viciado acto legislativo del Congreso si habrá de proceder con igual intención politizando indebidamente su fallo y nuestra función? Por ello mismo, para la solución de cualquier caso de inconstitucionalidad en tanto no se disponga la derogación o modificación del Art. 4to. de la LOTC, debe ser de aplicación ineluctable la regla «*sobrecalificada*» que hasta ese acto, y sólo hasta el día siguiente de su publicación, estará vigente y será de aplicación si se logra por necesario consenso la adhesión de seis votos conformes.

³⁶ SCHMITT, Carl.- *La Defensa de la Constitución*; Ed. Tecnos, S.A.; Madrid, 1983, pp. 27 y ss.

Las medidas extraordinarias y los decretos de urgencia en el modelo constitucional peruano

Ricardo HERRERA VÁSQUEZ

I. Introducción

Uno de los principales problemas surgidos en la práctica constitucional, desde la perspectiva del equilibrio en la división de funciones de los poderes estatales, consiste en el empleo indiscriminado y frecuentemente inconstitucional de las medidas extraordinarias previstas en las cartas magnas vigentes durante el actual proceso democrático, como potestad normativa del Poder Ejecutivo.

Antes del célebre 5 de abril de 1992, ya se habían emitido más de dos mil quinientas medidas extraordinarias para regular todo tipo de materias, desbordando el marco de lo económico y financiero de manera preocupantemente frecuente. Por estas consideraciones, las medidas extraordinarias constituyen un tema de inocultable importancia y actualidad. Ya ha sido tratado intensamente por la doctrina nacional y extranjera de manera que el presente trabajo pretende, básicamente, sistematizar las opiniones a las que tenemos acceso en nuestro reducido mercado bibliográfico, aventurando algunas ideas particulares.

En primer lugar, abordaremos los antecedentes normativos de la institución en referencia, respecto del Derecho comparado y nacional. Acto seguido, pasaremos a analizar su regulación en la Constitución de 1979, a partir del debate preliminar en la Asamblea Constituyente. Trataremos también dos temas conexos: las medidas previstas en el artículo 132º y la Ley No. 25397 –de control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República–. Por último, evaluaremos su regulación en la actual Carta Magna.

II. Antecedentes normativos

1. En el Derecho comparado

El primer texto constitucional que abordó sistemáticamente el tema de los decretos de urgencia, fue la Carta Magna de Austria de 1920 (elaborada con la participación de Hans Kelsen). En ella se contemplaba la figura de los «decretos transitorios de modificación de leyes», como potestad legislativa del Poder Ejecutivo (Art. 18º). En cuanto a los requisitos que debían cumplir estas normas para ser válidas destacaban su urgente necesidad para evitar un daño público irreparable y la suspensión de funciones del Consejo Federal (Senado) (Planas Silva, 1993: 134).

Además, estas disposiciones eran estrictamente temporales, debían ser inmediatamente convalidadas por el Consejo Nacional (Cámara de Diputados) convocado por el Poder Ejecutivo y no podían alterar normas constitucionales, crear tributos, enajenar patrimonio estatal o modificar normas laborales, de seguridad social o relativas al derecho de asociación (Ibid.).

Posteriormente, la Ley No. 100 de Italia de 1926 preveía medidas muy similares a los decretos de urgencia, denominándolas «disposiciones con fuerza de ley». Por su parte, la reforma constitucional polaca de 1926 empleaba la expresión «reglamentos con fuerza de ley», permitiéndolos siempre y cuando existiera un interés estatal impostergable y en receso del Congreso (Art. 44º). Poco después, la Constitución de Lituania de 1928 otorgó al Poder Ejecutivo la facultad de «dictar leyes», también durante la suspensión de funciones de la Dieta (Parlamento). Todas estas normas no restringían la competencia de tales disposiciones extraordinarias a determinadas materias (Sagüés, 1985: 20-21).

De otro lado, la Constitución española de la Segunda República (1931) permitía la emisión de decretos «sobre materias reservadas a las Cortes» (Parlamento), llamándolos «decretos-leyes» (arts. 62º y 80º), nombre que conservan en la actual Carta Magna de 1978. Estas normas debían dictarse cuando estuvieran en receso las cortes, por urgente necesidad nacional y regirían transitoriamente hasta que las cortes puedan regular sus materias de manera permanente (Planas Silva, 1993: 134).

Por su parte, la Constitución italiana de 1947 reconoce las «ordenanzas de necesidad» con forma de decreto-ley, como potestad normativa del Poder Ejecutivo para casos de necesidad y urgencia, debiendo ser convalidadas inmediatamente por el Parlamento bajo condición resolutoria con efectos retroactivos (Art. 77º) (Eguiguren Praeli, 1987: 437).

La Ley Fundamental de Bonn (1949) y la Constitución francesa de la Quinta República (1958) no contemplaban, en rigor, la institución de los decretos de urgencia. La primera preveía «decretos con fuerza de ley» sólo para regular la situación de refugiados y expulsados (Dromi, 1983: 344). La segunda consagra «decretos-leyes» para que el Presidente de la República ejerza poderes excepcionales durante una suerte de «dictadura constitucional», que ya tenían antecedentes en la Tercera y Cuarta Repúblicas (García-Pelayo, 1984: 506).

Actualmente, la Constitución española de 1978 contempla, como hemos adelantado, la figura de los «decretos-leyes» o «disposiciones legislativas provisionales». Estos deben emitirse cuando hayan situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, ser convalidados por el Congreso y no podrán alterar el funcionamiento de las instituciones estatales básicas, los derechos fundamentales de las personas, el régimen de las comunidades autónomas ni los derechos electorales (Santoalalla, 1983: 339-340).

Merece particular mención el texto inspirador de nuestra Carta Magna de 1979, que fue la Constitución venezolana de 1961 al establecer como atribución del Presidente de la República «...dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés público y haya sido autorizado para ello por ley especial» (Art. 190º) (Cárdenas Quirós, 1987: 40). Aunque este es un antecedente de las «medidas extraordinarias», figura distinta a los decretos de urgencia.

Muchas otras constituciones regulan la institución de los decretos de urgencia, como la de Bulgaria de 1971 (Art. 94º), la de Grecia de 1975 (Art. 44º), la de Portugal de 1976 (Art. 201º), la de Colombia de 1886 (Art. 122º), la de Honduras de 1982 (Art. 245º), la de Nicaragua de 1987 (Art. 149º) y la de Brasil de 1988 (Art. 62º) (Ibid.).

Como puede apreciarse, la mayoría de las constituciones enunciadas contemplaron los decretos de urgencia o decretos-leyes como una potestad normativa del Poder Ejecutivo durante el receso del Congreso, les otorgaron fuerza de ley para modificar o suspender transitoriamente leyes, siempre que exista una situación de emergencia nacional o urgente necesidad, y debían ser convalidados posteriormente por el Congreso. Además, la competencia de estas disposiciones extraordinarias no estaba limitada a determinadas materias, salvo en algunas cartas como la española de 1978.

En cuanto al hecho que los decretos de urgencia o decretos-leyes deben ser emitidos durante el receso del Congreso, existen algunas constituciones que los permiten inclusive durante el desarrollo de legislaturas parlamentarias, como la de Italia (Art. 77º) y la de Brasil (Art. 62º).

2. En el Derecho nacional

La Constitución Política de 1933 no contenía la figura de los decretos de urgencia (De la Puente y Lavalle, 1990: 10). Sin embargo, el gobierno podía emitir algunas disposiciones similares. Estaba facultado para establecer limitaciones a las libertades de comercio e industria (Art. 40º) o medidas tendientes a preservar el abaratamiento de las subsistencias (Art. 49º), siempre que mediaran situaciones excepcionales calificadas como de «seguridad o necesidad pública» en un caso, y de «circunstancias extraordinarias de necesidad social» en el otro (Eguiguren Praeli, 1987: 435).

Estas disposiciones, que eran transcripciones casi literales de los artículos 45º y 57º de la Constitución de 1920, mas bien aparecen como antecedentes de las «medidas transitorias de carácter extraordinario» del artículo 132º de la Constitución de 1979 (Planas Silva, 1993: 142), sobre las que trataremos más adelante.

Posteriormente, se dictaron diversas normas infraconstitucionales que plasmaron «medidas extraordinarias». Así, la Ley No. 5085 (18 de abril de 1925) estableció el monopolio de la industria y el comercio de fósforos y similares al Poder Ejecutivo a dictar las disposiciones complementarias que requiera la ejecución de la ley, dando cuenta al Congreso del uso que haga de esta autorización. La Ley No. 6566 (12 de marzo de 1929) autorizó al Poder Ejecutivo para adoptar medidas con el objeto de reorganizar el servicio de aduanas.

La Ley No. 7837 (11 de octubre de 1933) permitió al Poder Ejecutivo tomar diversas medidas tributarias con el objeto de recaudar fondos para la instalación y el sostenimiento de fábricas de materiales de guerra (con ocasión de la guerra con Colombia). La Ley No. 8951 (3 de setiembre de 1939) estableció limitaciones a las libertades de comercio e industria mientras exista el estado de guerra. La Ley No. 9098 (9 de mayo de 1940) autorizó al Poder Ejecutivo a dictar medidas mientras dure el conflicto europeo, para facilitar la colocación de nuestros productos de exportación en el extranjero (Ibid.: 142-143).

La Ley No. 9099 (9 de mayo de 1940) permitió al Poder Ejecutivo efectuar, durante el receso del Congreso, operaciones de crédito para cancelar o consolidar las deudas públicas, debiendo destinar los recursos obtenidos a obras públicas. La Ley No. 9161 (5 de setiembre de 1940) otorgó fuerza de ley a un decreto supremo que autorizó al Banco Central Hipotecario del Perú a conceder préstamos destinados a reparar inmuebles dañados o destruidos por el terremoto del 24 de mayo de 1940. La Ley No. 9577 (12 de marzo de 1942) autorizó al Poder Eje-

cutivo a dictar, mientras dure la guerra de los Estados Unidos, las disposiciones necesarias sobre cuentas y operaciones bancarias (Ibid.).

Finalmente, la Ley No. 17044, dictada el 20 de junio de 1968, siendo Ministro de Hacienda el doctor Manuel Ulloa Elías, dispuso que, ante la grave situación económica que padecía el país, el Congreso (dominado por la coalición de oposición APRA-UNO) autorizaba al gobierno a dictar medidas de carácter extraordinario para dar solución al desequilibrio estructural de las finanzas públicas, fortalecer la balanza de pagos y fomentar el desarrollo integral de la economía. Estas medidas se dictarían como decretos supremos con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros y, con cargo de dar cuenta en cada caso al Congreso (Eguiguren Praeli, 1990: 31).

Al amparo de esta autorización, se dictaron numerosos decretos supremos, entre ellos los DD.SS. Nos. 287-68-HC y 297-68-HC, que modificaron y derogaron leyes formales expedidas por el Congreso (De la Puente y Lavalle, 1990: 10).

Como puede apreciarse, las medidas extraordinarias en nuestro país han sido empleadas para regular transitoriamente acontecimientos que configuraban una urgente necesidad nacional, debían ser previamente autorizadas por el Congreso vía ley (no configuran legislación delegada por ser temporales), se emitían cuando éste se encontraba en funciones o en receso indistintamente y, en algunos casos, se exigió que el Poder Ejecutivo «diera cuenta» al Congreso de las mismas.

III. Regulación en la Constitución de 1979

1. Debate preliminar en la Asamblea Constituyente

El Anteproyecto de Carta Magna presentado por el Partido Popular Cristiano (PPC) a la Asamblea Constituyente instalada en 1978, proponía la incorporación al texto constitucional de los decretos de urgencia, en base a la ponencia sustentada por el doctor Roberto Ramírez del Villar, hasta en cuatro normas (Rubio Correa y Bernalles Ballesteros, 1988: 242 y ss.):

a) Durante el receso del Congreso, el presidente de la República podría dictar decretos-leyes en caso de urgencia, con la aprobación del Consejo de ministros y de la Comisión Permanente. El Anteproyecto distinguía esta potestad normativa de la emisión, también por parte del Poder Ejecutivo, de «decretos con fuerza de ley», para los que se exige

la previa delegación de facultades legislativas del Congreso (antecedente de los decretos legislativos).

b) La Comisión Permanente del Congreso podría autorizar al presidente de la República a dictar decretos-leyes en caso de urgencia, con cargo de dar cuenta al Congreso dentro de los 15 días posteriores a su instalación.

c) Los decretos-leyes que dictaría el presidente de la República serían provisionales y no afectarían el ordenamiento de las instituciones estatales, los derechos y libertades fundamentales ni el régimen de los gobiernos regionales y locales (lo cual denota la clara influencia de la Constitución española de 1978 en la propuesta).

d) Los decretos-leyes de urgencia deberían ser sometidos a debate dentro de los treinta días siguientes a su publicación, para que las cámaras se pronuncien sobre su convalidación.

Curiosamente, de manera simultánea a la propuesta de los «decretos-leyes» se planteaba, como una atribución presidencial, la emisión de «medidas extraordinarias» en materia económica y financiera cuando así lo requiriese el interés nacional, previo informe del «Consejo Económico y Social» y con cargo de dar cuenta al Congreso.

Otro Anteproyecto, esta vez presentado por el Partido Socialista Revolucionario (PSR), también contemplaba la figura de los «decretos-leyes» expedidos por el gobierno básicamente para situaciones de graves dificultades en la aplicación de los programas económicos y sociales, así como en circunstancias de emergencia nacional, en materias sobre las que existía reserva legal. Se reiteró la ratificación por el Congreso de los decretos-leyes y sí se exigía, a diferencia de la propuesta del PPC, la previa delegación de facultades legislativas para su emisión (por un período que no debía exceder de sesenta días) (Ibid.: 315 y ss.). Esto último confundía los decretos de urgencia con los futuros decretos legislativos.

En base a estos aportes, el texto original de la ponencia de la Comisión Especial de Poderes del Estado (Comisión 5) contemplaba a los decretos de urgencia como potestad del gobierno previa autorización de la Comisión Permanente del Congreso (que funcionaría en receso de éste), para casos extraordinarios, con los límites propuestos por el PPC, sujetos a revisión por el Congreso y claramente diferenciados de los decretos legislativos. Paralelamente, las «medidas extraordinarias» fueron recogidas también en esta ponencia, en términos casi idénticos a la propuesta del PPC (Planas Silva, 1993: 139-140).

Posteriormente, en sesión del 23 de mayo de 1979, la Comisión Principal revisó el título en torno a la Estructura del Estado. A propues-

ta del constituyente Enrique Chirinos Soto (PAP) se suprimió la atribución de la Comisión Permanente de autorizar la emisión de decretos de urgencia. Después, con el apoyo del constituyente Roger Cáceres Velásquez (FNTC), propuso la eliminación de los decretos de urgencia por considerar que reforzaban en exceso las facultades normativas del presidente de la República, siendo aprobada esta moción por la Comisión Principal (Asamblea Constituyente, 1979: 473-477).

Curiosamente, las «medidas extraordinarias» fueron aprobadas casi inadvertidamente, sin sufrir modificación la propuesta de la Comisión Especial de Poderes del Estado, resultando el tenor del artículo 211, inciso 20 de la Carta de 1979 (Ibid.: 187).

De manera que, queda claro que los constituyentes conocieron la institución de los decretos de urgencia, discutieron su incorporación al texto constitucional y, finalmente, no los consideraron, en total consciencia de su decisión (Planas Silva, 1993: 140).

2. Consagración de las medidas extraordinarias

Finalmente, el texto constitucional consagró la siguiente redacción en el artículo 211º, inciso 20: «Son atribuciones y obligaciones del Presidente de la República... Administrar la Hacienda Pública; negociar los empréstitos, y dictar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso».

Esta norma recogió, en principio, una figura hasta entonces desconocida en los textos constitucionales a nivel del Derecho comparado: la de las medidas extraordinarias. Como vimos anteriormente, desde los primeros años del presente siglo, las cartas magnas plasmaron la institución de los decretos de urgencia, pero no las medidas extraordinarias, salvo el antecedente de la Constitución de Venezuela de 1961. Sin embargo, la consagración constitucional de las mismas no responde a las características que poseen en la legislación comparada y nacional precedente, como veremos posteriormente, lo cual pone en tela de juicio si realmente estábamos ante auténticas medidas extraordinarias.

En todo caso es importante resaltar que el empleo del término «medidas» no es casual, pues denota su carácter intrínsecamente temporal, requiriendo de la ulterior convalidación del Parlamento para convertirse en ley (Biscaretti Di Rufia, 1973: 492-499).

Veamos, en primer lugar, si responden a las características de los decretos de urgencia. Estos se emiten sobre todo durante el receso del

Congreso, mientras que las medidas extraordinarias de nuestra anterior Carta Magna no tienen una precisión al respecto, por lo cual se podrían emitir indistintamente estando en funciones o no el Parlamento. Los decretos de urgencia tienen expresamente atribuida la «fuerza de ley», no nuestras medidas extraordinarias. Se establece claramente la transitoriedad de los decretos de urgencia, no de nuestras medidas extraordinarias.

Se exige la convalidación posterior del Congreso respecto de los decretos de urgencia, mientras que sólo se exige el «rendir cuenta» al mismo de nuestras medidas extraordinarias. Los decretos de urgencia no tienen limitaciones en cuanto a su materia competencial, pero nuestras medidas extraordinarias sí, debiendo circunscribirse a la materia económica-financiera.

En común sólo tienen dos aspectos. Tanto los decretos de urgencia como nuestras medidas extraordinarias están consagradas en textos constitucionales como potestad normativa del Poder Ejecutivo y responden a situaciones de urgente necesidad nacional.

Ahora bien, en cuanto a su compatibilidad con las pautas típicas de las medidas extraordinarias, éstas normalmente han provenido de una delegación de facultades legislativas por el Congreso, a través de una ley autoritativa, mientras que las medidas de nuestra Carta de 1979 tienen origen directamente en ella. Las medidas extraordinarias comunes tienen una naturaleza intrínsecamente temporal, aspecto no contemplado en la Constitución anterior.

Sólo coinciden en tres aspectos con las medidas extraordinarias comunes: responden a una urgente necesidad nacional, pueden ser emitidas mientras el Parlamento esté en funciones y sólo se debe «dar cuenta» de ellas al mismo, no exigiéndose su convalidación posterior.

Como puede apreciarse, las medidas extraordinarias previstas en la Carta de 1979 no responden totalmente a la naturaleza ni de los decretos de urgencia ni de las medidas extraordinarias comunes. Aún así, es imprescindible precisar su naturaleza jurídica.

Numerosas posiciones doctrinales sostienen que las medidas extraordinarias de la Constitución anterior eran decretos de urgencia (Cárdenas Quirós, 1987: 40; Pacheco Barandiarán, 1987: 50; Eguiguren Praeli, 1987: 437; García Belaunde, 1989: 29; De la Puente y Lavalle, 1990: 13). Otras posturas no menos respetables, aunque minoritarias, sostienen que se trataron de auténticas medidas extraordinarias (Bernalles Ballesteros, 1989: 151; Planas Silva, 1993: 144).

Particularmente, consideramos que las medidas extraordinarias de nuestra anterior Carta Magna fueron un híbrido entre los decretos de

urgencia y las medidas extraordinarias comunes resultando, en todo caso, una forma especial de éstas. Después de todo, debemos recordar que la propuesta de los decretos de urgencia o decretos-leyes, planteada por el PPC en los debates de la Asamblea Constituyente, fue expresamente desestimada, permaneciendo incólume la propuesta de las medidas extraordinarias.

Si se hubiera respetado la exigencia inicialmente prevista de la autorización previa por el «Consejo Económico y Social» (proyecto del PPC) o, de la ley autoritativa especial (Constitución venezolana de 1961), seguramente habrían menos dudas de su identidad con las medidas extraordinarias comunes.

3. Efectos y requisitos de las medidas extraordinarias

3.1. Rango jerárquico

La Constitución de 1979 no previó expresamente un determinado nivel normativo para las medidas extraordinarias. En esa medida, se elaboraron dos posiciones doctrinales, con respaldo en nuestra jurisprudencia. La primera de ellas sostuvo que las medidas extraordinarias eran normas de nivel secundario o tenían rango de simples decretos supremos, mientras que la segunda argumentó que tales medidas tenían nivel primario o rango de ley. Analicemos brevemente cada una de las dos posturas.

Como vimos anteriormente, durante el debate surgido en la Asamblea Constituyente no se consideró finalmente la incorporación de los decretos de urgencia o decretos-leyes, propuesta por el PPC. En ella se planteaba inequívocamente que dichas disposiciones tengan fuerza de ley, para modificar o suspender transitoriamente normas de nivel primario. En ese sentido, se ha sostenido que, en tanto las medidas extraordinarias son distintas a los decretos de urgencia o decretos-leyes, no pueden tener rango de ley, sino simplemente nivel secundario o reglamentario (Bernaes Ballesteros, 1989: 151).

Otra de las razones esgrimidas en favor de esta posición consiste en afirmar que, nuestra anterior Carta Magna señalaba expresa y taxativamente qué normas tenían rango o fuerza de ley, entre las que no figuraban las medidas extraordinarias (Ibid.). Así, teníamos a las leyes propiamente dichas y las resoluciones legislativas emanadas del Parlamento (Art. 186º, inc. 1), los tratados internacionales (Art. 101º), los decretos legislativos (Arts. 188º y 211º, inc. 10), los reglamentos del Congreso y de cada Cámara (Art. 177º), el convenio colectivo (Art.

54º) y, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales (Art. 298º, inc. 1).

En esa medida, se ha afirmado que las medidas extraordinarias no pueden alterar o derogar normas de rango legal (Pareja Paz Soldán, 1980: 322; Chirinos Soto, 1984: 231). Otros, menos categóricamente pero incurriendo en una contradicción, sostienen que dichas medidas no tienen fuerza de ley pero pueden suspender normas de nivel primario (Aramburú Menchaca, 1990: 24).

Esta posición ha encontrado algún sustento jurisprudencial. Ante una acción de inconstitucionalidad interpuesta por veinte senadores contra el Decreto Supremo No. 057-90-TR, emitido al amparo del artículo 211º, inciso 20 de la anterior Constitución, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró inadmisibile la demanda. El sustento argumentado consistía en que, en tanto las medidas extraordinarias no se encontraban dentro de las normas impugnables vía acción de inconstitucionalidad (Art. 298º), no podían ser cuestionadas por ésta.

En algunos votos singulares de los miembros del TGC (Diez-Canseco, Pelayo Samanamud), se puede apreciar claramente que consideraban impugnables las medidas extraordinarias vía la acción popular, lo cual les otorga tácitamente un rango secundario o reglamentario (Art. 295º).

Por otro lado, hay quienes piensan que si la potestad de emitir decretos supremos ordinarios se encuentra prevista en una norma distinta (Art. 211º, inc. 11) a la de las medidas extraordinarias, éstas no pueden tener el mismo nivel jerárquico, pudiendo configurar disposiciones con fuerza de ley. Resultaría redundante e innecesario que las medidas extraordinarias estén previstas en una norma distinta a la de los decretos supremos ordinarios, si tuvieran rango secundario o reglamentario (Eguiguren Praeli, 1987: 443-444; De La Puente y Lavalle, 1990: 13).

Además, los requisitos exigidos a las medidas extraordinarias son distintos a los planteados respecto de los decretos supremos ordinarios. Aquellas deben ser precisamente extraordinarias en tanto responden a situaciones de urgente necesidad nacional, sólo pueden regular materia económico-financiera y el Poder Ejecutivo debe rendir cuenta de su utilización al Congreso. Ninguno de estos requisitos es exigido a los decretos supremos ordinarios, los que sólo deben regular las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas (Eguiguren Praeli, 1987: 444; Cárdenas Quirós, 1987: 39; García Belaunde, 1989: 29).

También se ha sostenido que, ante la exigencia de la intervención del Congreso para la emisión de normas con fuerza de ley, ella se cumple

respecto de las medidas extraordinarias. El régimen de división de poderes que inspiraba la Constitución de 1979 establecía, en principio, que toda norma de rango o fuerza legal fuera emitida o delegada por el Parlamento. Sin embargo, no se especificaba que este rol del Congreso debía ser necesariamente previo a la emisión normativa, pudiendo ser posterior. Así, el «dar cuenta» al Parlamento de las medidas extraordinarias debía entenderse como la exigencia de una convalidación posterior del mismo respecto de éstas (De la Puente y Lavalle, 1990: 14; Marienhoff, 1970: 254; Alessi, 1970: 29).

Particularmente, compartimos esta segunda posición: las medidas extraordinarias tienen fuerza de ley, pues pueden modificar o suspender (no derogar) transitoriamente normas de nivel primario. Adicionalmente, existen algunas razones de teoría general que fundamentan esta afirmación.

El estado de urgente necesidad requiere inmediata regulación, no pudiendo esperar al trámite ordinario de la emisión de una ley en sentido formal o de la delegación de facultades legislativas para dictar otras normas de nivel primario. Por ello, resulta imprescindible emitir medidas extraordinarias (Dromi, 1973: 356) que tengan potencia igual a la de la ley (Diez, 1963: 446), en tanto ésta no debe ser obstáculo para implantar rápidamente la nueva regulación (Alzaga Villaamil, 1978: 558).

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de la República, contrariamente a lo señalado por el TGC, ha señalado reiteradamente que las medidas extraordinarias tienen fuerza de ley, como en el Expediente No. 1613-89-LAMBAYEQUE, que contenía un juicio de desahucio en el que se discutió la validez del Decreto Supremo No. 268-87-EF, emitido al amparo del artículo 211º, inciso 20 de la Carta de 1979, que estableció una prórroga de los contratos de alquiler sobre los predios sujetos a la Ley del Inquilinato.

Como puede apreciarse, el TGC y la Corte Suprema de la República tenían criterios encontrados respecto al rango jerárquico de las medidas extraordinarias. En el ejercicio del control concentrado de la constitucionalidad de las normas, el TGC apareció como uno de los intérpretes auténticos de la Carta Magna (Fernández Segado, 1984: 234), con lo cual deberíamos haber asumido su interpretación y considerar que las medidas extraordinarias no tienen fuerza de ley. Pero, en el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad de las normas, la Corte Suprema de la República apareció como otro de los intérpretes auténticos de la Constitución (Quiroga León, 1989: 40). En esa medida, tenemos dos posiciones jurisprudenciales igualmente válidas, cada una de las cuales sigue una de las dos corrientes doctrinales enunciadas.

3.2. Justificación, competencia y control

En cuanto a la justificación de las medidas extraordinarias, éstas debían dictarse cuando exista una urgente necesidad nacional, que no es de carácter genérico sino específico, agudo, de súbita aparición y de impostergradable atención dada su anormalidad y la eventual gravedad de sus consecuencias (Marienhoff, 1970: 230). Es importante que la situación configurada sea imprevisible y no pueda ser afrontada de otra manera, como en el caso de terremotos, invasiones, huracanes, emergencias económicas, etc. Para regular las situaciones normales, el Poder Ejecutivo cuenta con los decretos supremos ordinarios (García Belaunde, 1989: 29).

En la jurisprudencia constitucional comparada podemos encontrar una acertada precisión del «presupuesto de hecho habilitante» (Torres del Moral, 1986: 145), es decir, de la excepcional y urgente necesidad nacional (si bien pensada para los decretos de urgencia o decretos-leyes, que tienen este rasgo en común con las medidas extraordinarias).

El Tribunal Constitucional español ha señalado en dos sentencias (6/1983 y 111/1983) que la extraordinaria y urgente necesidad no debe entenderse en el sentido extremo de una amenaza para la nación o el sistema constitucional, dado que para tales casos la Carta Magna ha previsto los mecanismos del régimen de excepción. En esa medida, debe pensarse mas bien en situaciones en las que se configura una necesidad «relativa» respecto a las situaciones concretas en que se encuentran los objetivos de la actuación gubernamental los cuales, por razones difíciles de prever, requieren en alguna ocasión una acción normativa inmediata, en un plazo más breve que el requerido para la producción parlamentaria de una ley pues, de lo contrario, se perdería eficacia en la regulación de tales situaciones (Cortes Generales, 1983: 34).

Esto supone, ciertamente, una concentración extraordinaria de poderes en el gobierno, justificada por la urgente necesidad nacional (Lamarque, cit. en Linares Quintana, 1970: 502; Camus, 1965: 25).

En cuanto a la competencia de las medidas extraordinarias, es decir, las materias que pueden ser reguladas por estos instrumentos normativos, el texto constitucional los limitaba a asuntos económico-financieros. Aquí encontramos dos problemas concretos: determinar qué aspectos específicos se encuentran incluidos dentro de lo económico y financiero, y si dichos aspectos pueden ser aquellos sometidos a reserva de ley para su regulación (Eguiguren Praeli, 1987: 446).

En lo que respecta a qué debemos entender por materia económica y financiera, debía aplicarse un criterio restrictivo en la selección de los as-

pectos que cumplen con dicha condición. Lo económico y financiero debe ser lo principal en estos y no lo accesorio porque, llevado este argumento hasta sus últimas consecuencias, todo podría ser económico-financiero, con lo cual podríamos afectar una serie de derechos fundamentales. Así, debía circunscribirse la competencia de las medidas extraordinarias a los aspectos regulados en la parte económica de la Carta Magna anterior, no comprendiendo las partes dogmática y orgánica (García Belaunde, 1989: 29-30).

Al ser necesario que las materias regulables por las medidas extraordinarias tengan incidencia directa en lo económico y financiero, resultarían comprendidas los aspectos tributarios, presupuestales, aduaneros, los incentivos promocionales, empréstitos, operaciones financieras y crediticias, etc. (Pacheco Barandiarán, 1987: 52; Eguiguren Praeli, 1987: 447).

En lo que respecta a si las medidas extraordinarias pueden regular materias sobre las que existe reserva legal, la respuesta viene adelantada implícitamente. En tanto tales medidas gozan de fuerza de ley, ello es posible. Solo que para evitar posibles abusos en el empleo de esta figura, es importante verificar que tales normas duren solamente mientras dure la circunstancia extraordinaria habilitante y que sean ratificadas por el Congreso (Ibid.). Además, debía respetarse la reserva legal respecto de temas propios de las leyes orgánicas, pues la Constitución anterior exigía para su aprobación mayoría calificada (García Belaunde, 1989: 32).

Por último, en cuanto al control de las medidas extraordinarias, la Constitución de 1979 establecía que el Poder Ejecutivo debía emitir las «con cargo de dar cuenta al Congreso». Pero omitió precisar en qué consiste el procedimiento de fiscalización y cuáles serían los efectos y alcances derivados de la misma. Este procedimiento resulta imprescindible, pues el Gobierno ejerce una potestad normativa desequilibrante de la división de poderes estatales con tales medidas, que se plasma en normas jurídicas con fuerza de ley capaces, por ende, de suspender o modificar transitoriamente normas de nivel primario. De lo que se trata es de revisar el cumplimiento de los requisitos exigidos a las medidas extraordinarias para su validez, convalidándolos o anulándolos (Eguiguren Praeli, 1987: 450).

4. Las medidas del artículo 132º

En el Título III (Régimen Económico), Capítulo IV (De la Empresa), artículo 132º de la Constitución anterior, se contemplan medidas apa-

rentemente idénticas a las previstas en el artículo 211º, inciso 20, señalándose textualmente que: «En situaciones de crisis grave o de emergencia, el Estado puede intervenir la actividad económica con medidas transitorias de carácter extraordinario».

Como señalamos anteriormente, esta norma tuvo sus antecedentes en los artículos 40º y 49º de la Constitución de 1933, que se referían a la posibilidad de establecer limitaciones a las libertades de comercio, industria y contratación y a la empresa misma (Eguiguren Praeli, 1990: 41).

Las medidas extraordinarias del artículo 132º de la Carta de 1979 tenían por finalidad garantizar el desarrollo de los principios esenciales del régimen económico en ella previsto, cuando existían situaciones de real crisis y emergencia que afectasen la actividad económica y empresarial como, por ejemplo, acaparamiento, especulación, monopolio, bruscas alzas o caídas de precios, etc. Mediante tales instrumentos normativos se buscaba imponer obligaciones, restricciones y prohibiciones temporales sobre las libertades de comercio, industria y contratación (Ibid.: 43-44).

En tanto la posibilidad de emitir estas medidas extraordinarias era una facultad atribuida genéricamente al Estado, podrían tener la forma de leyes del Congreso o decretos supremos del Poder Ejecutivo (Ibid.: 41). En este segundo caso, dado que la Constitución anterior no exigía que se de cuenta de tales medidas al Congreso, a diferencia de las medidas del artículo 211º, inciso 20, debían tratarse de decretos supremos ordinarios, sin fuerza de ley (Eguiguren Praeli, 1994: 187).

5. La Ley No. 25397

Ante el empleo exagerado y abusivo que de las medidas extraordinarias se hizo casi desde el inicio de la presente etapa democrática (las que empezaron la discusión antes expuesta fueron los DD.SS. Nos. 100, 175, 179 y 198-83-EFC, a mediados de 1983), y de los efectos perniciosos que venían causando, resultó importante abordar la regulación de diversos aspectos: establecer un tipo especial de norma para expedir e identificar las medidas extraordinarias, para así poder distinguirlas de los decretos supremos ordinarios; precisar que tales medidas tenían fuerza de ley y eran necesariamente temporales; determinar en qué consistía su proceso de convalidación ulterior por el Congreso; regular qué se debía entender por materias económico-financieras; y, especificar qué tipo de control jurisdiccional de constitucionalidad les correspondía (Eguiguren Praeli, 1990: 39-40).

Varios años después de promulgada la Constitución de 1979, el Congreso dictó la Ley No. 25397 (9 de febrero de 1992), Ley de Control Parlamentario sobre los actos normativos del Presidente de la República, que tenía como principal objetivo darle contenido al «dar cuenta al Congreso» previsto en el artículo 211º, inciso 20 de la anterior Carta Magna (Planas Silva, 1993: 150). Adicionalmente, esta Ley reguló diversos aspectos relativos a las medidas extraordinarias.

En principio, dio una denominación especial a las medidas extraordinarias, los «decretos supremos extraordinarios» (DSE); estableció su carácter temporal por el tiempo que la norma indicara, no pudiendo superar los seis meses de duración; y, declaró expresamente que tales medidas podían dejar en suspenso normas de nivel primario (Eguiguren Praeli, 1994: 185).

Además, precisó los aspectos que podían ser materia económica y financiera: la reestructuración de los gastos del Gobierno Central y las empresas del Estado, establecidos en la Ley Anual de Presupuesto; la modificación o suspensión temporal de tributos; la realización de operaciones de emergencia en materia de endeudamiento externo e interno, para proveer recursos financieros destinados a atender necesidades públicas imposterables; y la intervención de la actividad económica, de conformidad con el artículo 132º de la Constitución de 1979 (Art. 4º).

Es importante destacar que, tanto las medidas extraordinarias del artículo 211º, inciso 20, como las del artículo 132º de la Carta Magna anterior, fueron fusionadas en la figura de los DSE. Como hemos sostenido, cuando tales medidas debían provenir del Poder Ejecutivo, sólo las primeras podrían tener fuerza de ley, más no las segundas. En esa medida, la equivalencia entre ambas clases de medidas extraordinarias resultó poco técnica. Probablemente, el propósito del legislador consistió en intentar evitar que, a través de la figura del artículo 132º de la Constitución de 1979, se genere una nueva brecha para el empleo excesivo y abusivo de las medidas extraordinarias (Ibid.: 187).

Por otro lado, la Ley No. 25397 sostuvo que el control jurisdiccional de los «decretos supremos extraordinarios» (DSE) podría ejercerse a través de la acción popular (Art. 12º) que, como se sabe, estaba destinada a cuestionar normas de nivel secundario o reglamentario (Art. 295º Const.). Resulta contradictorio que, por un lado, se les reconozca a los DSE fuerza de ley y, por otro, se les asigne una vía de control de constitucionalidad prevista para los decretos supremos ordinarios.

Por último, reguló un procedimiento de control parlamentario de los DSE, convalidándolos por «silencio positivo». A las veinticuatro horas de publicado el DSE, el presidente de la República debe dar cuenta de

su emisión por escrito al presidente del Congreso o de la Comisión Permanente, acompañando copia del DSE (Art. 9º). Este es remitido a las comisiones de Constitución y Leyes Orgánicas de ambas cámaras, para su estudio y emisión del dictamen en el plazo de quince días útiles (Art. 10º). Sólo se emite dictamen si es desfavorable al DSE, y si el Congreso o la Comisión Permanente coinciden con el mismo se aprueba un acuerdo que, una vez publicado en «El Peruano», deroga el DSE (Art. 11º).

IV. Regularización en la Constitución 1993

1. Consagración de los decretos de urgencia

El artículo 118º, inciso 19 de la actual Carta Magna precisa lo siguiente: «Corresponde al Presidente de la República... dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

Siempre como potestades del Poder Ejecutivo, se regulan por separado la administración de la Hacienda Pública y la negociación de los empréstitos, que aparecían junto a la atribución anterior en la Constitución de 1979. Ello, por cierto, implicaba una positivización asistemática, en tanto no existía justificación para mezclar en una misma norma funciones habituales u ordinarias del presidente de la República, con otras de naturaleza claramente excepcional (Eguiguren Praeli, 1987: 437).

Además, se prohíbe expresamente que los decretos de urgencia puedan regular materia tributaria (Art. 74º) y se les incluye como norma impugnabile, vía la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (Art. 200º, inc. 4).

Pues bien, la primera modificación que salta a la vista consiste en el cambio de instrumento normativo por el cual se deben canalizar las medidas extraordinarias: se pasa de los decretos supremos a los decretos de urgencia, los cuales tendrán fuerza de ley. Pero es importante resaltar que todavía se sigue hablando de medidas extraordinarias, considerando erróneamente que pueden plasmarse a través de decretos de urgencia. No se asume que doctrinariamente es posible distinguir entre ambas instituciones, de modo tal que se debe optar o por las medidas extraordinarias o por los decretos de urgencia.

En ese sentido, resulta evidente que no estamos ante auténticos decretos de urgencia o decretos-leyes, sino nuevamente ante una noción

particular e imperfecta de medidas extraordinarias. Los primeros se caracterizan por emitirse durante el receso del Congreso, ser transitorios, poder regular cualquier materia y estar sujetos a convalidación posterior por el Parlamento. Estos aspectos no han sido contemplados en el artículo 118º, inciso 19 de la nueva Carta Magna.

Tampoco llegan a ser medidas extraordinarias comunes, pues éstas también son temporales, responden a una delegación de facultades legislativas y se emiten durante el receso parlamentario.

Sin embargo, la Constitución de 1993 aporta un elemento sumamente importante: zanja la discusión en torno a si la medida extraordinaria tiene o no fuerza de ley. Dice explícitamente y también indirectamente, a través de su vía judicial de impugnación, que tiene fuerza de ley pudiendo suspender normas de nivel primario.

2. Justificación, competencia y control

En cuanto al supuesto habilitante para la emisión de las nuevas medidas extraordinarias, se reitera la frase «cuando así lo requiere el interés nacional», que proviene de la Carta Magna anterior. Esta terminología no necesariamente garantiza que sólo se dicten tales medidas cuando lo demande una urgente necesidad nacional, pues resulta demasiado genérica (Eguiguren Praeli, 1994: 189). De otro lado, no se regula su temporalidad, menos aún que deben existir sólo mientras dure la situación extraordinaria que las motivó.

En cuanto a las materias que pueden ser normadas por las medidas extraordinarias, también se reitera la enunciación de lo económico y financiero, sin detallar qué aspectos deben ser comprendidos en esta temática. Sólo se dispone la exclusión de la materia tributaria. Con ello no se contribuye a combatir eficazmente el uso excesivo y abusivo de las medidas extraordinarias, alimentado principalmente por esta imprecisión. Si se trataran de verdaderos decretos de urgencia, como señalamos, no tendrían limitación alguna, estando sí sujetos a un adecuado proceso de convalidación parlamentario ulterior.

En cuanto al control de este poder normativo otorgado al Poder Ejecutivo, se vuelve a plantear el simple «dar cuenta al Congreso», sin precisar en qué consiste. En esa medida, no se contempla un proceso de convalidación parlamentaria ulterior de las disposiciones en mención. Sin embargo, el punto de partida para ello podría ser la última parte del artículo 118º, inciso 19: «El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia».

Recientemente ha sido promulgado el Reglamento del Congreso (26 de junio de 1995), en cuyo artículo 91 se reitera el procedimiento de control parlamentario de las medidas extraordinarias, bajo la modalidad de convalidación por «silencio positivo», regulado en la Ley No. 25397. Solo se elimina la alusión a las comisiones de Leyes Orgánicas de ambas cámaras (ahora el Congreso es unicameral) y se opta por derogar una medida extraordinaria inconstitucional mediante ley expresa.

3. Los decretos de urgencia del artículo 135º

Ahora bien, en su artículo 134º la nueva Constitución trata el tema de la disolución del Congreso por censura o negación de confianza a dos consejos de ministros. Y, en el segundo párrafo del artículo 135º señala que, hasta que se forme el nuevo Congreso, el Poder Ejecutivo legisla mediante decretos de urgencia, de los que da cuenta a la Comisión Permanente para que los examine y los eleve al Congreso, una vez que éste se instale.

Probablemente estos sí sean auténticos decretos de urgencia, en tanto el Congreso si bien no está en receso, no ejerce sus funciones; son normas transitorias sujetas a convalidación parlamentaria posterior; y no tienen limitación alguna en cuanto a las materias a regular. El único elemento con el que no contarían es la justificación para su emisión sólo en una urgente necesidad nacional, aunque podría pensarse que la disolución del Congreso precisamente configura ésta.

De este modo, podríamos afirmar que la regla es que el Poder Ejecutivo dicte medidas extraordinarias bastante peculiares (Art. 118º, inc. 19), y la excepción es que emita auténticos decretos de urgencia sólo para el caso del *interregno* parlamentario antes descrito.

V. Conclusiones

1) En el Derecho Constitucional comparado, los decretos de urgencia o decretos-leyes aparecen como una potestad normativa del Poder Ejecutivo que se ejerce con las siguientes características: durante el receso del Congreso, tienen fuerza de ley por lo que pueden modificar o suspender transitoriamente leyes, responden a una situación de emergencia nacional o urgente necesidad, y deben ser convalidados posteriormente por el Parlamento.

2) En el Derecho nacional y comparado, las medidas extraordinarias

aparecen como una potestad normativa del Poder Ejecutivo que se ejerce con las siguientes características: requieren autorización previa del Congreso, tienen fuerza de ley, responden a una urgente necesidad nacional, y se exige que el gobierno rinda cuenta al Parlamento de las mismas, que se emiten cuando éste se encuentra o no en receso.

3) En la Asamblea Constituyente se discutió y descartó la inclusión de los decretos de urgencia en el texto de la Carta Magna de 1979. Pero sí se recogió una figura particular de medidas extraordinarias, con fuerza de ley.

4) Las medidas extraordinarias deben regular materias directamente vinculadas con lo económico y financiero y deben ser sometidas a convalidación posterior por el Congreso.

5) Las medidas extraordinarias del artículo 132º de la Constitución de 1979 regulaban desequilibrios del sistema económico, mediante leyes formales o decretos supremos ordinarios.

6) Los decretos de urgencia de la actual Carta Magna son realmente medidas extraordinarias sumamente peculiares, con fuerza de ley. No pueden regular materia tributaria.

7) Sólo las normas del artículo 135º de la Constitución de 1993 son auténticos decretos de urgencia, pudiendo emitirse únicamente durante el período que media entre un Congreso disuelto y uno nuevo.

Bibliografía

- ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tomo I. Barcelona 1970 Iona, Ed. Tecnos.
- Alzaga Villaamil, Oscar. *La Constitución española de 1978. Comentario 1978 sistemático*. Madrid, Ed. del Foro.
- ARAMBURÚ MENCHACA, Andrés. "Las medidas extraordinarias". En: *El 1990 Comercio*, Lima, 14 de setiembre.
- Asamblea Constituyente de 1979. *Diario de Debates de la Comisión Principal*, tomo III.
- BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "El funcionamiento del sistema político 1989 de la Constitución de 1979". En: AA.VV. *La Constitución diez años después*. Lima, Fund. Naumann.

- BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Madrid, Ed. 1973 Tecnos.
- CAMUS, Genevieve. *El Estado de Necesidad en Democracia*. París. 1965
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. “Los Decretos con Fuerza de Ley”. En: 1987 *Thémis Revista de Derecho, Segunda Epoca*, No. 6. Lima, PUCP, 1987.
- CORTES GENERALES DE ESPAÑA. *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1983 No. 23. Madrid, marzo.
- Chirinos Soto, Enrique. *La nueva Constitución al alcance de todos*. Lima, 1984 AFA Editores, 3a. edición.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Las medidas extraordinarias”. En: 1990 *Comercio*, edición del 3 de setiembre.
- DIEZ, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires, 1963 Ed. Astrea, 1963.
- DROMI, Roberto. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1983 Ed. Astrea, 1983.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Funciones Legislativas del Poder Ejecutivo”. En: Francisco Eguiguren Praeli. *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*. Lima, Cultural Cuzco. 1987
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “Las situaciones de emergencia y su tratamiento en la Constitución Peruana de 1979”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales No. 5*. Lima, CAJ. 1990
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco. “La legislación delegada y los decretos de urgencia en la Constitución peruana de 1993”. En: AA.VV. *La Constitución de 1993, análisis y comentarios*. Lima, CAJ. 1994
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La Jurisdicción Constitucional en España*. 1984 Madrid, Dykinson.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Funciones legislativas del Ejecutivo mo-

- 1989 derno: el caso peruano". En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* No. 3. Lima, CAJ.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, 1984 Alianza Universidad.
- LINARES QUINTANA, Segundo. *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*. Tomo II. Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires, Ed. Astrea.
- PACHECO BARANDIARÁN, Rosario. "Los Decretos de Urgencia y un vacío en la Constitución de 1979". En: *Thémis, Revista de Derecho, Segunda Epoca*, No. 6. Lima, PUCP.
- PAREJA PAZ SOLDÁN, José. *Derecho Constitucional peruano y la Constitución de 1979*. Tomo I. Lima.
- PLANAS SILVA, Pedro. "Decreto de urgencia y medidas extraordinarias". 1993 En: *Ius et Veritas*, Año IV, No. 7. Lima, PUCP, noviembre.
- QUIROGA LEÓN, Aníbal. "El modelo de la Constitución de 1979". En: 1989 AA.VV. *La Constitución diez años después*. Lima, Fund. Naumann.
- RUBIO CORREA, Marcial y Enrique Bernalles Ballesteros. *Constitución: 1988 fuentes e interpretación*. Lima, Mesa Redonda Editores.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. "Los decretos de necesidad y urgencia: derecho 1985 comparado y derecho argentino". En: *La Ley*, Buenos Aires, edición del 15 de noviembre.
- SANTOALALLA, Fernando. *Derecho Parlamentario Español*. Madrid, Ed. 1983 Civitas.
- TORRES DEL MORAL, Antonio. *Principios de Derecho Constitucional Español*. 1986 Madrid, Atomo Ediciones.

Nulidad del acto jurídico administrativo

Pedro G. MORALES CORRALES

I. El Acto Jurídico en el Código Civil

De acuerdo con los Doctores Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya, para analizar el acto jurídico administrativo es necesario recurrir al acto jurídico regulado por el Código Civil, con el objeto de conocer su contenido y establecer si éste es aplicable íntegramente al Derecho Administrativo o si existe algún tipo de incompatibilidad que determine la existencia de características especiales de este acto en el campo del Derecho Administrativo¹. (Art. IX del Título Preliminar del Código Civil).

Concepto de acto jurídico

El Código Civil en su artículo 140º define el acto jurídico como «la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas». Para su validez se requiere: agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito, observación de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Nulidad del acto jurídico

El mismo código sustantivo, en su artículo 219º establece las causales

¹ PATRÓN FAURA, Pedro y PATRÓN BEDOYA, Pedro, *Derecho Administrativo y Administración Pública en el Perú*, Quinta edición ampliada y actualizada, Editora GRIJLEY, Lima, Perú, 1996, p. 295.

de nulidad del acto jurídico y determina que éste es nulo: cuando falta la manifestación de voluntad del agente; cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358⁰²; cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable; cuando su fin sea ilícito; cuando adolezca de simulación absoluta; cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad; cuando la ley lo declara nulo; y, en el caso del artículo V del Título Preliminar³, salvo que la ley establezca sanción diversa.

Marcial Rubio Correa⁴ se adhiere al concepto de Giuseppe Stolfi quien considera que «Es nulo el negocio al que le falte un requisito esencial, o bien sea contrario al orden público o a las buenas costumbres, o bien infrinja una norma imperativa».⁵

Stolfi, mencionado por Rubio sostiene que existen dos tipos de nulidades en la legislación positiva: la expresa o textual, o la tácita o virtual⁶.

La primera consta expresamente en el texto de las normas jurídicas, es decir que la norma específicamente sanciona con la nulidad la inobservancia de alguna condición o forma. Por ejemplo artículo 156^o del Código Civil cuando establece que «Para disponer de la propiedad del representado o gravar sus bienes, se requiere que el encargo conste en forma indubitable y por escritura pública, *bajo sanción de nulidad.*»

La nulidad tácita o virtual, siempre siguiendo a Stolfi, citado por Rubio, es aquella que no consta expresamente en el texto de la norma, pero que puede desprenderse fácilmente de él, a partir de la aplicación de las reglas de interpretación o del argumento a contrario, lo cual significa que si como consecuencia de la aplicación de tales métodos se advierte que el acto entra en conflicto con disposiciones legales entonces dicho acto sería nulo.

Igualmente, citando a Georges Ripert y Jean Boulanger, Rubio manifiesta que la nulidad tácita o virtual existe ... solamente porque no han sido respetadas las prescripciones legales en la conclusión del contrato. La Ley no da la lista de los casos de nulidad El método del legislador es

² Código Civil, Art. 1358: «Los incapaces no privados de discernimiento pueden celebrar contratos relacionados con las necesidades ordinarias de su vida diaria».

³ Código Civil, Art. V del Título Preliminar, «Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres».

⁴ RUBIO CORREA, Marcial, *Nulidad y Anulabilidad.- La Invalidez del Acto Jurídico*, Biblioteca para Leer el Código Civil, Volumen IX, PUC, Fondo Editorial 1989, p. 21.

⁵ STOLFI, Giuseppe, *Teoría del Negocio Jurídico*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 80.

⁶ *Op. cit.* p. 21.

diferente: fija las condiciones de validez del acto o contrato. Se incurre en nulidad cuando falta una de estas condiciones.»⁷ Así, en nuestro Código Civil por ejemplo, el artículo V del Título Preliminar encuadraría en el caso de una nulidad tácita o virtual (véase llamada 3), en cuyo caso habrá que elucidar si determinado acto efectivamente contraría el orden público o agravia a las buenas costumbres. De llegarse a dicha conclusión entonces se considerará que el acto es nulo.

Sin embargo, hay que advertir que el artículo 219º del Código Civil establece taxativamente los casos en que el acto jurídico es considerado nulo. Ello significa que aquellos no contemplados en dicha norma, no serán considerados nulos para el ámbito civil o privado.

Si esto es así, cuando el inciso 8 de dicho artículo establece que el acto jurídico es nulo en el caso del artículo V del Título Preliminar, dicho artículo sólo se refiere a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres y no a la totalidad de las leyes, por lo cual, la teoría de la nulidad virtual, en la extensión que le estaría dando Marcial Rubio, no necesariamente se encuadraría dentro de los alcances del artículo 219 del Código Civil. Por el contrario y como lo veremos más adelante, sí lo estaría respecto de la nulidad del acto administrativo.

Una conclusión importante a la que llega Rubio es que «la falta de los elementos esenciales del acto jurídico no es causal de inexistencia, sino específicamente de nulidad, a tenor de diversos incisos del artículo 219º. Por consiguiente, hay que señalar que nuestro Código no opta por reconocer la teoría de la inexistencia del acto: entre nosotros sólo existen la nulidad y la anulabilidad. Los casos que en otros sistemas se consideran de inexistencia, entre nosotros son de nulidad»⁸.

Otra conclusión importante a la que llega Rubio es que «El acto nulo debe ser considerado como existente (pues sólo puede ser calificada alguna entidad existente), pero resulta privado de efectos»⁹.

Efectos de la nulidad

Fernando Vidal Ramírez, autor de la Exposición de Motivos del Libro II –Acto Jurídico– del Código Civil de 1984, refiriéndose a los actos nulos considerados en el artículo 219º del Código Civil, expresa que

⁷ *Op. cit.* p. 21

⁸ *Op. cit.* p. 25.

⁹ *Op. cit.* p. 25.

«El acto nulo lo es de pleno derecho, lo que significa que no requiere de una sentencia judicial que así lo declare. Como característica de la nulidad *ipso jure* es que el acto sea jurídicamente inexistente, o sea, que no genera efectos...». Continúa diciendo: «La nulidad absoluta hace, pues, que el acto no produzca los efectos queridos por las partes...»¹⁰

Sobre este mismo tema, Rubio citando a Stolfi sostiene que en cuanto a las partes puede decirse que ninguna de ellas puede pretender cosa alguna de la otra basándose en el acto inválido, porque de otro modo el negocio produciría el efecto que le es propio. Si el negocio ha sido cumplido las cosas deben reponerse en su estado anterior, como si el acto no se hubiese realizado ya que no tuvo ni puede tener eficacia alguna. Concluye mencionando que si esto ocurre en las relaciones bilaterales o plurilaterales, también sucede en un acto unilateral: No produce efectos.¹¹

A su vez, Francesco Messineo, sostiene lo siguiente: «La nulidad obra de pleno derecho, es decir, actúa sin necesidad de ser declarada y el interesado no tiene la carga de una iniciativa para hacerla pronunciar; y la eventual acción es siempre de declaración de certeza (negativa) para todos los posibles efectos futuros, aunque falte un interés actual del sujeto.»¹²

Una conclusión importante consiste entonces en que, la Exposición de Motivos del actual Código Civil identifica al «acto jurídico nulo», con el «acto jurídico nulo de pleno derecho».

Anteriormente este tema no resultaba de una claridad absoluta por lo que llevó a diferenciar entre una suerte de acto jurídico nulo *común* que requería de una declaración judicial previa, del acto jurídico nulo *de pleno derecho o ipso jure* que no necesitaba de ninguna declaración judicial para oponerse a un tercero.

Tal vez esta última distinción en alguna forma resultaba superflua o poco práctica, ya que a decir de los Mazeaud, citado por Rubio¹³, bastaba que la contraparte no acepte la alegada nulidad *ipso jure* o de pleno derecho para que se tuviera que recurrir a los tribunales a fin de que ésta sea declarada.

¹⁰ *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*.- Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil.- Compiladora: DELIA REVOREDO DE MARSANO, Lima, Perú 1985, Tomo IV, p. 332.

¹¹ *Op. cit.* p. 26.

¹² MESSINEO, FRANCISCO, *Doctrina General del Contrato*, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, p. 273.

¹³ *Op. cit.* p. 27

En efecto, el artículo 220º del Código Civil establece que la nulidad a que se refiere el artículo 219º puede ser alegada por *quienes tengan interés*, lo que significa que si la contraparte no reconoce la existencia de la nulidad entonces existirá interés porque ésta sea declarada. El mismo artículo también prevé que la declaración de nulidad pueda ser demandada por el Ministerio Público y que, asimismo, puede ser declarada de oficio por el Juez cuando resulte manifiesta (nulidad expresa o textual).

En este mismo sentido se pronuncia Fernando Vidal cuando manifiesta que: «... Sólo si una de las partes, o ambas, pretende su validez, corresponderá al Juez declarar la nulidad absoluta sin que la sentencia tenga un carácter constitutivo sino declarativo.»¹⁴

En consecuencia, los actos nulos a que se refiere el artículo 219º del Código Civil, lo son *ipso jure* o de pleno derecho sin necesidad de que se consigne este calificativo; no surte ningún efecto jurídico y es oponible a terceros. Además no puede convalidarse mediante su confirmación. Sin embargo, de requerirse, se puede recurrir al órgano jurisdiccional para que *declare* la existencia de dicha nulidad, que nunca surtió efectos y que resulta insubsanable.

Prescripción de la acción de nulidad

El inciso 1º del artículo 2001º del Código Civil, establece que prescribe a los diez años la acción de nulidad del acto jurídico; lo cual no implica que vencido el plazo de prescripción la nulidad quede revertida o subsanada, sino que por razones de seguridad jurídica pueda oponerse a quien la alega, la excepción de prescripción, por lo que, si bien el acto jurídico nulo continúa siéndolo, el interesado perdió la acción para que sea declarada (CC Art. 1989º), aún cuando el Código permite la renuncia expresa o tácita de la prescripción ya ganada (Art. 1991º) y determina además que el juez no puede invocarla de oficio, lo que supone un pedido expreso de parte (CC artículo 1992º). En otros términos, teóricamente, aun cumplido el plazo de prescripción, a quien le interese alegar la nulidad de un acto jurídico podría hacerlo incluso judicialmente y de ser fundada, la demanda prosperaría si es que el demandado no le opone expresamente la excepción de prescripción.

¹⁴ Op. cit. p. 332.

Anulabilidad del acto jurídico

El Código Civil peruano diferencia entre el acto jurídico nulo y el anulable. El artículo 221^o considera que el acto jurídico es anulable por incapacidad relativa del agente; por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación; por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho del tercero; y, cuando la ley lo declare anulable.

Rubio, citando a Manuel Albaladejo manifiesta que «el negocio anulable (también llamado impugnabile) es plenamente eficaz, pero, por haberse celebrado con determinados defectos, está amenazado de destrucción, con la que se borrarían retroactivamente los efectos producidos. Se trata de un negocio provisionalmente válido (no hay validez actual) que, por tanto, modifica la situación jurídica preexistente...».¹⁵

Fernando Vidal Ramírez, manifiesta que «mientras que el acto anulable no sea anulado se le considera válido y produce todos sus efectos, que son los queridos por las partes, tanto para ellas como para los terceros. Por ello ..., es que su nulidad requiere necesariamente de una sentencia judicial que lo declare nulo desde su celebración, por lo que la sentencia, pese a su efecto retroactivo es de carácter constitutivo y no declarativo».¹⁶

En efecto, el artículo 222^o del Código Civil establece que «el acto jurídico anulable es nulo desde su celebración, por efecto de la sentencia que lo declare. Esta nulidad se pronunciará a petición de parte y no puede ser alegada por otras personas que aquellas en cuyo beneficio la establece la ley.»

En consecuencia, otra característica del acto jurídico anulable es que su nulidad, a diferencia del acto nulo manifiesto, no puede ser declarada de oficio sino a petición de parte. También, que salvo el derecho de terceros, puede ser confirmado por la parte a quien corresponda la acción de anulación, mediante instrumento que contenga la mención del acto que se quiere confirmar, la causal de anulabilidad y la manifestación expresa de confirmarlo. (CC Art. 230^o). Igualmente queda confirmado el acto anulable si la parte a quien correspondía la acción de anulación, conociendo la causal, lo hubiese ejecutado en forma total o parcial, o si existen hechos que inequívocamente pongan de manifiesto la intención de renunciar a la acción de anulabilidad. (CC Art. 231^o), lo que resulta en todos los casos mencionados imposible con el acto jurídico nulo.

¹⁵ *Op. cit.* p. 31.

¹⁶ *Op. cit.* p. 333.

II Acto jurídico administrativo

Conocidos los alcances del acto jurídico regulado por el Código Civil, sus causales de nulidad y anulabilidad y los alcances de estos dos últimos conceptos, nos toca analizar a continuación si el acto jurídico administrativo, tal como se encuentra regulado por el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 02-94-JUS de 28 de enero de 1994, tiene contenidos y efectos iguales o similares que los regulados por el Código Civil.

El TUO alcanza a todos los actos de la administración pública, entendiéndose por tal, a los ministerios, instituciones y organismos públicos descentralizados, gobiernos regionales, gobiernos locales, los organismos constitucionalmente autónomos y las *empresas* u otras entidades públicas y *privadas* que prestan servicios públicos, incluidas las *universidades* públicas y *privadas*. Adviértase lo irrazonable que resulta otorgar a los actos que realizan las universidades privadas y las empresas privadas que prestan servicios públicos, la categoría de actos administrativos.

El Decreto Legislativo N° 817 –Ley del Régimen Previsional a cargo del Estado–, amplía el ámbito a las empresas que pertenecen a la actividad empresarial del Estado, sin distinción de que presten o no servicios públicos, en el sentido de que todos los actos relacionados a los regímenes pensionarios a cargo del Estado que puedan dictar estas empresas constituyen «actos administrativos de Derecho Público» (Art. 3°).

El contenido del artículo 113° del TUO, ubicado dentro de las Disposiciones Finales, cuando realmente debió serlo dentro del Título II del TUO –Actuación Administrativa– Capítulo II –De los Actos Administrativos–, define a los actos administrativos como «... las decisiones de las autoridades u órganos de la Administración Pública que, en ejercicio de sus propias funciones, resuelven sobre intereses, obligaciones o derecho de las entidades administrativas, o de los particulares respecto de ellas.».

Para los autores Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya surge el acto administrativo cuando el acto jurídico es realizado por una entidad estatal o un funcionario público, definiendo el acto administrativo, como «toda manifestación de voluntad o decisión, general o especial, de una entidad estatal, de un funcionario o autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, que producen efectos de derecho respecto al Estado o a particulares en el ámbito de su autoridad y responsa-

bilidad, susceptibles de impugnación administrativa o judicial según el caso».¹⁷

Los autores mencionados concluyen que, para que el acto jurídico sea administrativo es necesario que lo realice la Administración Pública, a través de sus funcionarios investidos de autoridad.

En consecuencia, el elemento determinante que diferencia actos administrativos de actos jurídicos de derecho privado, es que el acto administrativo constituye el ejercicio de la potestad pública, lo que no sucede con el acto privado.¹⁸

El TUO no ha determinado expresamente cuáles son los requisitos de validez del acto administrativo. Sin embargo, el artículo 43^º del TUO, establece las causales de nulidad de los actos administrativos. De tal disposición puede inferirse, según razonamiento interpretativo a contrario, los requisitos de validez de los mismos que serían órgano competente, sujeción a la Constitución y las leyes, posibilidad jurídica; y, observancia de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley.

Sin duda, estos requisitos que consideramos implícitos en la ley son similares con los que doctrinariamente enumera y explica Humberto Núñez Borja¹⁹. Este autor abunda en detalles acerca del contenido de cada uno de los requisitos de validez de los actos administrativos²⁰ y que de manera sucinta son los siguientes:

a) *Autoridad competente*. El acto debe emanar de un administrador calificado para tal acto, no de cualquier funcionario. Por ello, todo funcionario público debe actuar dentro del área de acción que las leyes o reglamentos le hubiesen establecido. La competencia requiere texto claro e inequívoco de la normatividad vigente. La competencia entraña, por lo demás, el cumplimiento de una obligación ineludible.

b) *Formalidades legales o reglamentarias*. El acto administrativo debe observar ciertas formas que se constituyen en garantías para asegurar el buen funcionamiento de los servicios públicos, impidiendo las decisiones irreflexivas, precipitadas o no estudiadas. A diferencia del Derecho Privado, donde las formalidades son excepción, en Derecho Administrativo son la regla.

¹⁷ *Op. cit.* p. 295.

¹⁸ *Op. cit.* p. 296.

¹⁹ NÚÑEZ BORJA, Humberto, *Breve Tratado de Derecho Administrativo del Perú*, 3ra. Edición, Arequipa, Cooperativa Editorial Universitaria, 1971, p. 63.

²⁰ *Op. cit.* p. 63-69.

c) *Voluntad libremente manifestada o determinada*. Al igual que los actos privados, los administrativos implican una manifestación de voluntad, aunque calificado por la competencia. Como los actos administrativos no son automática materialización de la ley y requieren que el administrador actúe, se necesita que su voluntad no esté viciada. Ello supone existencia de capacidad (requisito genérico de los actos jurídicos), así como también inexistencia de violencia física o intimidación; pero del mismo modo exige que no haya error en el conocimiento de lo esencial para emitir la «voluntad administrativa».

d) *Objeto lícito y posible*. No debe contrariarse ni perturbarse mediante los actos administrativos el orden público ni los derechos ciudadanos. Tampoco pueden conculcarse las normas jurídicas ni transgredir los principios de la función administrativa.

e) *Finalidad enmarcada dentro de las leyes*. El fin que persiguen los actos administrativos es la utilidad general, que no puede contrariarse. Se trata, a diferencia del objeto, del fin trascendente de todo acto administrativo, que ha de obedecer ciertos principios de convivencia social.

El acto jurídico que obedezca todos estos requerimientos sencillamente subsistirá y tendrá efectos jurídicos.

Nulidad del Acto Administrativo

El artículo 43º del TUO establece que, «Son nulos de pleno derecho los actos administrativos dictados por órgano incompetente; contrarios a la Constitución y a las leyes y los que contengan un imposible jurídico; dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley.»

Una primera constatación que podemos efectuar es sobre la calificación que efectúa el artículo respecto de la calidad de la nulidad del acto administrativo: *nulos de pleno derecho*.

De acuerdo a lo tratado al analizar la naturaleza y efectos del acto jurídico civil, resultaría redundante tal adjetivación ya que la nulidad supone *per se* que lo es *ipso jure*, es decir de pleno derecho, por lo que, en principio, no requeriría que fuera declarada.

Sin embargo, el artículo 44º del TUO determina que «La nulidad será declarada por la autoridad superior que conozca de la apelación interpuesta por el interesado», lo cual supone una diferencia de tratamiento respecto al Código Civil, que permite lo sea de oficio por el juez siempre y cuando sea manifiesta. En cambio el TUO exige que la parte

interesada la ponga de manifiesto en el recurso de apelación para que tal nulidad pueda ser declarada por el superior jerárquico.

En efecto, el artículo 109º del TUO, por excepción, permite la declaración de oficio de la nulidad de las resoluciones administrativas, aun cuando hayan quedado consentidas, siempre que agraven el interés público. En otros términos, si teóricamente la nulidad del acto no agrava el interés público, aún cuando fuere manifiesta o textual, la autoridad administrativa no estaría en la posibilidad de declarar de oficio dicha nulidad, lo cual indudablemente constituye una deficiencia normativa.

Es más, en el supuesto que el administrado, por alguna razón, no interpone el recurso impugnativo dentro de los quince días hábiles (Arts. 98º, 99º y 100º concordantes con el Art. 49º del TUO), el ente administrador podría exigirle teóricamente el cumplimiento de un acto administrativo nulo, ya que al quedar consentida la resolución de primera instancia, se vería impedido de interponer la Acción Contencioso Administrativa prevista en el artículo 148º de la Constitución, que para su admisibilidad requiere que el acto o la resolución se hayan impugnado en la vía administrativa, agotando los recursos previstos en las leyes respectivas (CPC, Art. 541º, inc. 2), en este caso en el TUO.

En este supuesto el administrado aparentemente quedaría en situación de indefensión, ya que no le sería aplicable la prescripción de diez años prevista en el inciso 1 del artículo 2001º del Código Civil para demandar la nulidad del acto jurídico ya que habría perdido la vía judicial idónea para hacerlo.

Sin embargo, consideramos que la respuesta a este supuesto de injusticia, estaría dada porque no estamos frente a un caso de prescripción sino de caducidad, que conforme al artículo 2003º del Código Civil no sólo extingue la acción sino también el derecho.

En efecto, dentro de los requisitos de admisibilidad de la Acción Contencioso Administrativa, el Código Procesal Civil contempla entre otros que el acto administrativo haya sido impugnado agotando los recursos previstos en las leyes respectivas, y que dicha acción se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución final (Art. 541º, incs. 2 y 3). Este plazo, sin lugar a dudas, es de caducidad. También debe entenderse que consentir en la resolución sin interponer el recurso impugnativo correspondiente implica la aceptación de su vigencia y la imposibilidad posterior de hacer valer ningún otro recurso porque igualmente habría caducado su derecho a ello.

Este tratamiento tan disímil en el ámbito privado y administrativo tiene como sustento que, mientras que en el primero lo que se discuten son intereses privados, de ahí lo lato del período prescriptorio, en el se-

gundo se encuentra de por medio la seguridad jurídica de los actos de la Administración Pública. Estos no pueden estar sometidos a un largo periodo de incertidumbre.

Otra diferencia interesante entre el tratamiento que da el Código Civil a la nulidad del acto jurídico respecto del TUO es que, este último de manera expresa considera nulo el acto administrativo «contrarios a la Constitución y a las leyes» lo que doctrinariamente implica que estaríamos frente a un caso de nulidad virtual a la que se adhiere Marcial Rubio, y que tal como lo hemos expresado anteriormente el Código Civil sólo se limita a los casos en que el acto jurídico privado sean contrarios a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, que indudablemente constituye un ámbito más pequeño que el que otorga el TUO a este tipo de nulidad.

Nulidad de oficio

Tal como lo hemos manifestado anteriormente, la autoridad administrativa sólo puede declarar de oficio la nulidad de resoluciones administrativas, aún cuando hayan quedado consentidas, *siempre que agravien el interés público*. (TUO, Art. 109º).

En consecuencia, las nulidades contempladas en el artículo 43º del TUO, por más que sean calificadas redundantemente como de *pleno derecho*, subsistirán y su cumplimiento podría resultar exigible si el administrado no interpone recurso impugnativo a fin de que sea declarada.

Sólo en los casos en que el acto administrativo agrave el interés público, la autoridad administrativa jerárquicamente superior a la que expidió la resolución, podría anularla de oficio.

Pedro Patrón Faura y Pedro Patrón Bedoya, al tratar sobre este tema manifiestan que «Es claro que en todo interés público se encuentra un interés colectivo; pero el interés colectivo no es por si mismo público; para elevarlo a tal categoría es necesario su inclusión dentro de los *finés del Estado*. Es el mismo interés colectivo colocado por el Estado entre sus propios intereses, asumiéndolos bajo un régimen de derecho público.»²¹

Los mismos autores continúan diciendo «Recordemos que la finalidad de toda la Administración es el Interés Público. Esas necesidades que la iniciativa privada no puede satisfacer, son vitales para toda la co-

²¹ Op. cit. p. 103.

munidad y para cada uno de sus miembros. El Estado no puede tener mas que intereses públicos.»

El Diccionario de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, define *interés público* como «... La utilidad, conveniencia o bien de los más ante los menos, de la sociedad ante los particulares, del Estado sobre los súbditos ...»²²

Finalmente, Miguel Marienhoff, expresa que «La Administración, en el ejercicio de su actividad, no se desenvuelve con libertad absoluta, vale decir con prescindencia de todo ordenamiento jurídico; por el contrario debe desenvolverse con *sujeción* al ordenamiento jurídico. La actividad de la Administración está, entonces, *limitada*... . La Administración actúa, pues, *secundum legem* ...». Más adelante, continúa Marienhoff «Se ha dicho, además, que el principio de la legalidad también le impone a la Administración una especie de regla psicológica: la obligación de tener en cuenta, en su acción, el interés público: Es ésta la finalidad esencial de toda la actividad administrativa. El desconocimiento u olvido de este deber puede viciar el respectivo acto...»²³

Dentro de los fines del Estado, recurriendo a la Constitución, podemos encontrar por ejemplo que, el fin supremo de la sociedad y del Estado es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad (Art. 1º); la protección especial del niño, el adolescente, la madre y el anciano en situación de abandono (Art. 4º); el combate y sanción del tráfico ilícito de drogas (Art. 8º); el derecho de toda persona a la seguridad social (Art. 10º); la libertad de enseñanza (Art. 13º); el desarrollo científico y tecnológico del país (Art. 14º); que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas (Art. 16º); la erradicación del analfabetismo (Art. 17º); la atención prioritaria del trabajo en sus diversas modalidades y en especial la protección a la madre, al menor de edad, y al impedido que trabajan (Art. 23º); la defensa de la soberanía nacional, la plena vigencia de los derechos humanos, la protección de la población de las amenazas contra su seguridad, la promoción del bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación, la política de fronteras y la promoción de la integración particularmente latinoamericana (Art. 44º).

A diferencia del anterior Reglamento de Normas Generales de Proce-

²² *Op. cit.* p. 103.

²³ Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Tomo I, p. 69 y ss.

dimientos Administrativos, aprobado por Decreto Supremo N° 006-SC de 11 de noviembre de 1967 que no lo contemplaba, el artículo 110º del TUO establece que «La facultad de la Administración Pública para declarar la nulidad de las resoluciones administrativas prescribe a los seis (6) meses, contados a partir de la fecha en que hayan quedado consentidas», lo cual a su vez supone que cumplido dicho plazo la autoridad administrativa no puede ejercitar dicha facultad de oficio, correspondiendo declararla al Poder Judicial en una acción de nulidad que tendría que ser promovida por el ente administrador. Así lo ha ratificado el Tribunal Constitucional en el numeral 33 de los fundamentos y literal b) del fallo de 23 de abril de 1997, recaídos en la causa N° 008-96-I/TC (Acción de Inconstitucionalidad del Decreto Legislativo 817 –Régimen Previsional a cargo del Estado–).

Desde otra perspectiva si prescribió la facultad del ente administrador, éste deberá continuar aplicando el acto administrativo nulo en tanto dicha nulidad no sea declarada por el Poder Judicial. Un caso patente que se viene observando en los últimos tiempos es el vinculado con las pensiones de jubilación del Decreto Ley N° 20530 («cédula viva»), muchas de las cuales han sido otorgadas con infracción de la citada norma, por lo que son nulas y sin embargo, deben continuar siendo pagadas hasta que la autoridad jurisdiccional la declare, tal como lo han establecido diversas ejecutorias de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

Continuando con el supuesto de que el acto administrativo agravie al administrado, éste se encontraría entonces a merced de que la Administración Pública tome la decisión y ejercite la acción de nulidad en el caso de haber prescrito su facultad para hacerlo de oficio.

Ni siquiera el administrado tendría la posibilidad de obligar al ente administrador mediante una Acción de Cumplimiento para que éste promueva la acción judicial de nulidad por cuanto dicha acción de garantía procede contra cualquier autoridad «renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo» (Constitución, Art. 200º inc. 6), por cuanto la declaración de oficio de la nulidad de resoluciones administrativas constituye una facultad y no una obligación de la autoridad a tenor de lo previsto por el segundo párrafo del artículo 110º del TUO.

III Conclusiones

- a) Tanto los casos de nulidad previstos para el acto jurídico civil

como para el administrativo suponen, que de ocurrir, son absolutos, es decir nulos de pleno derecho o *ipso jure*, por lo cual resulta redundante en el TUO los califique como *nulos de pleno derecho*.

b) Tratándose del acto jurídico nulo regulado por el Código Civil, no sólo el agraviado puede alegar y en su caso demandar su nulidad. También lo puede hacer cualquiera que tenga interés o incluso el Ministerio Público. Asimismo, puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta, todo ello dentro del plazo prescriptorio de diez años que consagra el inciso primero del artículo 2001^º del mismo Código. En cambio tratándose de la nulidad del acto jurídico administrativo, pese a ser nulo *ipso jure* o de pleno derecho, sólo puede ser declarado por la autoridad administrativa si ha sido solicitada en el recurso impugnativo correspondiente.

Si el administrado consiente voluntaria o involuntariamente la resolución administrativa que configura un acto nulo, habrá perdido toda posibilidad de que pueda accionar para tal fin ya que la Acción Contencioso Administrativa sólo procede si se han agotado las instancias administrativas. Estamos frente a plazos de caducidad que importan la pérdida de derecho y no de prescripción que sólo afectan a la acción. Ello en aras de la seguridad jurídica de los actos administrativos.

c) El ente administrador está facultado, es decir no obligado, a declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos siempre que agraven el interés público, aun cuando la resolución hubiera quedado consentida y dentro del reducido plazo prescriptorio de seis meses. Transcurrido dicho plazo el ente administrador tendría que solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad. El administrado no tiene medio de obligar a la Administración para que ejercite dicha acción judicial. De otra parte, la Administración Pública queda obligada a respetar y en su caso a aplicar los actos nulos hasta que el poder jurisdiccional lo declare.

d) La evidente desigualdad en que se encuentra el administrado frente a la Administración Pública, respecto del tratamiento que otorga el Código Civil a la nulidad de los actos jurídicos privados, y aun cuando reconocemos la necesidad de la seguridad jurídica de la que deben gozar los actos de la Administración Pública, consideramos que se hace necesaria una revisión del TUO a fin de dotar al administrado de algún medio que le permita, cuando menos, poder obligar al ente administrador a hacer uso de su facultad de anulación de oficio o, en caso de haber transcurrido el plazo para ello, a promover la acción de nulidad ante el ente jurisdiccional.

De «la teoría de la justicia» al «liberalismo político»: John Rawls y el fracaso de la justicia procedimental

Eduardo HERNANDO NIETO

Introducción

La idea fundamental de este ensayo no es otra que la de señalar claramente los cambios esenciales habidos en la filosofía rawlsiana y que han resultado en el desarrollo de una nueva teoría que pese a no ser reconocida por el autor como un cambio relevante no deja de ser catalogada por sus críticos como un explícito reconocimiento por parte del profesor de Harvard del fracaso de su proyecto inicial.

Sin embargo, el centro de nuestra atención no solamente estará focalizada en esta transición, sino que trataremos de demostrar con nuestros propios argumentos los motivos por los cuales pensamos que este proyecto de *Justicia Procedimental* estaba condenado a fracasar desde un inicio y que su poco afortunado fin estaba previsto desde su misma gestación. Al hacer esto, tendremos que señalar igualmente –a despecho de quienes aún se sienten ligados a él– que el formalismo jurídico del cual abreva Rawls no ha contribuido en nada en el mejoramiento de la vida humana y que, al contrario, su continua invocación durante esta modernidad al parecer ya perimida (por lo menos desde el punto de vista de la teoría) sólo ha servido para desacreditar a las instituciones jurídicas y para acrecentar la desconfianza cierta y razonable hacia la administración de Justicia.

Nadie puede dudar que el trabajo inicial del profesor Rawls levantó una gran polvareda que agitó las hasta ese entonces aletargadas aguas de la filosofía del derecho y de la teoría política¹. Aun más, cuando aparece *La Teoría de la Justicia* el positivismo y la filosofía analítica –dentro del

¹ Ver «John, RAWLS» de Alan RYAN en : *The Return of the Great Theory in the*

terreno jurídico— y el conductismo —en el campo de la ciencia política— eran definitivamente las «ciencias» hegemónicas aunque ciertamente era una verdad de perogrullo el afirmar que ambas habían contribuido de gran manera a la marginación del debate sustantivo perdido en los pliegues de la rigurosidad matemática del formalismo y de la lógica jurídica y en la abstracción de propuestas que nos conducían por laberintos sin salida.

En un intento por acabar con esta situación *La Teoría de la Justicia* se alzaba como una propuesta teórica que resucitaba nuevamente un concepto ya olvidado por el derecho y la política, a saber, *LA JUSTICIA* y de este modo recuperaba de manera honesta la preocupación por los aspectos axiológicos o valorativos presentes desde siempre en la filosofía del derecho y en la filosofía política.

Sin embargo (y esto lo observaremos a lo largo de este ensayo), su aproximación sustantiva terminaría por caer irremediabilmente dentro del formalismo que él mismo intentaba criticar y superar. Esto se debió en última medida al hecho de que las fuentes que utilizaba Rawls para su propósito fueron exactamente las mismas que usaron quienes ocasionaron toda esta crisis que mencionamos, es decir, que su proyecto aspiraba a combatir al fuego con el fuego, o lo que es lo mismo al formalismo con un nuevo formalismo aunque revestido esta vez de algunos ropajes sustantivos que contribuirán finalmente a demostrar con mayor razón las incoherencias y contradicciones del planteamiento Rawlsiano.

El proyecto rawlsiano : la justicia como equidad

Como mencionaba atinadamente un filósofo político canadiense bastante de moda en los últimos años, el proyecto de Rawls podía resumirse en una frase muy corta, a saber : la búsqueda de la igualdad liberal.²

Así pues, y como lo expresaba directamente al inicio de *La Teoría de la Justicia*³, Rawls esbozaba una teoría que debía estar fundamentada en base al concepto de justicia «como primera virtud de las instituciones

Human Science, editado por Quentin SKINNER, (Cambridge : Cambridge University Press, 1985), pp.101-119.

² Nos referimos a Will KYMLICKA, en *Contemporary Political Philosophy, An Introduction*, (Oxford : Clarendon Press, 1990), pp.50-76. También se puede ver del mismo autor, *Liberalism, Community and Culture*, (Oxford : Oxford University Press, 1989)

³ *A Theory of Justice*, (Oxford : Oxford University Press, 1971)

sociales»⁴ y que de acuerdo a la tradición anglosajona tenía que estar a su vez sustentada exclusivamente en derechos, teniendo en consideración además la importancia de la Corte Suprema dentro de la política norteamericana y la posibilidad de apelar a derechos que se encuentran en su Constitución.⁵

En este sentido, es evidente que se trataba de una teoría moralmente individualista:

«Supongamos, para fijar las ideas, que una sociedad es una asociación más o menos autosuficiente de personas que en sus relaciones reconocen ciertas reglas de conducta que reconocen como obligatorias y que en su mayoría actúan de acuerdo con ellas. Supongamos además que estas reglas especifican un sistema de cooperación planeado para promover el bien de aquellos que toman parte en él.»⁶

Sin embargo, esta visión individualista tendría dos vertientes, una primera acentuaría el aspecto metafísico señalando a los hombres como agentes de su destino y los operadores de la vida social no estando sometidos a ninguna fuerza externa que los dirija. Toda dependencia de un hombre hacia otro sería meramente contingente. La segunda vertiente, esto es, el individualismo moral señalaría que son solamente los hombres quienes diseñan las instituciones socio-políticas y que solo debemos de tomar en cuenta su interés particular para tomar tales acuerdos. Ahora bien, si bien nadie puede dudar de que las instituciones sociales y políticas van a ser construídas en favor del individuo y no para ninguna comunidad específica o para una cultura en particular (siendo así una propuesta moral individualista), la teoría rawlsiana podría descartar de su

Edición en español : *La Teoría de la Justicia* (México : Fondo de Cultura Económica, 1995, segunda edición)

«Cada persona posee una inviolabilidad fundada en la justicia que ni siquiera el bienestar de la sociedad en conjunto puede atropellar. Es por esta razón por la que la justicia niega que la pérdida de libertad para algunos se vuelva justa por el hecho de que un mayor bien es compartido por otros. No permite que los sacrificios impuestos a unos sean compensados por la mayor cantidad de ventajas disfrutados por muchos. Por tanto, en una sociedad justa, las libertades de la igualdad de ciudadanía se dan por establecidas definitivamente ; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales.» pp.17-18.

⁴ *Ibid.*

⁵ RYAN, Alan, *Op. cit.* p.104.

⁶ RAWLS, John, *Op. cit.*, p.18.

interior la visión metafísica si es que lograrse demostrar que las relaciones que desea mantener no serían contingentes sino más bien duraderas.⁷

La sociedad para Rawls implicaba la comunión entre intereses particulares pues ésta hacía que se puedan satisfacer deseos que de otro modo no serían posible de lograr; empero, existirían al mismo tiempo conflictos de intereses pues usualmente las personas tienen diferencias en torno al modo como se deben de distribuir los beneficios que se logran dentro de la sociedad, es en este sentido que Rawls señalaba la urgencia por contar con «un conjunto de principios para escoger entre las diferentes disposiciones sociales que determinan esta división de ventajas y para suscribir un convenio sobre las participaciones distributivas correctas. Estos principios son los principios de la justicia social: proporcionan un modo para asignar los derechos y deberes en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y las cargas de la cooperación social».⁸

El fin entonces de su trabajo era hallar lo que él denominaba una *Well ordered society* (una sociedad bien ordenada) que no solamente se circunscribiría a procurar el bien de sus miembros sino que debía de estar regulada por una concepción pública de la justicia que contuviese las siguientes características: a) que todos acepten los mismos principios de justicia, b) que las instituciones sociales satisfagan estos principios.⁹ Así pues, «puede pensarse que una concepción pública de la justicia constituye el rasgo fundamental de una asociación humana bien ordenada.»¹⁰

Evidentemente, una sociedad bien ordenada no era algo que pudiéramos hallar a la vuelta de la esquina como el mismo Rawls lo admitía. De hecho, las desavenencias en torno a lo que deben de ser las concepciones de justicia varían de una persona a otra, empero lo que si es algo real es el hecho de que todos nosotros tenemos una noción de lo que significa lo justo, o sea de reconocer la necesidad de contar con un nú-

⁷ KUKATHAS, Chandran & RAWLS, Philip Pettit, *A theory of Justice and its Critics* (Cambridge: Polity Press, 1990), pp.10-11.

De hecho, van a ser los autores comunitaristas quienes señalarán a *La teoría de la Justicia*, como una teoría que se basa también en el individualismo metafísico.

⁸ RAWLS, John, *Op. cit.*

⁹ *Ibid.*

Por cierto, que el tema de la *sociedad bien ordenada* tiene un mayor desarrollo en la tercera parte de *La Teoría de la Justicia*, Capítulo VIII, *El sentido de la Justicia*, pp. 410-417.

¹⁰ *Ibid.*, p. 19

mero de principios que asignen derechos y deberes básicos y de establecer las cargas y exoneraciones de la cooperación social.¹¹

En síntesis, Rawls proponía que el objeto primario de la Justicia era la estructura básica de la sociedad, esto es, la manera como las instituciones sociales distribuían los derechos y los deberes fundamentales y establecían la división de las ventajas que producía el trabajo cooperativo dentro de la sociedad.¹²

Ahora bien, por instituciones sociales el profesor de Harvard entendía «la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales. Así, la protección jurídica de la libertad de pensamiento y de conciencia, la competencia mercantil, la propiedad privada de los medios de producción y la familia monógama son ejemplos de las grandes instituciones sociales. Tomadas en conjunto, como esquema, las grandes instituciones definen los derechos y los deberes e influyen sobre sus perspectivas de vida, sobre lo que puede esperar hacer y sobre lo que haga».¹³

Siguiendo esta perspectiva de análisis Rawls intentaba fundar una teoría que recurriese a la generalización y a la abstracción de las recordadas teorías contractualistas de los siglos XVII y XVIII (verbigracia, Locke, Rousseau y Kant), pero pensándose ya no como un contrato que buscase conformar una sociedad o una determinada forma de gobierno, sino que se concretase a la selección de los principios de justicia para conformar la estructura básica de la sociedad.¹⁴

Así pues se pretendía escoger los principios «que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación. Estos principios han de regular todos los acuerdos posteriores; especifican los tipos de cooperación social que se puedan llevar a cabo y las formas de gobierno que pueden establecerse. A este modo de considerar lo llamaré justicia como imparcialidad»¹⁵

Pero antes de entrar de lleno en la propuesta rawlsiana y su neo-contractualismo vale la pena echar una ligera ojeada a dos de las «teorías de justicia» que hasta antes de la publicación de su libro eran hegemónicas y cuyas limitaciones de alguna manera le sirvieron de pretexto para intentar superarlas vía el desarrollo de su propia propuesta.¹⁶

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, p.20.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*, p.24.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ A este respecto dice RAWLS : «mi propósito es elaborar una teoría de la justicia

Este paréntesis nos facilitará entonces la comprensión del contexto y el sentido que tomará *La teoría de la Justicia* para poder entrar más adelante al estudio más profundo de su obra.

Ciertamente, el objetivo de Rawls no era otro que el de «combatir y superar la debilidad teórica de la filosofía moral predominante en el mundo anglosajón, el utilitarismo, sin por ello caer en los brazos del intuicionismo, al parecer la única alternativa teórica a la propuesta anterior»¹⁷, y como se señalaba también este proyecto tenía que concluir en una teoría deontológica que otorgase la prioridad al deber (*right*) sobre el bien (*good*) siendo el resultado de esto una teoría que nos recordase fundamentalmente al constructivismo kantiano antes que a cualquier otro tipo de aproximación filosófica.¹⁸

Como acabamos de mencionar, las dos grandes propuestas morales desde fines del siglo XIX y buena parte del XX la constituían las corrientes utilitaristas e intuicionistas.

En el caso del utilitarismo clásico se dice que era la concepción de justicia más racional, pues de lo que se trataba era de incrementar nuestros beneficios y limitar nuestros perjuicios en base a una reflexión que apuntaba ciertamente a la realización de la felicidad individual que era de alguna manera el brasero que servía para identificar el concepto beneficio. Teniendo en cuenta la influencia de las ciencias modernas y la utilización de las matemáticas, el utilitarismo marchaba conjuntamente dentro de una visión cuantitativa de la realidad de allí entonces su énfasis en el concepto del incremento de la felicidad. Ahora bien, así como un sujeto era capaz de equilibrar ganancias presentes y futuras, esto es, organizar su bienestar, esto mismo, —decían los utilitaristas— era capaz de realizar una sociedad. La sociedad podía equilibrar entonces los beneficios y los perjuicios entre personas diferentes.

Desde este punto de vista se iba a entender que la justicia social era

que represente una alternativa al pensamiento utilitario en general y, por tanto, a todas sus diferentes versiones. Creo que, en esencia, el contraste entre el punto de vista contractual y el utilitario sigue siendo el mismo en todos estos casos. En consecuencia, compararé la justicia como imparcialidad con variantes familiares del intuicionismo, perfeccionismo y utilitarismo, con objeto de mostrar, del modo más simple, las diferencias subyacentes.» *Ibid.*, p.34.

¹⁷ CAMPS, Victoria, Introducción al trabajo de John RAWLS *Sobre las Libertades*, (Barcelona : Paidós, 1990), p. 10.

¹⁸ *Ibid.*

Ver también de SANTIAGO NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, (Buenos Aires : Astrea, 1989), Cap. III y de John RAWLS, «*Kantian Constructivism in Moral Theory*», en *The Journal of Philosophy*, setiembre 1980, vol LXXVII, No. 9

la maximización del bienestar de un grupo determinado de personas y esto por cierto era algo que no podía levantar ninguna crítica razonable.

Empero, el utilitarismo distaba mucho de ser la panacea que pretendía, y las primeras voces críticas provenían desde distintas vertientes, sea desde una posición moral pagana o cristiana en donde el actuar de tal o cual manera para satisfacer exclusivamente un interés individual era algo inaceptable pues quedaban descartados de hecho los conceptos de *ethos* y de *caritas*¹⁹, sea desde una posición más racional y liberal –y será desde aquí de donde se desencadenará la crítica rawlsiana– esto básicamente cuando continuando con el análisis del utilitarismo encontrábamos que éste era a su vez una teoría teleológica en donde «el bien era definido independientemente de lo justo»²⁰ (entendiendo por cierto lo justo –*right*– como lo justo formal) siendo lo justo aquello que maximizaba el bien. Comenzando entonces de la definición de un único bien o fin como el de la felicidad tendríamos que podríamos jerarquizar los placeres sin tener que recurrir al concepto de lo justo y esto traería como problemas por ejemplo el imponer al resto de personas ideas particulares sobre el bien, en otras palabras, podíamos caer en el peligroso juego de socavar el principio moderno de igualdad que subyacía dentro de la ideología moderna y que era justamente su propio sustento.²¹

¹⁹ Pensamos por ejemplo en las conductas de los paganos quienes actuaban inspirados siempre por el deseo de inmortalidad que se veía reflejado en actividades tan específicas como los juegos olímpicos, o en los comportamientos de los cristianos quienes anhelando reencontrarse con Dios practicaban la caridad y el altruismo como norma de vida.

²⁰ RAWLS, John, *Ibid.*, p.36.
 Más adelante Rawls afirmará que «las estructuras de las doctrinas teleológicas es radicalmente equívoca : ya desde un principio relacionan erróneamente lo justo y lo bueno. No intentaremos dar forma a nuestra vida atendiendo primero al bien, independientemente definido. No es nuestro propósito el de revelar principalmente nuestra naturaleza, sino más bien los principios que admitiríamos que gobernasen las condiciones básicas en que han de formarse estos propósitos y la manera en que deben de perseguirse. Porque el yo es anterior a los fines que por él se afirman ; incluso un fin dominante tiene que ser elegido entre muchas posibilidades. No hay modo de sobrepasar la racionalidad deliberativa. Invertiríamos, pues, la relación entre lo justo y lo bueno propuesta por las doctrinas teleológicas y consideraríamos lo justo como prioritario. La teoría moral se desarrolla, entonces, actuando en sentido contrario.»

Ibid., p. 506.

Vale la pena añadir que otra corriente teleológica que no es mencionada directamente pero que marco el rumbo de la política y el derecho cristiano fue el tomismo y la doctrina del derecho natural.

²¹ Sin embargo, vale la pena señalar que el utilitarismo fue la corriente que hizo

La teleología implicaba contar con un fundamento axiológico que era el que articulaba el resto de conceptos y este fundamento tenía que ser aceptado por todos. Sin embargo, las filosofías políticas y la filosofías del derecho modernas partían del hecho de negar cualquier verdad pues si asumíamos algún concepto desde esta perspectiva caíamos en el peligro de ultrajar la libertad e independencia de quienes no compartieran con nosotros dicha verdad. Quedaba entonces muy claro que por más que la felicidad pudiese ser algo que nadie aparentemente podría rechazar, el modo de entenderla podía ser muy variado. ¿Acaso no existían personas que pudieran sentirse felices a través del dolor? Esto en psicología posee por cierto un nombre: masoquismo.

Pero, donde el utilitarismo comenzaba a padecer de problemas más concretos era el caso de que al maximizarse el concepto de felicidad podía producir la desdicha de otros, o inclusive la desdicha de todos o su felicidad efímera.

Si tuviéramos 100 soles para repartirlo entre un grupo de ancianos y quisiéramos usar el principio utilitarista, podríamos llegar a la conclusión que deberíamos de repartir 100 bolsitas de té entre 100 ancianos. Evidentemente cada bolsita duraría apenas una semana cuando mucho, ¿no sería mejor comprar 10 frazadas para beneficiar a 10 ancianos, considerando que este bien no se consumiría fácilmente y podría inclusive ser usado por distintas personas? o yéndonos a ejemplos extremos pero no por ello menos reales ¿acaso el famoso circo romano con los esclavos esperando a los leones, no satisfacía el ideal utilitario de la gran masa que disfrutaba de tal espectáculo?. Definitivamente sí, este era el gran padecimiento de esta filosofía moral, aun más el utilitarismo en buena cuenta escamoteaba las disquisiciones sustantivas por la simplicidad y el formalismo de su principio fundamental²² y por ende violaba sistemáticamente el principio de la autonomía y la libertad individual.

Es en este sentido que aparecía entonces el intuicionismo como una alternativa moral que si bien era cercana al utilitarismo tenía otras variables. «El intuicionismo dice que existen muchos principios que guían

desarrollar al Derecho penal al colocar las sanciones penales como un remedio que tendería a disminuir el crimen, esto es, que si bien es cierto un delincuente podría beneficiarse de su acción la pena que le esperase sopesada con el beneficio que podría obtener le haría inclinar la balanza –esto pensando de modo racional– por evitar el crimen.

Ver de D.D RAPHAEL, *Moral Philosophy*, (Oxford : Oxford University Press, 1985), p.41.

²² El Utilitarismo es la doctrina que apunta a la maximización de la felicidad por el mayor número de personas.

una correcta conducta humana, cada uno de estos principios sirve como standard o criterio de una clase adecuada de actos correctos o deberes. Dichos principios –éste mantiene–, son evidentes *per-se*, y se los reconoce como verdaderos por proceder de una intuición racional»²³.

Así pues, se podía tener una lista de principios que deberían de ser evidentes y entre estos principios que seleccionaba el intuicionismo podíamos encontrar :

- a) el promover la felicidad de otras personas
- b) el evitar dañar a los demás
- c) el tratar justamente a las personas que podría ser de acuerdo a su mérito, a su igualdad o a su necesidad
- d) decir la verdad
- e) mantener nuestras promesas
- f) mostrando gratitud
- g) promoviendo nuestra propia felicidad (prudencia)
- h) manteniendo y promoviendo nuestras virtudes».²⁴

Vemos a primera vista que el primer principio intuicionista coincidía con el principio fundante del utilitarismo y, por ende, este principio caería bajo las mismas críticas que le cabiesen al utilitarismo quedando descartado de plano. Sin embargo, no era necesario analizar rigurosamente cada uno de los principios para saber que el intuicionismo tenía tantos problemas como el utilitarismo. En primer lugar, los famosos principios evidentes para cualquier mortal en la práctica no parecían ser tales pues lo que si era muy evidente era el hecho de que todos los principios destacaban por su poca claridad lo que justificaba la aparición de distintas corrientes intuicionistas que defendían un principio en favor del otro. En segundo lugar, y esto era quizás lo más grave, la existencia de tal pluralidad de principios no podía terminar en otra cosa que no fuera un conflicto entre ellos. Por ejemplo como atinadamente señalaba el profesor Raphael, «uno podía encontrar una situación en la cual uno podía cumplir con una promesa solamente a expensas de sacrificar alguna felicidad (sea la tuya o la de los demás), o puedes encontrar que das una respuesta honesta a expensas de quebrar una promesa de confidencia».²⁵ ¿Cómo se podría arbitrar entre principios tan opuestos? El gran problema era que no había manera de arbitrar tal conflicto y esto hacía

²³ RAPHAEL, D.D., *Ibid.*, p.43.

²⁴ *Ibid.*, p.44.

²⁵ *Ibid.*, p.45.

inviabile al intuicionismo como una filosofía moral valedera y capaz de satisfacer los intereses individuales.

Una vez comprobadas las limitaciones de ambas y compartiendo ciertamente las objeciones que señalan tanto Rawls como Raphael conviene acercarnos ahora hacia los postulados centrales de la teoría de la justicia a fin de que analicemos el modo como el profesor de Harvard intentó construir una teoría que superase con creces las limitaciones de las corrientes utilitaria e intuicionista (la teleología)²⁶ y permitiese así contar con una teoría de la justicia que sin dejar de ser neutral pudiese establecer ciertos parámetros de sustantividad. (éase equidad)

Rawls a través de un razonamiento fino pero al mismo tiempo bastante abstracto utilizará como primer recurso la teoría contractualista que le permitirá plantear una tesis de lo *deseable*²⁷ en cuanto a lo que sería lo más adecuado pactar en una situación hipotética que a semejanza del estado de naturaleza iusnaturalista plantearía a los seres humanos racionales y libres²⁸ en una condición de igualdad. Este punto de partida va a ser llamado por el profesor Rawls como *la posición original*:

«En la justicia como imparcialidad, la posición original de igualdad corresponde al estado de naturaleza en la teoría tradicional del contrato social. Por supuesto que la posición original no está pensada como un estado de cosas históricamente real, y mucho menos como una situación primitiva de la cultura. Se considera como una situación puramente hipotética caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia. Entre los

²⁶ En realidad como señala MICHAEL SANDEL «en la visión de Rawls, la teleología confunde la relación de lo justo con lo bueno porque malinterpreta la relación del Yo y sus fines. Esto conduce a Rawls a expresar otra prioridad deontológica. Al contrario de la Teleología, él señala que lo que es más importante para nosotros no son los fines que escogemos sino la capacidad que tengamos de elegirlos. Y esta capacidad está localizada en el yo consciente que debe de ser anterior a los fines que escoja.»

Michael SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice* (Cambridge : Cambridge University Press, 1982) , p.19.

²⁷ De hecho, los defensores de la teoría de la Justicia han hecho hincapié en dos características fundamentales para apoyar esta propuesta. Se dice así, que la teoría de Rawls es una tesis que apunta tanto a lo deseable como a lo posible, esto es, que intenta ser normativa y descriptiva al mismo tiempo. Por lo tanto, no escamotearía lo ideal –lo deseable– como tampoco caería en la ilusión de las utopías políticas (de allí el talante láctico).

Chandran KUKATHAS & Philip Pettit., *Op. cit.*, pp. 6-11.

²⁸ RAWLS, John, *Ibid.*, pp. 24-25.

rasgos esenciales de esta situación, está el que nadie sabe cuál es su lugar en la sociedad, su posición, clase o status social ; nadie sabe tampoco cuál es su suerte en la distribución de ventajas y capacidades naturales, su inteligencia, su fortaleza, etc. Supondré, incluso, que los propios miembros del grupo no conocen sus concepciones acerca del bien, ni sus tendencias psicológicas especiales. Los principios de la justicia se escogen tras un *velo de ignorancia*. Esto asegura que los resultados del azar natural o de las contingencias de las circunstancias sociales no darán a nadie ventajas ni desventajas al escoger los principios. Dados que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de la justicia serán el resultado de un acuerdo o un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de las relaciones entre las partes, esta situación inicial es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia. Podría decirse que la posición original es el *statu quo* inicial apropiado y que, en consecuencia los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos.»²⁹

El velo de ignorancia como dice el mismo Rawls apuntará a utilizar la noción de justicia puramente procesal como sustento de su teoría.³⁰ Esto tiende a eliminar los efectos de las diferencias y las contingencias de la vida³¹, se podría decir entonces que la idea general es que las distribuciones de los bienes sociales serían justos si fueran un resultado de la aplicación de principios que fueran neutrales según los diferentes ideales, propósitos y planes de vida ; y ellos serían neutrales si (y porque) ellos fueran escogidos por individuos en una posición adecuada de inocencia acerca de nuestros deseos, capacidades, y posición social.

«La posición originaria sería la idea mediadora entre una determinada forma de concebirnos a nosotros mismos y ciertos princi-

²⁹ *Ibid.*, p.25.

³⁰ *Ibid.*, p.135.

³¹ Como afirma el mismo Rawls este artificio del velo de ignorancia es un «recurso» que esta implícito en los trabajos de Kant particularmente en la estructuración de su imperativo categórico pues esta ley universal no tiene en cuenta el lugar que ocupamos en la sociedad.

Ibid.

pios de justicia: detrás de esta idea están las ideas kantianas de autonomía y razón práctica»³².

Para explicarlo de manera más sencilla Rawls se plantea el modo de resolver dos inquietudes, la primera versa sobre las cuestiones básicas de la sociedad y la segunda sobre las reglas que proporcionarían los fundamentos de una sociedad justa, para hallar estas respuestas deberíamos hacer lo siguiente: debemos suponer la existencia de un congreso de hombres y mujeres que todavía no pertenecen a ninguna sociedad determinada y que se han juntado en una suerte de asamblea constitucional que establecerá las reglas esenciales de la comunidad que van a formar. Dichas personas no son ciertamente marcianos sino que tienen cualidades específicas, deseos concretos y son identificables, sin embargo atraviesan por una suerte de olvido o amnesia (velo de ignorancia) que no les permite recordar quienes son, no saben si son pobres o ricos, feos o atractivos, blancos u orientales, talentosos o brutos y lo más importante desconocen sus propias creencias en torno a lo que puede ser valioso en la vida. Ciertamente todos poseen ideas en relación a lo que sería su vida, sus preferencias morales etc., pero el problema es que nadie sabe cuales serían realmente sus verdaderas opiniones sobre estos temas vitales. Pero a pesar de esta situación ellos deben de estar en capacidad de ponerse de acuerdo sobre lo que debería ser su constitución política. Ahora bien como seres racionales Rawls indica que tendrían que llegar a acuerdos de justicia.³³ Dichos acuerdos configurarían los dos principios de justicia de la teoría rawlsiana :

1. «Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al más extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos.

2. Segundo: Las desigualdades económicas y sociales han de estructurarse de manera que sean para:

³² BELTRÁN PEDREIRA, Elena, «*El Neoliberalismo : La Filosofía política de John Rawls*», en Fernando VELLESPÍN editor, *Historia de la Teoría Política*, Vol. 6 (Madrid: Alianza, 1995), p. 113.

³³ Esta explicación con términos muy elementales la hemos extraído en gran parte de la entrevista «Filosofía y Política» que concedió el Profesor de Jurisprudencia de la Universidad de Oxford, Ronald Dworkin al periodista británico Bryan Magee. Bryan Magee, *Los Hombres detrás de las Ideas, algunos creadores de la filosofía contemporánea* (México : Fondo de Cultura Económica, 1993, segunda reimpresión), pp.254-276.

- a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo, y
- b) unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades»³⁴.

Sin embargo, estos dos principios poseen como dice Rawls un orden lexicográfico, es decir que el primer principio (el de la libertad) debe tener prioridad sobre el segundo (el de la justicia). Esta ordenación significa que cualquier violación a las libertades básicas iguales protegidas por el primer principio no pueden ser justificadas por mayores ventajas sociales y económicas. Una libertad solo puede ser limitada por otra.³⁵ Asimismo Rawls señala que las libertades básicas del primer principio estarían comprendidas por la libertad política (el derecho a votar y ser elegibles para ocupar puestos públicos) y la libertad de expresión y la libertad de reunión; la libertad de conciencia y de pensamiento; la libertad de la persona que incluye la libertad frente a la opresión psicológica, la agresión física y el desmembramiento (integridad de la persona); el derecho a la propiedad personal y la libertad respecto al arresto y detención arbitrarios, tal y como está definido por el concepto de estado de derecho. Estas libertades habrán de ser iguales conforme al primer principio.³⁶

El orden lexicográfico por cierto, también se utiliza en el segundo principio aunque de manera inversa, esto es, que la igualdad de oportunidades b) se antepone al denominado principio de la diferencia a). Este segundo principio establece además la prioridad de la justicia sobre la eficiencia y el bienestar es decir que se impone al «principio de la eficiencia», y la idea de maximizar la suma de ventajas en la sociedad.³⁷

Ahora bien, por más tentadores que apareciesen ambos principios, las críticas no se harían esperar y así por ejemplo el primer principio de las libertades básicas enfrentó desde un inicio grandes críticas, como las del profesor H.L.A Hart, en la medida en que no se explicaba con claridad

³⁴ RAWLS, John, TJ, *Ibid.*, p.280.

³⁵ Lo cual significa que las libertades no son absolutas sino que se autolimitan. De hecho el mismo Rawls menciona que «dado que las diferentes libertades básicas están abocadas a entrar en conflicto, las reglas institucionales que definen estas libertades deben de ajustarse de forma que encajen en un esquema de libertades coherente. « John Rawls, *Sobre las Libertades*, *Ibid.*, p.37.

Ahora bien, el hecho de que esto se realice de manera armónica, esto es otra historia, al respecto se puede ver de Eduardo HERNANDO NIETO, «¿Existen los Derechos Naturales?», en: *DERECHO-PUC*, No. 49, Dic.95.

³⁶ *Ibid.*, p.68.

³⁷ KUKATHAS & PETIT, *Ibid.*, p.44.

en la TJ las razones por las cuales las personas en la posición original tendrían que elegir estas libertades básicas; y porque su prioridad ni tampoco Rawls expresaba el modo como podrían especificarse y adaptarse las libertades en las etapas constitucional, legislativa y judicial una vez que se desvele el velo.³⁸ En este sentido, Rawls aclarará que no estaba haciendo alusión a la libertad en abstracto y para corroborar lo dicho, cambiará algunos de los términos que utiliza en su primer principio, y así ya no hablará más del «más amplio sistema total de libertades...»³⁹ sino de «un régimen plenamente suficiente de libertades...»⁴⁰ que van a ser tipificadas con más detalle en el ensayo citado y que de alguna manera responden ya no a una visión metafísica y trascendente como la perspectiva kantiana de la *teoría de la Justicia* sino a una visión más bien contextualizada y que respondía sin hesitar a la realidad democrática de Norteamérica.⁴¹

Pero antes de entrar con mayor detalle a las críticas sustantivas a la propuesta del profesor de Harvard, debemos llamar la atención en relación al segundo principio para decir que éste no es menos problemático que el primero. Brian Barry; en un conocido libro sobre Rawls⁴², mencionaba por ejemplo que el término de «las desigualdades económicas y sociales» nos dejaba en un vacío y ambigüedad enorme pues los seres humanos podían establecer múltiples maneras de exigencia sobre los recursos materiales⁴³, Rawls hablaba de que las desigualdades son justificadas cuando favorecen a los menos aventajados de la sociedad, pero ¿en qué caso son justificadas las desigualdades?, ¿cuándo los más capaces toman los puestos dirigentes y así por ejemplo podrían realizar políticas sociales y económicas en beneficio de todos?, pero ¿cómo podríamos medir el beneficio que obtendrían los menos favorecidos por estas distinciones de status?

³⁸ HART, H.L.A., «*Rawls on Liberty and its Priority*» en Norman Daniels, *Reading Rawls*, (Nueva York : Basic Books, 1975) pp. 249-252.

Justamente en el ensayo de Rawls Sobre las Libertades, se dedicará a responder a los argumentos levantados por Hart.

³⁹ En realidad lo que está diciendo Rawls ahora es que la libertad no es un bien cuantificable que puede incrementarse o disminuirse sino que es un bien sustantivo que puede sin embargo concretarse en alguna manera. (Ejemplo a través de la numeración de la libertades básicas)

⁴⁰ RAWLS, John, *Sobre las Libertades...Ibid.*, pp. 34-35.

⁴¹ BELTRÁN, Elena, *Ibid.*, p. 104.

⁴² BARRY, Brian, *La Teoría Liberal de la Justicia*, (México : Fondo de Cultura Económica, 1993)

Podríamos entonces resumir ambos principios de acuerdo a lo que el mismo Rawls afirma :

«Todos los bienes sociales primarios –libertad, igualdad de oportunidades, renta , riqueza y las bases del respeto mutuo– han de ser distribuídas de un modo igual, a menos que una distribución desigual de uno o de todos estos bienes redunde en beneficio de los menos aventajados».⁴⁴

Se entiende pues, que estos principios son principios liberales que intentan garantizar la justa igualdad de oportunidades, limitando de alguna forma la acumulación excesiva de propiedades y de riqueza manteniendo además el acceso a la educación para todos.⁴⁵

Pero después de conocer la naturaleza de estos principios ¿por qué tendrían que ser escogidos? Rawls encontrará que estos principios; comparativamente hablando, son superiores a las propuestas utilitarias, perfeccionistas, egoístas, etc.⁴⁶ Igualmente presentan ciertas ventajas palpables porque son principios que estarían inmersos en una estrategia que se colocaría en la opción menos privilegiada detrás del velo de ignorancia. Esto significa que el sujeto rawlsiano se pone en el supuesto de que la elección que tendría que efectuar sería llevada a cabo no por él mismo sino por nuestro peor enemigo y en esas circunstancias lo que busca la TJ es elevar los mínimos a lo máximo, en otras palabras deberíamos poder elegir lo máximo de lo mínimo (criterio llamado *MAXIMIN*) y es precisamente esta elección la que efectuaría un hombre racional y libre porque de tocarnos el peor lugar en la jerarquía social por lo menos tendríamos asegurada las más importantes libertades.

La primera crítica que salta a la vista parece bastante obvia: ¿por qué tendríamos que ser tan timoratos y escoger según él el criterio maximin?, ¿acaso no podríamos ser los mejores dotados para elegir principios más beneficiosos y obviar por ejemplo el principio de la diferencia?, ¿no serían los principios de justicia unos obstáculos para nuestro propio desarrollo?, pues bien más o menos algunas de estas ideas están en el argumento que baraja otro famoso profesor de Harvard, llamado Robert Nozick⁴⁷ que propugnaba una crítica desde la llamada Nueva

⁴³ *Ibid.*, p.50.

⁴⁴ RAWLS, John, TJ, *Ibid.*, p.281.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 78-79.

⁴⁶ KUKATHAS & PETIT, *Ibid.*, p.44.

⁴⁷ NOZICK, Robert, *Anarchy, State and Utopia*, (New York : Basic Books, 1974),

Derecha o libertarianismo. Una teoría como la elaborada por Rawls (particularmente el principio de la diferencia) significaría una continua intervención del Estado en la vida de las personas⁴⁸ y esto sería sencillamente inaceptable y violatoria al derecho de propiedad que tenemos nosotros sobre nuestra propia persona, asimismo Nozick encuentra muy débil el planteamiento de la distribución de bienes que se produciría tras la posición original y la elección de los principios pues las cosas son siempre poseídas de antemano, las cosas vienen al mundo ya ligadas a las personas y poseídas por ellas. Desde el punto de vista de las concepciones históricas de la adquisición de propiedad las cosas no podrían caer como maná del cielo; esto aparentemente sería lo que acontecería con la TJ⁴⁹.

En realidad, lo que vale la pena destacar de esta crítica más que la supuesta violación al derecho a poseernos a nosotros mismos (*self-ownership*) que defienden los libertarios es la abstracción e idealidad de la posición original. Y si Nozick destacará la inevitabilidad de recurrir a la historia para plantear una teoría normativa o prescriptiva (aunque sea de tinte liberal), Rawls a pesar de bosquejar una propuesta que reúna a lo deseable y lo posible se apoyará como dijimos al inicio en un constructivismo kantiano que por esencia revertirá en un idealismo trascendente –de allí por ejemplo la universalidad del proyecto rawlsiano– y que será objeto de las más severas críticas elaboradas por el profesor Michael Sandel⁵⁰ quien pondrá sobre el banquillo de los acusados en primer lugar al *Sujeto* que debería tomar parte de la posición original y a las debilidades teóricas de este formalismo de la Justicia que utilizará Rawls para legitimar su propuesta.

Como mencionamos de manera ligera al inicio, el liberalismo kantiano se fundamentaba en la distinción que se marcaba entre lo «jus-

edición en español. *Anarquía, Estado y Utopía*, (México : Fondo de Cultura Económica, 1988)

⁴⁸ *Ibid.*, p.163.

⁴⁹ *Ibid.*, p.198.

⁵⁰ También profesor de la Universidad de Harvard y reconocido miembro de la corriente filosófica denominada comunitarista que se ha dedicado en los últimos años a desvirtuar uno por uno los argumentos teóricos centrales del liberalismo y el libertarianismo. Aparte del libro ya citado destacan sus ensayos «*The Procedural Republic and the Unencumbered Self*» en: *Political Theory*, 12/1 1984, y «*Morality and the Liberal Ideal*», en: *New Republic*, Mayo 7, 1984 ; la introducción al libro editado por él mismo, *Liberalism and its Critics*, (Oxford : Blackwell, 1984), y más recientemente su último libro *Democracy's Discontent : America in Search of Public Philosophy*, (Cambridge, Mass : Harvard University Press, 1996)

to» (*right*) y lo «bueno» (*good*) , esto es, entre la estructura de derechos y libertades, y las concepciones del bien que la gente buscaría dentro de esta estructura.⁵¹

Así pues, en la TJ «lo justo» es anterior a «lo bueno» y esto significa que los derechos en primer término no pueden ser sacrificados por la causa del bienestar general y en segundo lugar los principios de justicia que especifican estos derechos no pueden ser derivados de alguna visión de particular de un bien determinado, por ende «lo que justifica los derechos no es que ellos maximicen el bien público o promueven el bien general, sino más bien que ellos constituyen una estructura justa dentro de la cual los individuos y los grupos pueden escoger sus propios valores y fines, consistentes con una libertad similar para los otros».⁵²

Esta justicia formal que adecua la justicia a un mero procedimiento supuestamente neutral ha sido cuestionado recientemente por la filosofía comunitarista que apelando en buena medida a las críticas que realiza Hegel a Kant señalan por ejemplo que es irrealizable además de ser un absurdo el anteponer «*lo justo*» a «*lo bueno*», o invocando a Aristóteles afirmando que nosotros no podemos establecer acuerdos políticos sin referirnos a propósitos comunes y a fines comunes, y no podemos concebir nuestra personalidad sin recurrir a nuestros roles como ciudadanos de una determinada comunidad.⁵³ De hecho, Rawls claramente afirmaba que el sujeto concurrente a la posición original era anterior a sus fines que eran definidos por él , en este sentido Sandel sostenía con contundencia que «la prioridad del sujeto sobre sus fines significaba que yo nunca era definido por mis metas y vínculos, sino que siempre era capaz de anteponerme a ellos e inclusive tener la posibilidad de revisarlos»⁵⁴.

Corroborando lo mencionado por Sandel, pensamos que es aquí donde comienzan a trastabillar de manera rotunda la propuesta rawlsiana pues al producirse la elaboración de la TJ y en su afán por mantener la neutralidad y la apertura⁵⁵ que eran obviamente los objetivos de su teo-

⁵¹ Michael Sandel, Introducción a *Liberalism and its critics*, *Ibid.*, p.3.

⁵² *Ibid.*, p.4

⁵³ *Ibid.*, p.5

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ Definitivamente la neutralidad y la apertura son las dos características de las sociedades liberales contemporáneas y particularmente dentro del mundo anglosajón, como certeramente lo anunciara algunos años atrás el recordado profesor de la Universidad de Chicago Allan Bloom en un libro emblemático para el movimiento comunitario :

«...La reciente educación de la apertura ha rechazado todo esto. No presta atención a los derechos naturales o a los orígenes históricos de nuestro régimen que

ría, Rawls construía un sujeto que no podía ser capaz de decidir sobre nada y esto por la sencilla razón de que los objetos de elección no estaban nunca flotando en el aire sino que se trataban siempre de valores, sentimientos, costumbres, etc., es decir objetos que estaban ubicados dentro de una comunidad específica y en un tiempo también determinado. Si separábamos; como lo hacía Rawls; al sujeto de sus fines (esto es a «lo justo» de «lo bueno») , no era posible ni siquiera la posibilidad de plantear al contractualismo como fórmula habida cuenta de que no era posible ningún de tipo de elección (que se entiende es la base del contrato). Ahora bien, por las mismas características de los principios a los que se llegaban tras la posición original era evidente que tenían que haber sido escogidos dentro de una tradición en particular; y dicha tradición no era otra que la tradición liberal-democrática que proponía tales principios como los correspondientes a una sociedad bien ordenada. Por lo tanto, mal podía Rawls plantear su teoría como una propuesta filosófica o metafísica que se mostrase universal y abstracta (como el imperativo categórico kantiano) cuando en realidad los valores guías (léase principios) tenían una historia y un contexto determinado. Esto finalmente despojaba a los principios de una validez planetaria al tiempo que se imponía como una crítica aún más aguda que aquellos quienes por ejemplo destacaban la arbitrariedad de los principios⁵⁶ (esto es, por ejemplo porque se privilegiaba a la libertad por sobre la igualdad) y que colocaban paradójicamente a la TJ en la misma línea que el intuicionismo y su injustificado listado de derechos morales.

Justicia Política y no metafísica

Al inicio de la TJ Rawls acertaba con seguridad que la TJ era una teoría

ahora es enseñado como que se haya esencialmente quebrado está abierto a todos los hombres, a todas las clases de vida, a todas las ideologías. No existe otro enemigo que aquél que no se está abierto a todos. Pero cuando no hay objetivos compartidos o una visión del bien público, ¿es posible mantener un contrato social?»

BLOOM, Allan, *The Closing of the American Mind* (New York : Simon and Schuster, 1987), p. 27.

⁵⁶ Por ejemplo el mismo Rawls señalaba que las libertades básicas no podían incluir ni el derecho a poseer los medios de producción (socialismo) ni tampoco el derecho a la libre contratación (libertarianismo), sin dar sin embargo mayores explicaciones del por qué.

Ver TJ, *Ibid.*, p .69.

que estaba hecha para sujetos libres y racionales⁵⁷ y que al mismo tiempo utilizaba el análisis de la teoría de la elección racional para conocer la naturaleza «racional» de los principios⁵⁸. Definitivamente, el sentido del velo de ignorancia y el privilegio de lo «justo» sobre lo «racional» confirmaban esta supremacía de lo racional, es decir, de la búsqueda de la satisfacción de nuestro interés privado sobre el colectivo en base a un cálculo instrumental para medir nuestros beneficios. El velo de ignorancia servía entonces para morigerar esta característica de los seres humanos en la posición original mientras que los principios resultado del Contrato apuntaban a consolidar una sociedad bien ordenada, es decir una comunidad liberal en la cual a pesar del individualismo latente se pudiese compartir ciertas tareas de manera común. Empero, este privilegio del sujeto racional en la TJ produjo más bien una andanada de críticas que señalaban por ejemplo que el modelo rawlsiano solamente establecería una «sociedad de desconocidos»⁵⁹ y quizá hasta una «sociedad de enemigos»⁶⁰. La crisis moral y social de las sociedades postindustrializadas alimentaron entonces esta crítica a los modelos individualistas y racionalistas cuya decadencia se vislumbraba en buena medida como fruto del comportamiento de estos sujetos maximizadores y poco altruistas. El velo de ignorancia era una mera abstracción y la realidad distaba mucho de la idílica posición original. Al mismo tiempo, parecía también un poco contradictorio el que los sujetos racionales decidiesen contar con un principio como el de la diferencia que quizá no calzaba de manera apropiada con la racionalidad instrumental. En fin todas estas críticas motivaron un replantamiento en la TJ que se comenzó a gestar particularmente en un ensayo publicado en 1985 y que culminaría con su obra *Liberalismo Político*.⁶¹ El primer paso importante iba a

⁵⁷ TJ, *Ibid.*, p.24.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 30.

⁵⁹ Esto es lo que señalaría el profesor Michael Sandel y que representaría en síntesis el pensamiento comunitarista.

⁶⁰ Este sería el talante de un autor tan antiliberal como antimoderno como el profesor Carl Schmitt, ver *El Concepto de lo Político*, (Madrid : Alianza, 1991) y para un análisis de algunas de sus ideas se puede revisar de Eduardo HERNANDO NIETO, «Carl Schmitt y los desafíos al Estado Constitucional», en *Pensamiento Constitucional*, Año III, No. 3, 1996. Pontificia Universidad Católica, Lima Perú.

⁶¹ El artículo en mención se titula «*Justice as Fairness : Political not Metaphysical*» (Justicia como Equidad : Política no Metafísica), publicado en *Philosophy and Public Affairs*, 14 (Summer 1985). Empero, los grandes cambios en la TJ comienzan mucho tiempo atrás particularmente en sus conferencias llamadas «*Kantian Constructivism in Moral Theory : The Dewey Lectures 1980*», editadas en *Journal of Philosophy*, 77 (1980).

ser el cuestionamiento a la racionalidad de la TJ para abrir espacio a un concepto que tenía más bien una perspectiva bastante distinta: *la razonabilidad*. Ésta decía el mismo Rawls aparece por ejemplo cuando «entre iguales, están dispuestos a proponer principios y normas como términos justos de cooperación y cumplir con ellos de buen grado, si se les asegura que las demás personas harán lo mismo»⁶².

En otras palabras, lo razonable debía formar parte inseparable de toda sociedad entendida como un sistema justo de cooperación y por ende superaría también la mediatizada visión racional en la medida que ésta poseía una sensibilidad moral que era imprescindible para consolidar una sociedad bien ordenada.⁶³

Así pues, Rawls recula en el LP de su intención de fundar su teoría bajo los cimientos de la «teoría de la elección racional» (*rational choice theory*) de la economía moderna y para eso «enfátiza el hecho de que las partes en la posición original están interesadas en asegurar para la persona que representan los más altos intereses de orden con los que contamos para desarrollar y ejercitar nuestros dos poderes morales, esto es, *promover nuestra determinada concepción de bien cualquiera que sea* y actuar con *justicia*»⁶⁴.

Como luego afirmara Rawls, «en la justicia como imparcialidad, lo razonable y lo racional se consideran dos ideas básicas distintas e independientes».⁶⁵ Son distintas pues no es factible derivar lo razonable de lo racional y por consiguiente son ideas autónomas aunque complementarias. Lo razonable nos hace entrar en el mundo público pues nos faculta a elaborar términos justos de cooperación⁶⁶

Vemos pues que se produce ya el primer gran quiebre con la TJ que aseguraba enfáticamente que si era factible derivar principios *razonables* de agentes *racionales*, es decir, derivar lo bueno (lo razonable) de lo justo (lo racional).

Rawls, se alejará así de la justicia formal kantiana (*right*) aunque va a continuar hablándonos de Justicia. Sin embargo, la justicia del LP, no

En su último libro *Political Liberalism*, (New York : Columbia University Press, 1993) edición en español : *Liberalismo Político* (México : Fondo de Cultura Económica, 1995), resume todas las modificaciones a la TJ.

⁶² RAWLS, John, LP, *Ibid.*, p. 67.

⁶³ *Ibid.*, p. 69.

⁶⁴ LEWIS SCHAEFFER, David, «*Rawls Redux*», en *The Political Science Reviewer*, Volume XXV, 1996, pp. 159-160. Vale decir que los dos poderes morales serían la racionalidad y la razonabilidad.

⁶⁵ RAWLS, John, LP, *Ibid.*, p. 69.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 71.

será ya la justicia racional sino una justicia razonable o sustantiva que ahora sí tendrá un espacio claro y concreto dentro de la posición original.

La justicia como imparcialidad necesitará de la razonabilidad para que pueda ser percibida como una justicia cierta y real alejándose de la abstracción de los sujetos kantianos que prácticamente no podían ser considerados como seres de carne y hueso.⁶⁷ Ahora bien, el apelar a la razonabilidad ponía en serios aprietos al profesor de Harvard pues si consideramos que la razonabilidad formaba parte de la posición original ¿cuál era el actual sentido del velo de ignorancia? aún más, ¿en base a qué criterios podía aseverar Rawls que los seres humanos eran mitad racionales y mitad razonables?, ¿por qué tendríamos que seguir a Rawls y no a Hobbes, quien era el abanderado del modelo racionalista y que no creía que los seres humanos tuviesen un solo poro de razonabilidad?

Si bien, la razonabilidad no podía identificarse con el altruismo, no distaba mucho de éste y por eso el nuevo modelo dejaba la abstracción kantiana por cierto idealismo romántico, quizá más próximo a Hegel de lo que Rawls creyese. De hecho el LP, poseía una gran dosis de *Sittlichkeit* o eticidad:

«En una sociedad razonable, más sencillamente ilustrada en una sociedad de iguales en cuanto a los asuntos básicos, todos los ciudadanos tienen sus propios objetivos racionales que esperan favorecer, y todos están dispuestos a proponer términos justos que se espera razonablemente acepten los demás, de manera que todos puedan beneficiarse y mejorar, según lo que cada uno pueda lograr por si mismo. Esta sociedad razonable no es ni una sociedad de santos ni una sociedad de egocéntricos. Es como mucho, parte de nuestro mundo ordinario, un mundo al que no le atribuimos muchas virtudes, hasta que nos vemos fuera de él.»⁶⁸

Si le diésemos a leer este párrafo a alguien que solamente conociese la TJ jamás podría imaginarse que tales ideas han sido escritas por la misma persona. Sin embargo, el cambio de Rawls es por demás evidente aunque él mismo considere que únicamente se tratan de aclaraciones a su libro original.⁶⁹

⁶⁷ Esto por la simple razón de que el velo de ignorancia al ocultar un sin fin de caracteres que describen e identifican a los seres humanos nos hacía perder también nuestro sentido de humanidad.

⁶⁸ LP, *Ibid.*

⁶⁹ *Ibid.*, p.11.

Empero, va a ser a través de su concepto del consenso traslapado (*Overlapping Consensus*) y en el renovado énfasis en sostener categóricamente que la nueva aproximación a la TJ debe ser una aproximación *política* y no *metafísica o epistemológica* donde se den los cambios más dramáticos y radicales y donde se apreciarán de mejor modo las nuevas contradicciones en el pensamiento rawlsiano.

Como lo mencionaba ya en un ensayo previo al LP, para Rawls «la filosofía como la búsqueda de la verdad de un orden metafísico y moral independiente no puede proveer una adecuada base para una concepción política de la justicia dentro de una sociedad democrática....trataremos entonces de dejar a un lado en la medida de lo posible las controversias filosóficas buscando la manera de huir de las prolongadas discusiones de los problemas filosóficos centrales. Así, en lo que yo he llamado un «constructivismo kantiano», tratamos de obviar el problema de la verdad y la controversia entre el realismo y el subjetivismo acerca del status de los valores morales y políticos. Esta forma de constructivismo ni afirma ni rechaza estas doctrinas. Al contrario, ésta reformula ideas de la tradición contractualista para lograr una concepción de objetividad y justificación fundada sobre un acuerdo público en los juicios. El propósito es un acuerdo libre, una reconciliación a través de la razón pública»⁷⁰.

En este sentido se podía entender que la teoría estaba restringida en su propósito a cubrir únicamente la «estructura básica» de la sociedad y su invocación a la política se dirigía a elaborar los valores compartidos de la libertad y de la igualdad que se supone se encontraban en ese espacio denominado por Rawls «consenso traslapado».

Rawls planteaba entonces no sólo la existencia de seres razonables dispuestos a honrar sus promesas y preocupados con los demás sino también un espacio que como una suerte de base o estructura común serviría para llegar a otro tipo de acuerdos. Conociendo que las sociedades contemporáneas son sociedades plurales y fraccionadas y existiendo temas filosóficos que podían ser tildados de irracionales e irrazonables⁷¹, esto es, temas incapaces de llegar a acuerdos definitivos como por ejemplo el aborto, la pornografía o la pena de muerte, se debería entender entonces que dichos temas deberían quedar fuera de la esfera legislativa. En definitiva «en una democracia constitucional la concepción pública de la justicia debiera presentarse, hasta donde esto es posible, como independiente de las doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales.»⁷²

⁷⁰ RAWLS, John, «Justice as Fairness : Political not Metaphysical» , Ibid., p.194.

⁷¹ LP, *Ibid.*, p. 146.

⁷² *Ibid.*

Para Rawls dicho «consenso traslapado» se hallaría básicamente en el consenso constitucional en lo que él denomina «una estructura básica de una democracia constitucional moderna»⁷³; que llevaría por estandartes tanto al principio de la libertad como el de la igualdad repitiendo más o menos el mismo esquema propuesto por John Locke en el siglo XVII, «esto sería en esencia lo que constituiría el consenso traslapado».⁷⁴

Rawls apela también a definir su nueva lectura de la TJ como anclada en un contexto y una cultura determinada, vale decir, que esta cultura como estamos viendo no sería otra que la cultura pública de las sociedades democráticas, empero como señalan sus críticos «en ninguna parte del LP (ni mucho menos en la TJ) Rawls se compromete en cualquier intento serio de explicar que significa «cultura», como se pueden identificar las ideas centrales a ella, o como es que ésta se forma y sostiene.»⁷⁵

En síntesis, Rawls sostiene ahora que su modelo ha dejado de ser un marco universal para pasar a ser exclusivamente un modelo *made in America*⁷⁶ que únicamente puede tener vigencia y sentido en dicha comunidad. Sin embargo, salta a la vista las graves incongruencias del renovado planteamiento pues al pretenderse separar lo filosófico de lo político se nos aleja aún más de la justicia sustantiva (que se supone debería ir de la mano con la razonabilidad) en tanto que ésta queda desprovista de sus contenidos elementales como son los temas morales y filosóficos. Por ello como mencionábamos, la «sociedad bien ordenada» contemporánea no tendría por qué hacerse problemas con los asuntos más relevantes de la agenda política del mundo de hoy en tanto que para Rawls estos no serían exactamente problemas políticos (nos referimos por ejemplo al aborto, el racismo, etc.), sino más bien éticos. Así pues, lo que aparecía como un intento por superar las contradicciones formalistas de la TJ se convertían ahora en incongruencias más manifiestas pues seguían escamoteando la perspectiva axiológica (que tendría que incluir por fuerza a la metafísica y a la moral) y, lo que es más grave, se renunciaba expresamente a la ambición de contar con un modelo uni-

⁷³ «Justice as Fairness: Political not Metaphysical», *Ibid.*, p. 188.

⁷⁴ «RAWLS REDUX», *Ibid.*, p. 177.

⁷⁵ *Ibid.*, p.167.

⁷⁶ Aun cuando se advierta que tal «consenso traslapado» descansa más en las mentes de ciertos intelectuales norteamericanos antes que en la propia realidad. «Rawls simplemente ha resumido en una peculiar y abstracta forma los dogmas fundamentales de la ideología que congenia más con la mayoría de los académicos norteamericanos en las últimas décadas.»

«RAWLS REDUX», *Ibid.*, p. 178.

versal que pudiese servir para evitar los peligros y los conflictos del relativismo. *Welcome Nihilism* (bienvenido nihilismo) podría ser quizá el libro que faltase para concluir así la trilogía del senil profesor de Harvard y de su senil teoría de la Justicia.

Conclusión

Resulta por demás interesante añadir que el Profesor Rawls ha encarnado en los últimos años el paradigma de la filosofía liberal y en este sentido el fracaso de *La teoría de la justicia* hecha pública con los sucesivos artículos que culminaron con el *liberalismo político* sumados a las críticas aún más fundamentadas de su último libro deben servirnos como advertencia de que el modelo liberal y su justicia formal tienen serios problemas para poder constituir un instrumento útil e imitable.

La crisis valorativa que no afecta solo a los países postindustrializados sino que también la vivimos de manera descarnada en el Perú es simplemente un signo más de que los sistemas político-jurídicos (y en especial el llamado Estado de Derecho) tienen necesariamente que ser replanteados porque así como están ahora, si ni siquiera son capaces de servir a un país como los Estados Unidos de Norteamérica que en teoría debería de tener menos conflictos que nosotros, menos podría ser tomado como ejemplo por un país como el Perú en donde la sola idea del «consenso traslapado» sonaría peor que chiste de mal gusto.

Al mismo tiempo, pensamos que ya es hora de preguntarnos seriamente por el sentido que pudiese tener una teoría aún muy en boga en nuestra Facultad de Derecho; como la del «*Law and Economics*»; que como bien sabemos proviene justamente de esta misma matriz norteamericana y; más aún; cuando el mismísimo *Guru* del liberalismo anglosajón, el profesor John Rawls descarta ya de plano la utilización de la teoría de la elección racional como herramienta válida para construir una teoría de la Justicia.

El Defensor Del Pueblo Como Problema Democrático

César OCHOA CARDICH

I. Consideraciones generales

Los antecedentes históricos más relevantes del origen del *Ombudsman* se encuentran en Suecia. El término sueco que lo designa significa «el hombre (man) del(s) mandato(*ombud*)»¹. Es creado en Suecia con ese nombre desde 1809. Su elección se efectúa por el Parlamento – *Riksdag* – pero en forma indirecta, mediante una Comisión electora en la que participan representantes políticos en forma proporcional a sus votos.

En Suecia es un contralor de la administración pública en defensa del ciudadano. Posee un amplio poder para acceder a todo documento de la justicia y de la administración. En cuanto a su intervención puede actuar por propia iniciativa o por impulso de quejas o denuncias escritas, concretas y firmadas. No se obliga a que la denuncia vaya acompañada de prueba o documentos porque, en principio, el particular no dispone de las mismas, ya que están en el poder de la justicia o de la administración².

En Suecia el *Ombudsman* no integra la jerarquía administrativa. Su acción como contralor no puede interferir el funcionamiento normal de la administración. En consecuencia, no interrumpe ni detiene los trámites respectivos. Investiga, solicita información a la que están obligados a proporcionarla, sin paralizar la vía judicial o la vía administrativa.

Inicialmente, en Suecia el control del *Ombudsman* era de legalidad.

¹ PRAT, Julio. «El ombudsman: sus orígenes, su prestigio actual y su recepción por los Derechos de Occidente» en: *Revista uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, núm.9, oct-nov. 1985, Montevideo, p. 143.

² *Ibidem*, p. 145.

Es decir, se controlaba el cumplimiento de las leyes por el juez o el funcionario pero con carácter excepcional. Comprobada la ilegalidad, la queja se canalizaba por las vías normales competentes y salía de la esfera de la acción del *Ombudsman*.

Este control ha evolucionado siendo actualmente un control *de mérito o de oportunidad*. El control se mide en los informes periódicos que el *Ombudsman* presenta al *Riksdag*. Este control ha producido excelentes resultados porque el *Riksdag* ha ido recogiendo las sugerencias del *Ombudsman* en leyes que han mejorado los procedimientos administrativos.

El instituto del *Ombudsman* se ha ido extendiendo en Europa Occidental. Así, en Alemania Federal se adoptó el denominado *Ombudsman militar*, previsto en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (Art. 45º, inciso b). Sus atribuciones y funciones han sido cautelar el respeto de los derechos individuales y constituirse en un órgano de control parlamentario sobre las Fuerzas Armadas, pero como un órgano auxiliar del *Bundestag*³.

En cuanto a los caracteres generales del *Ombudsman* debe subrayarse que es variable en el Derecho comparado. En Argentina ha sido reconocido constitucionalmente en la reciente Constitución de 1994. En su Art. 86º la Constitución argentina define al Defensor del Pueblo –siguiendo la nomenclatura española– como un órgano independiente instituido en el ámbito del Congreso de la Nación, que actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad. Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes, ante hechos, actos u omisiones de la Administración; y el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

La Constitución argentina establece que el Defensor del Pueblo es designado y removido por el Congreso con el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. La norma prevé que durará en su cargo cinco años, pudiendo ser nuevamente designado por una sola vez.

Se ha señalado por la doctrina argentina⁴ que el Defensor del Pueblo se ha estructurado bajo las siguientes bases:

³ *Ibidem*, p.148.

⁴ CANTERO, Juan Carlos. «El Defensor del Pueblo en Argentina» en: *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*, C.A.J., Lima, 1995, pp. 19 y ss.

–Es una institución constitucional. No reviste la calidad de órgano del Gobierno, sino que constituye una institución de la República.

–Su misión es la defensa y protección de los derechos humanos de los habitantes y de los demás derechos, garantías e intereses tutelados en la Constitución, ya sea por previsión expresa o bien por la remisión a los pactos, convenciones y declaraciones internacionales previstos en la Constitución.

El objeto de su control son los actos, hechos u omisiones de la Administración, que incluye en su ámbito de competencias, a las personas jurídicas públicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas y las privadas prestadoras de servicios públicos.

–En particular su función de tutela ha sido prevista por la Constitución para defender los derechos relativos al ambiente, a la competencia, a los usuarios y consumidores y los derechos de incidencia colectiva llamados *intereses difusos*.

–Desarrolla sus cometidos con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad.

–Tiene legitimación procesal para interponer acción de amparo en orden a tutelar los derechos relativos al ambiente, a la competencia, al consumidor, y en general los derechos de incidencia colectiva, o bien para oponerse a cualquier forma de discriminación.

–La tarea de investigación puede iniciarse a raíz de una queja del interesado, o de oficio a través de una decisión adoptada por el propio Defensor del Pueblo.

–La ley argentina prevé que el Defensor del Pueblo no puede dar curso a una queja cuando, respecto de la cuestión planteada, se encuentre pendiente resolución administrativa o judicial.

–El Defensor del Pueblo está facultado para solicitar informes escritos a los organismos o entidades investigados, los cuales están obligados a responder, *bajo responsabilidad penal*, en el plazo que le fije el Defensor del Pueblo y que no puede exceder los 30 días hábiles administrativos.

–Los legisladores podrán aceptar quejas de los ciudadanos, de las cuales darán traslado en forma inmediata al Defensor del Pueblo.

–El Defensor del Pueblo debe prestar especial interés a aquellos comportamientos que expresen una falla o deficiencia sistemática y general de la Administración Pública procurando prever los instrumentos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter.

En relación al tema del Defensor del Pueblo como problema democrático cabe la siguiente cuestión previa: ¿Es conveniente que sea el Congreso quien designe al Defensor del Pueblo? A este respecto Cantero⁵ precisa que sí resulta conveniente que sea el Parlamento quien designe al Defensor del Pueblo, porque siendo el objetivo fundamental de la Defensoría del Pueblo detectar las disfuncionalidades operadas en el ámbito de la Administración Pública, sería incongruente que sea el Poder Ejecutivo el que se proponga la designación del Defensor.

En Colombia el Defensor del Pueblo es creado por la Constitución de 1991, y posteriormente regulado en su organización y funcionamiento por la Ley 24 de 1992. Se le considera como un *signo de identidad y de reafirmación democráticas*. Así, en el régimen constitucional colombiano se considera al Defensor del Pueblo como un complemento de la protección de los derechos humanos. En ese sentido, Córdoba⁶ señala que:

«En el ordenamiento colombiano hay una unidad monolítica e inescindible de tres elementos: los derechos humanos, el Defensor del Pueblo y la democracia».

La función garantista del Defensor del Pueblo en Colombia no se reduce a la recepción, el trámite y la resolución de quejas. Puede promover el control judicial concreto de la constitucionalidad en caso de vulneración o amenaza de violación de un derecho fundamental, mediante el ejercicio de la *acción de tutela*, que corresponde a la acción de garantía del *amparo* en otros países.

En relación a la problemática de los derechos humanos las atribuciones del Defensor del Pueblo en Colombia corresponden a un rol de *promoción y divulgación*, puesto que no puede constituirse en órgano de tutela de los derechos fundamentales dado que no tiene poderes de control. En consecuencia, su misión en esta materia es esencialmente pedagógica⁷.

Es tal la importancia de este instituto para afianzar la democracia, que el ex-Defensor del Pueblo español Joaquín Ruiz Giménez ha expresado que:

⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶ CORDOVA TRIVIÑO, Jaime. «La Defensoría del Pueblo en Colombia», en: *La Defensoría del Pueblo: retos y posibilidades*, C.A.J., Lima, 1995, p. 31.

⁷ *Ibidem*, p. 39.

«... es un instrumento al servicio de la construcción de una sociedad civil, donde los valores superiores de nuestro Ordenamiento, los valores de libertad, igualdad y justicia, es decir, los valores que definen a una sociedad democrática avanzada, alcancen el máximo grado de efectividad posible»⁸.

La democracia como forma de gobierno debe ser defendida por efectivos controles. Uno de los instrumentos de defensa de los valores de la democracia es el *Ombudsman*⁹. Si la democracia debe ir adaptándose a las necesidades del mundo moderno debe caracterizarse por su flexibilidad para atender los requerimientos de la sociedad de nuestros días. En ese sentido, el *Ombudsman* es uno de estos instrumentos de la democracia moderna por ser una instancia ágil, sin complicados procedimientos para investigar las quejas de los ciudadanos contra los actos injustos de la Administración¹⁰.

II Competencias generales del Defensor del Pueblo del Perú

La Carta peruana de 1993 lo ha diseñado como un organismo autónomo y con personería jurídica distinta del Ministerio Público (Art. 161^º). La norma jurídica fundamental declara como sus competencias:

–Defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad.

–Supervisar el cumplimiento de los deberes de la Administración estatal.

–Supervisar la prestación de los servicios públicos a la ciudadanía. En relación a sus competencias debemos precisarlas:

–*La defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.* A nuestro juicio, debe precisarse el sentido de la norma para no desnaturalizar la misión fundamental del Defensor del Pueblo como *contralor de la Administración* en colaboración con el Parlamento. En consecuencia, su misión debe entenderse como defensa de los derechos constitucionales cuando estos son afectados por la Administración Pública.

⁸ RUIZ-GIMÉNEZ, Joaquín, citado por QUINZIO F., Jorge. *El ombudsman. El Defensor del Pueblo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 22-23.

⁹ QUINZIO F., Jorge, *cit.*, p. 27

¹⁰ *Ibidem*, p. 154.

En este sentido, consideramos que no deben crearse expectativas que pueden ser defraudadas si se perfila al Defensor del Pueblo como el protector de todos los derechos humanos cuando en esta materia su misión es fundamentalmente pedagógica. Como señala La Pégola¹¹:

«... no se consigue ver cómo el Defensor pueda concretamente jugar el papel de órgano de tutela de los derechos, sin que le sean atribuidos para tal fin algunos de los poderes de control, impulso o decisión, confiados hoy a otros órganos. Por este lado se corre el riesgo de hacer un duplicado de institutos ya existentes y quién sabe si en el límite una especie de ‘interpoder’, que según los casos invadiría el ámbito de las autoridades judiciales o administrativas. Ahora bien, una solución tan radical perturba la disposición y, reflejamente, el equilibrio mismo de los poderes, configurado por la Constitución».

Hay que evitar que nuestro Defensor del Pueblo –como en el modelo argentino– se le pretenda asignar «impresionantes funciones que difícilmente podrá abarcar»¹².

Así, los derechos que debe defender se encuentran enunciados tanto en la propia Constitución, principalmente en su artículo 2º, como en los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Perú ha ratificado¹³.

–*La supervisión del cumplimiento de los deberes de la Administración estatal frente al ciudadano.* Esta competencia de la Defensoría se extiende a *todo el* ámbito de la Administración Pública de acuerdo al inciso 1 del Art. 9 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo L.O.D.P. – Ley 26520–. Debemos precisar el concepto de Administración Pública: la Administración Pública es un complejo orgánico integrado en el Poder Ejecutivo ¹⁴.

¹¹ LA PÉRGOLA, Antonio. «Ombudsman y Defensor del Pueblo: Apuntes para una investigación comparada» en: *Revista de Estudios Políticos*, núm.7, enero-febrero 1979, C.E.C., Madrid, pp. 90-91.

¹² SAGÜES, NÉSTOR Pedro. «Introducción a la Constitución de la Nación argentina según la reforma de 1994» en: *Derecho y Sociedad*, núm.11, Lima, enero-junio 1996, p. 72.

¹³ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, en: «*La Defensoría del Pueblo en el Perú*» en: *Defensoría del Pueblo: Desafío y respuestas*, publicación de la Defensoría del Pueblo, Lima, 1996, p.20.

¹⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, vol.I, C.E.C., Madrid, 1985, p. 49.

En nuestro ordenamiento el Poder Ejecutivo está conformado por sectores, cuyos responsables políticos son los ministros. Dentro de los sectores se integran: un organismo rector –el Ministerio– y organismos o instituciones públicas descentralizadas que ejecutan las políticas diseñadas por el organismo rector. En consecuencia, la competencia del Defensor del Pueblo se extiende a *todos los organismos del Gobierno Central*.

Asimismo, siendo nuestra estructura del Estado descentralizada la Administración Pública se extiende a los gobiernos locales y a los actuales consejos transitorios de Administración Regional.

Más complejo es determinar si las empresas del Estado forman parte de la Administración Pública. De acuerdo al Art. 7º del Decreto Legislativo 757 –Ley marco para el crecimiento de la inversión privada– en ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propios de la Administración Pública, con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos. Actualmente el Art. 1 de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos –LNGPA– conceptúa a las empresas del Estado como Administración Pública sólo cuando prestan servicios públicos.

Asimismo, la precitada norma de la LNGPA preceptúa que los organismos constitucionalmente autónomos forman parte de la Administración Pública. En relación a los poderes Legislativo y Judicial no cabe lugar a dudas que no forman parte de la Administración Pública, aunque en algunos supuestos ejerzan funciones administrativas cuando, por ejemplo, se someten a las normas de Derecho Administrativo para la adquisición de bienes, suministros o servicios.

Empero, la L.O.D.P. en su Art. 14º incluye expresamente dentro de su ámbito de competencia, a los organismos e instituciones de la administración de justicia que no constituyen Administración Pública. ¿Cómo puede, entonces, fundamentarse que estos organismos públicos están dentro del ámbito de supervisión de la Defensoría del Pueblo? La única salida la encontramos en el Art. 161º de la Constitución que establece: «Los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiera». En consecuencia, debe interpretarse que su ámbito de competencia se extiende no sólo frente a la Administración Pública sino que incluye a todos los organismos con personería jurídica de Derecho Público que ejercen sus funciones en relación a las personas y la comunidad.

Asimismo, su competencia se extiende a personas jurídicas no estatales que ejerzan prerrogativas públicas, como los colegios profesionales por ejemplo, de conformidad con el Art. 30º de L.O.D.P.

Igualmente, no cabe lugar a dudas que su ámbito de competencia se extiende a las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, las mismas que forman parte de la Administración estatal y que están sometidas a su control¹⁵.

—*La supervisión de la prestación de los servicios públicos.* A este respecto, es preciso delimitar el huido concepto de servicio público en nuestro Derecho. Partiendo del marco constitucional, el Art. 119º de la Carta de 1993 incurre en una confusión puesto que erróneamente se identifica servicio público con Administración Pública:

«La dirección y la gestión de los servicios públicos están confiados al Consejo de Ministros; y a cada ministro en los asuntos que competen a la cartera a su cargo.»

Esta norma incurre en una deficiente formulación: La dirección y gestión de la Administración Pública está confiada al Gobierno —Consejo de Ministros— y no de los servicios públicos, puesto que estos pueden ser gestionados por entidades públicas o por los particulares.

En cuanto a la definición del concepto, Garrido Falla¹⁶ propone la siguiente definición:

«Servicio Técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración pública y bajo un régimen jurídico especial».

Cabe anotar que la concesión surge allí donde la Administración se reserva monopólicamente la titularidad de una actividad, con prohibición del libre ejercicio de la misma. La fórmula de la concesión supone la explotación del servicio —en cuanto empresa económica en manos de un particular (o concesionario)— y simultáneamente se mantiene el principio de la titularidad administrativa del servicio con carácter monopolístico¹⁷.

La Constitución de 1993 preceptúa que la iniciativa privada es libre y

¹⁵ ABAD, Samuel. «La Defensoría del Pueblo: retos y limitaciones», en: *Thémis*, núm. 32, Lima, 1995, p. 41.

¹⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, «El concepto de servicio público en Derecho Español» en: *Revista de Administración Pública*, núm. 135, Madrid, septiembre-diciembre 1994, p. 21.

¹⁷ *Ibidem*, p. 23.

se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen se establece que el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en el área de servicios públicos, entre otras. Cabe anotar que el Defensor del Pueblo cumple una función promotora de los derechos económicos de la persona y la comunidad, dentro del marco de una economía social de mercado que explícitamente reconoce un rol de orientación al Estado en el desarrollo del país.

En nuestro Derecho Público, a diferencia del español, el concepto de servicio público supone:

–En algunos casos, la acepción original: actividades económicas de interés general que han sido declaradas servicios públicos cuya titularidad es monopolio administrativo pero cuya gestión ha sido otorgada en concesión a los particulares, como transporte público, telecomunicaciones, correos, saneamiento y electricidad, etc.

–En otros supuestos, una acepción extensiva, que no supone necesariamente monopolio administrativo de la actividad ni prohibición a los particulares de desarrollar actividades sin que previamente se haya otorgado una concesión administrativa. Así, el Art. 2º del Decreto Legislativo 757 comprende como servicios públicos, entre otros, a los servicios de educación, salud y recreación. Igualmente, cabe anotar que el Art. 1 de la LNGPA comprende dentro del concepto de entidades públicas y privadas que prestan servicios públicos a las universidades públicas y privadas.

–En otros supuestos, una acepción técnicamente errónea que confunde servicios esenciales con servicios públicos. Así, el Art. 83º del Decreto Ley Nº 25593 declara servicios públicos esenciales a:

- A) Los sanitarios y de salubridad.
- B) Los de limpieza y saneamiento.
- C) Los de electricidad, agua y desagüe, gas y combustible.
- D) Los de sepelio, y los de inhumaciones y necropsias.
- E) Los de establecimientos penales.
- F) Los de comunicaciones y telecomunicaciones.
- G) Los de transporte.
- H) Los de naturaleza estratégica o que se vinculan con la defensa o seguridad nacional.
- I) Los de administración de justicia por declaración de la Corte Suprema de la República.
- J) Aquellos cuya interrupción cree riesgo grave o inminente para personas o bienes.

Cabe anotar que se está fijando el concepto de «servicio público esencial» como límite al derecho de huelga, pero erróneamente dado que si bien es cierto que todos los servicios públicos son esenciales, no todos los servicios esenciales son públicos.

De todo lo expuesto proponemos como definición de servicios públicos: todas aquellas actividades de prestación técnica que satisfacen necesidades de la comunidad, declaradas como tales mediante ley, que pueden ejercerse en un régimen de titularidad administrativa –no necesariamente exclusiva o reservada– pero con gestión privada o en un régimen de libre iniciativa con autorización o supervisión especial del Estado.

III Marco constitucional de la autonomía del Defensor del Pueblo

En relación a su sistema de designación la Carta de 1993 preceptúa en su Art. 161^º que el Defensor del Pueblo es elegido mediante una votación de mayoría calificada de los dos tercios del número legal de miembros del Congreso. Cabe anotar que en muchos ordenamientos es elegido por asambleas legislativas, frecuentemente con mayoría absoluta o cualificada, por ejemplo, en Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega, España y Argentina.

Su destitución también corresponde al Congreso, pero con el voto de los dos tercios del número legal de congresistas. Como señala Fairén¹⁸:

«Para evitar que en la destitución de un *Ombudsman* interfieran movimientos políticos inestables, en algunos países se exige para su destitución un *quórum* parlamentario superior especial; el de dos tercios de los diputados parlamentarios (Noruega, Israel)».

En el modelo peruano goza de la prerrogativa del antejuicio político (Art. 99^º, Const.); y no está sometido a mandato imperativo como en el modelo sueco: decide por sí mismo los problemas o casos que investigará y las acciones que seguirá, sin recibir instrucciones acerca de los asuntos de que deba ocuparse¹⁹.

¹⁸ FAIRÉN GUILLÉN, VÍCTOR. «¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los ‘ombudsmänner’ en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica?» en: *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm.14, C.E.C., Madrid, marzo, abril 1980, p. 26.

¹⁹ MAIORANO, Jorge Luis. «Apuntes para un debate parlamentario. El ‘ombudsman’ sueco» en: *La Ley* T.1984-C, Buenos Aires, 1984, p.840.

Sobre los motivos del cese aparte de los normales: renuncia, vencimiento del plazo de designación, por muerte o incapacidad permanente, por haber sido condenado mediante resolución ejecutoria por delito doloso –el más interesante es el de «actuar con negligencia en el cumplimiento de las obligaciones y deberes del cargo» (Art. 4.4 Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo L.O.D.P.)–. Se trata de una mala importación legal: es una causal prevista en la legislación española. En nuestro concepto, no debió preceptuarse en la Constitución y en la L.O.D.P. el cese por remoción del Defensor del Pueblo puesto que es preferible como una garantía institucional de su autonomía propender a la inamovilidad²⁰.

En garantía de su autonomía goza de inviolabilidad, no responde civil ni penalmente, conforme al Art. 5º de L.O.D.P. Asimismo, esta norma preceptúa que el Defensor del Pueblo goza de inmunidad de arresto y proceso: No puede ser detenido ni procesado sin autorización del Congreso, salvo flagrante delito.

El cargo dura cinco años. Puede ser reelegido por una sola vez de acuerdo al Art. 2º de L.O.D.P. De otro lado, el Art. 6º de la Ley Orgánica precisa cuáles son sus incompatibilidades: con todo mandato representativo, cargo político, filiación política o sindical, asociación o fundación, con la carrera judicial o con el ejercicio de cualquier profesión u oficio, a excepción de la docencia universitaria. Un vacío de nuestra legislación, importación de la legislación española, es no haber previsto que perdurase durante un determinado plazo las imposibilidades para ser miembro directivo de alguna entidad sujeta a supervisión²¹. Asimismo, consideramos que debe ser incompatible el cargo de Defensor del Pueblo con la docencia universitaria en universidades públicas y privadas que están sujetas a su supervisión por ser entidades que prestan servicios públicos, conforme al Art. 1º de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos.

A diferencia de lo que se sostiene en España consideramos que es conveniente exigir como requisito de elegibilidad el de la idoneidad jurídico-administrativa, como ocurre en Finlandia, Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania y en la provincia canadiense de Quebec²².

²⁰ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *El Defensor del Pueblo –Ombudsman–*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, Tomo II, p.29.

²¹ *Ibidem*, Tomo I, p.507.

²² LA PÉRGOLA, Antonio, *Op.cit.*, p.78.

IV Atribuciones y facultades del defensor del Pueblo.

En cuanto a sus facultades debe puntualizarse que:

–*Tiene acceso a todo tipo de documentos públicos.* Esta facultad tiene base constitucional en el *deber de colaboración* de la Administración con la Defensoría, establecido en el Art. 161º de la Carta de 1993: los órganos públicos están obligados a colaborar con la Defensoría del Pueblo cuando ésta lo requiere. Sólo quedan exceptuadas las restricciones legales, en materia de secreto judicial y de la invocación del interés superior del Estado en casos debidamente justificados como tales por los órganos competentes, únicamente en cuestiones relativas a seguridad, a la defensa nacional o a relaciones internacionales.

–*No desarrolla una actividad jurisdiccional.* Sus decisiones son «sugerencias» dirigidas en su caso a una autoridad administrativa interesada en el caso concreto, o al ciudadano «quejoso», pero no vinculan a la administración²³.

–*Su influencia reside en su auctoritas*, en el sentido romano del término, en una ascendencia o influjo moral asentado en la tradición que el Defensor del Pueblo debe conseguir por su permanente contacto con el pueblo y con la Administración²⁴. Es por ello que constituye, en afortunada definición de La Pégola, «una magistratura de simple persuasión»²⁵. Esta influencia moral sobre la Administración se manifiesta particularmente con el Informe Anual al Congreso y los informes que eventualmente presente cada vez que éste lo solicita, de conformidad con el Art. 162º de la Constitución de 1993. Como señala Maiorano:

«Ese informe es, en los hechos, un cuadro de honor negativo en el cual son nombrados los funcionarios y los organismos cuya conducta negligente ha sido comprobada. Por ello la publicidad que se brinda a sus resoluciones, el *who's who* de la irresponsabilidad o la ineficacia en que se convierte parte de su informe anual, son medidas suficientemente disuasorias para funcionarios públicos y administradores de elevada conciencia ciudadana»²⁶.

²³ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. «¿Posibilidad y conveniencia de introducir a los «ombudsmänner» en los ordenamientos jurídicos de naciones de habla ibérica?», *cit.*, p. 27.

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁵ LA PÉGOLA, Antonio, *cit.*, p. 75.

²⁶ MAIORANO, Jorge, *Op.cit.*, p. 842.

– *Sus facultades de investigación son muy amplias* con arreglo al inciso 1 del Art. 9º de la L.O.D.P. Inicia o prosigue de oficio o a petición de parte cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los actos y resoluciones de la Administración Pública y sus agentes que, implicando el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, moroso, abusivo o excesivo, arbitrario o negligente de sus funciones, afecte la vigencia plena de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad.

A nuestro juicio, esta atribución de control es muy amplia, como precisa La Pégola²⁷:

«En cuanto al objeto del control, éste se ejercita no sólo sobre la legalidad de los actos administrativos como está previsto en los países escandinavos, sino también sobre el ajuste de cualquier comportamiento de la administración –no importa que sea una actuación propiamente dicha o una omisión– a los parámetros de racionalidad, equidad, justicia, corrección e imparcialidad; parámetros que pueden incluso no coincidir con los criterios con que se valora la legitimidad y licitud de la conducta de la administración pública. Este tipo de control se dirige a declarar si en el supuesto en cuestión concurren los extremos de una *maladministration* que haya lesionado al ciudadano y pueda corregirse o repararse oportunamente después de la intervención del *Ombudsman*».

Si como resultado de sus investigaciones, el Defensor del Pueblo comprueba la existencia de estos comportamientos anómalos de los funcionarios administrativos o judiciales el Art. 24 de L.O.D.P. prevé que éste «se dirigirá al superior jerárquico o al órgano de la administración pública al que pertenece quien es objeto de la queja, para hacerle saber dicho resultado y sus recomendaciones al respecto. Copia del oficio será remitido directamente al afectado o al organismo». Consideramos en este sentido, una grave omisión no haber previsto expresamente como delito de desacato contra el Defensor del Pueblo, el incumplimiento injustificado del deber de cooperación con la Defensoría o la obstaculización de cualquier manera de su labor como se prevé en el ordenamiento inglés²⁸.

²⁷ LA PÉGOLA, Antonio, *Op.cit.*, p. 83.

²⁸ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Op.ult.cit.*, p. 24.

–Formula advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas, con ocasión de sus investigaciones, pero no vinculan a la Administración Pública. Sin embargo, conforme al Art. 26º de la L.O.D.P. si como consecuencia de las recomendaciones, no se adoptase una medida adecuada o la entidad administrativa no informase sobre las razones para no adoptarla, el Defensor del Pueblo podrá poner los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas en conocimiento del ministro del sector o de la máxima autoridad de la respectiva entidad y, cuando corresponda, de la Contraloría General de la República.

Cabe anotar que los actos del Defensor del Pueblo son irrevisables en sede judicial y únicamente podrán ser objeto de reconsideración ante el propio Defensor, conforme al Art. 31º de L.O.D.P. Este recurso impugnativo de naturaleza administrativa puede ser interpuesto por el funcionario alcanzado por la recomendación para defenderse de las acusaciones que pesan sobre él o con el administrado. Este recurso impugnativo –en la vía administrativa– le permite al Defensor modificar su opinión y dejar sin efecto la recomendación como en el modelo sueco²⁹.

–Puede desarrollar una función mediadora que no está prevista expresamente en su Ley Orgánica, pero que estimamos puede interpretarse como comprendida dentro de su actividad de defensa del ciudadano y de supervisión de la Administración. La función mediadora de conflictos frente a las quejas del administrado es una facultad implícita que se deriva de sus atribuciones generales de «acción inmediata» para la solución de las quejas (Art. 21º L.O.D.P.) que no requieren expresa mención en su Ley Orgánica.

–Ejercita acciones de garantía constitucional de acuerdo al inciso 2 del Art. 9º de la L.O.D.P. La acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales). Cabe anotar que es incongruente la atribución de ejercitar la acción de inconstitucionalidad contra leyes y reglamentos del Congreso, siendo el Defensor del Pueblo un Comisionado Parlamentario. Asimismo, puede interponer hábeas corpus, acción de amparo, acción de hábeas data, acción popular y acción de cumplimiento; y puede intervenir en los procesos de hábeas corpus, para coadyuvar a la defensa del presuntamente

²⁹ MAIORANO, Jorge, *Op.cit.*, pp. 842-843.

afectado. La legitimación procesal para el uso de las garantías constitucionales está reconocida para la protección de asuntos de interés colectivo –intereses difusos– por ejemplo, defensa del interés ecológico, interés de los consumidores, del patrimonio histórico o cultural, etc., así como a la situación de indefensión de las personas involucradas en los referidos procesos de garantías constitucionales.

–*Ejercita la iniciativa legislativa.* Goza de iniciativa conforme al Art. 162º de la Constitución para intervenir en el proceso de formación de leyes presentando al Congreso anteproyectos de normas legales. Tiene su antecedente en el modelo sueco: los *Ombudsman* si al ejercer sus obligaciones supervisoras hallasen razones que aconsejen suscitar la cuestión de modificar la legislación o cualquier otra medida que el Estado debiere adoptar pueden presentar un estudio sobre la cuestión al Parlamento o al Gobierno³⁰. Asimismo, el Art. 162º de la Constitución prevé que puede proponer las medidas que faciliten el mejor cumplimiento de sus funciones. Estas medidas están dentro del ámbito normativo del Poder Ejecutivo.

–*Promueve la normatividad internacional sobre derechos humanos.* De conformidad con el inciso 5 del Art. 2º de L.O.D.P. promueve la firma, ratificación, adhesión y efectiva difusión de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

–*Organizar y administrar el Registro Nacional de Detenidos y Sentenciados a Pena Privativa de Libertad Efectiva,* por mandato del inciso 6 del Art. 9º de la L.O.D.P.

V. La Defensoría del Pueblo y la institucionalidad democrática

En el modelo peruano debe resaltarse la importancia de la relación entre el Defensor del Pueblo y el problema de la gobernabilidad democrática del país.

Como recuerda Samuel Abad³¹, durante el debate en el Pleno del Congreso se sostuvo que el proyecto de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo convertiría al Defensor en un «superpoder», «un gran inquisidor», generaría una enorme burocracia, afectaría la defensa y la seguridad nacional y convertiría al Perú en un país ingobernable.

³⁰ *Ibidem*, p. 842.

³¹ ABAD, Samuel, *Op.cit.*, p. 39.

A este respecto, esta tesis negativa de la necesidad de la Defensoría del Pueblo ha sido refutada por Abad con los siguientes argumentos³²:

–El Defensor no es un «superpoder». Está sujeto al control funcional del Congreso quien podrá cesarlo si considera su conducta como negligente. Asimismo, el Congreso decidirá si le asigna el presupuesto que solicita.

–Su labor no afecta a la seguridad o defensa nacional. El Art. 17º de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo establece restricciones al accionar del Defensor en casos debidamente justificados como tales por los órganos competentes, únicamente en cuestiones relativas a la seguridad, a la defensa nacional o a relaciones internacionales. Asimismo, se precisa en la norma que la decisión de no remitir o exhibir documentos por las razones aludidas deberá ser acordada por el jefe del sector respectivo en concordancia con los ministros de Defensa, del Interior, o de Relaciones Exteriores según el caso de lo cual se extenderá certificación que será remitida al Defensor del Pueblo.

Resultan particularmente graves las restricciones en materia de seguridad y defensa nacional puesto que se han erigido para evitar el acceso a los cuarteles cuando eventualmente se vulneren derechos humanos³³. Cabe anotar que en el Derecho Comparado, el *Ombudsman* sueco incluyó la figura del *Ombudsman* militar (*militieombudsman*) desde 1915 hasta 1967. Tras las sucesivas reformas de la institución en su país de origen se ha asignado a uno de los *ombudsmän* la supervisión de las Fuerzas Armadas y las cuestiones civiles dentro de su ámbito de competencia³⁴. Asimismo, cabe subrayar el antecedente del Ombudsman militar alemán en su rol de contralor parlamentario sobre las Fuerzas Armadas.

En consecuencia, siguiendo los antecedentes del Derecho Comparado, el Defensor del Pueblo peruano debe tener dentro de su ámbito de competencia la supervisión de las Fuerzas Armadas, así como al Servicio de Inteligencia Nacional³⁵. En una sociedad democrática el *Ombudsman*

³² *Ibidem*, p. 39-40.

³³ *Ibidem*, p. 40.

³⁴ MAIORANO, Jorge, *Op.cit.*, p. 839.

³⁵ En el modelo sueco, Víctor. El Defensor del Pueblo -*Ombudsman*-; cit. Tomo I, p.273, cita un caso en que el *Ombudsman* declaró que el Servicio de Inteligencia sueco había cometido delito de violación de domicilio por colocar aparatos de escucha en el domicilio de una señora extranjera.

tiene pleno acceso a los establecimientos militares o de la Defensa Nacional, en el marco de sus atribuciones inspectoras.

A este respecto, debe precisarse que el Art. 16º de L.O.D.P. dice que las autoridades, funcionarios y servidores *de* los organismos públicos proporcionarán las informaciones solicitadas por el Defensor del Pueblo, y facilitarán las inspecciones que éste disponga a los servicios públicos, establecimientos de la Policía Nacional y penitenciarios y entidades sometidas a su control. No cabe la menor duda que este control incluye a las Fuerzas Armadas y a los organismos del Sistema de Defensa Nacional que forman parte de la administración estatal, incluyendo el Servicio de Inteligencia Nacional.

Finalmente, sobre el rol del Defensor del Pueblo en una sociedad democrática consideramos muy precisas las palabras del diputado español Alzaga quien en sesión plenaria de 11 de noviembre de 1980 dijo:

«... es absolutamente fundamental que el Defensor del Pueblo sea un auténtico colaborador de la Administración, que ha de lograr que esa Administración que tiene una carga de inercia histórica e importante en cuanto a ciertos métodos de funcionamiento, alcance en la nueva situación democrática una mayor predisposición, una mayor preocupación por el respeto de los derechos y las libertades de los ciudadanos y esto no es incompatible, sino perfectamente coherente, con que la labor del Defensor del Pueblo, a la par, busque y logre que la Administración pública, las administraciones públicas, sean cada vez más funcionales. Sólo así contribuirá la nueva institución al mayor prestigio del poder político ante la opinión pública. Esto es tanto como decir que contribuirá a la *legitimación cotidiana del Estado* es una pieza básica *para consolidar el sistema político democrático* que estamos todos, pieza a pieza, construyendo»³⁶. Estas mismas palabras son aplicables, sin la menor duda, al actual proceso peruano de construcción de una institucionalidad democrática.

³⁶ Citado por MAIORANO, Jorge, *Op.cit.*, p. 838.

La responsabilidad civil de los Bancos en el Servicio de Cajas de Seguridad

Juan ESPINOZA ESPINOZA

1. Premisa

El servicio de cajas de seguridad en sus orígenes no era de competencia exclusiva de las instituciones bancarias. En efecto, los *horrea* de la antigua Roma, que eran grandes almacenes fortificados de propiedad imperial o de los privados, constituyeron sus más remotos antecedentes históricos¹. No obstante ello, el servicio de cajas de seguridad, así como lo conocemos en la actualidad, es relativamente reciente.

Inicialmente sólo las compañías privadas se encargaban de ofrecer este servicio y, paradójicamente fue mucho tiempo después que los bancos se convirtieron en sus proveedores exclusivos, aunque este servicio haya sido definido «el menos bancario de todos»². La razón de ello está en el hecho que las empresas bancarias, vista su solidez económica por excelencia, pueden disponer de la tecnología más avanzada, en lo que se refiere a las medidas de seguridad, idónea a neutralizar las causas generadoras de eventuales pérdidas o robos.

El legislador italiano ha preferido eludir la definición de este contrato³ limitándose, a través de la lectura del combinado dispuesto del art. 1839 c.c. y del Art. 3º primer párrafo, de las *Normas para el servicio de las cajas de seguridad* comprendidas en las Normas bancarias uniformes

¹ MOLLE, «*I contratti bancari*», en *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu-Messineo*. XXXV, tomo I, 4ta. de., MILANO, Giuffrè, 1981, 787. El autor sostiene que este precedente es importante a los efectos de la calificación de la relación jurídica, en cuanto se revela como una figura extraña a la del depósito (MOLLE, *Op. cit.* 788).

² La expresión es de CASTRO NUOVO, «*Tra rischio e caso fortuito. La responsabilità da cassette di sicurezza*», en *Le operazioni bancarie*, a cura de Portale, I, Giuffrè, MILANO, 1978, 479.

³ MOLLE, *Op. cit.* 796-797.

(nbu), a trazar los confines de las responsabilidades del banco con respecto al usuario «por la idoneidad de la custodia de los locales y por la integridad exterior de la caja, salvo el caso fortuito». Según la reciente orientación jurisprudencial parecería que asegurar tal integridad externa fuese una fórmula eufemística, porque siempre, en el momento patológico de la relación usuario-banco, en el caso que exista hurto o robo, a los efectos de valorizar al resarcimiento al cual está obligado el banco en cuanto sujeto responsable, deberá cuantificarse el contenido interno de la caja. Se crea una suerte de círculo vicioso cuya fórmula podemos enunciar de la siguiente manera: No conozco lo que está dentro de la caja y únicamente asumo la custodia de lo que está afuera (local, instalaciones) pero, cuando no haya cumplido con la obligación a la cual me he comprometido, respondo sólo por una suma mínima (que es acordada en base a los Art. 2º y 3º, segundo párrafo, de las nbu).

Cuando se promueva una acción judicial en contra del banco, sobre el dañado gravará la carga de probar cuál ha sido el efectivo contenido de la caja. Su cumplimiento, de éxito asaz incierto, constituye una suerte de *probatio diabólica*, una «lotería forense»⁴ que tendrá el efecto de favorecer o al usuario o al banco. Tanto en el momento fisiológico como en el momento patológico de la relación que tiene origen en el contrato en objeto, existen diversos derechos e intereses que están en conflicto entre sí, entre otros, el secreto del contenido de la caja, la limitación de la responsabilidad del banco y la tutela del usuario en su *status* de consumidor.

La difícil tarea que le corresponderá absolver a la jurisprudencia, es aquella de delimitar e interpretar los modelos jurídicos abiertos que ha diseñado el legislador, en manera tal de conciliar estos intereses.

2 Fundamentos normativos: réplica y duplica entre la A.B.I. y la jurisprudencia

El código civil italiano de 1942 regula parcialmente el servicio bancario de las cajas de seguridad en los artículos 1839º (límites de la responsabilidad del banco hacia el usuario), 1840º (apertura de la caja por parte de los titulares y de los legitimados en caso de muerte) y 1841º (apertura forzada de la caja). En 1954, la «Asociación Bancaria Italiana (A.B.I)

⁴ Expresión usada por ALPA, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Il Mulino, Bologna, 1991, 528.

había preparado un modelo de contrato, cuyo artículo 16^º prevé, entre otros aspectos, que «el valor máximo del contenido de la caja queda, para todos los efectos, convencionalmente fijado en ... liras, salvo que, de acuerdo con el usuario, se establezca un importe superior, contra el pago de la contraprestación determinada por la hacienda de crédito.

En el caso en el cual, por cualquier razón, la hacienda fuese obligada a un resarcimiento en beneficio del usuario, ésta sólo reparará el daño objetivo, quedando excluida toda apreciación del valor afectivo o teniéndose en cuenta lo dispuesto en el párrafo precedente».

Sobre la interpretación de tal cláusula se han formado dos corrientes de pensamiento a nivel doctrinal y jurisprudencial. Una orientación que entendía una función limitativa del objeto de contrato⁵, en cuanto, no teniendo el banco el derecho a conocer el contenido de la caja de seguridad, le es conferida la facultad de convenir con el usuario el valor máximo de las cosas que este podrá introducir en la misma, con la finalidad de establecer el canon al cual está obligado el usuario. En consecuencia de ello «el cliente (...) que introduce en la caja completamente valores superiores a aquellos declarados, viola el contrato y no puede pretender el cumplimiento del banco fuera del contrato violado por él mismo»⁶.

Según una diversa escuela de pensamiento, la cláusula en objeto era entendida como limitativa de responsabilidad⁷. En tal sentido se ha pro-

⁵ En doctrina, GIANNATTASIO, «*Limitazione della responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*», en BBTC, 1956, II, 441, que afirmaba que: «Si el usuario ha dado a sus bienes el valor de 100, no podrá después pretender un resarcimiento mayor de tal cifra, que importaría un enriquecimiento injusto con daño al banco» (*cit.* 444); MOLLE, «*Caso fortuito e responsabilità della banca nel servizio di cassette di sicurezza*», en BBTC, 1976, II, 173; CAPOBIANCO, «*Le cassette di sicurezza*», en BBTC, 1955, I, 102; TONDO M., *Contratti bancari*, Roma, 1967, 265; SCORDINO, *I contratti bancari*, Napoli, 1965, 469; CIUCHINI, «*Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*», en *Enciclopedia della banca e della borsa*, Roma-Milano, 1967, II, 151 e 173. En jurisprudencia, TRIB. FIRENZE, 11.03.71, en *Foro Pad.*, 1972, I, 1, 232, con nota de ALPA, *Caso fortuito e responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza*, y también en *Giurisprudenza di diritto privato*, I, Giapichelli, Torino, 1991, 372. En esta sentencia se acoge la línea de pensamiento de GIANNATTASIO del «injusto enriquecimiento con daño al banco».

⁶ MOLLE, *Op. cit.*, 176.

⁷ CAS., 05.07.56, n. 2451, en BBTC, II, 1956, 438, sanciona que el Art. 13^º, párrafo 3, del reglamento para el servicio de las cajas de seguridad del Banco de Nápoles, que reproducía el Art. 16^º nub, debe considerarse inválido, porque está «en contraste con las disposiciones del segundo párrafo del Art. 1341^º c.c., que excluye, en todo caso, la eficacia de las condiciones particularmente onerosas, como aquellas que establecen

nunciado la Corte de Casación, que en la sentencia N° 1129 del 29.03.76, ha considerado que el Art. 16° nbu, forma parte de lo previsto por el Art. 1229° c.c., con la inevitable consecuencia que dicha cláusula debe considerarse nula en los casos de responsabilidad por dolo o por culpa grave⁸. Como inmediata respuesta, la A.B.I., mediante circular del 28.09.76, ha considerado oportuno modificar las normas bancarias uniformes. La previsión del viejo art. 16, primer párrafo, ha sido trasladada, con algunas modificaciones, al actual Art. 2°, que recita: «el uso de la caja es concedido para la custodia de cosas de valor total no superior a ... liras. Por tanto, el usuario se obliga a no conservar en la cajas cosas que tengan un valor total superior a dicho importe de ... liras». El segundo párrafo del abrogado Art. 16°, en cambio, ha encontrado sitio, prácticamente sin modificación, en el nuevo Art. 3° nbu.

Hasta hace poco, doctrina⁹ y jurisprudencia¹⁰ han mantenido un

limitaciones de responsabilidad, a favor de quien las ha dispuesto, si éstas no son específicamente aprobadas por escrito.

⁸ Esta es la motivación de la sentencia: «la inserción del art. 16 de las normas bancarias uniformes en un contrato de utilización de cajas de seguridad, no altera en ninguna manera el objeto del negocio, que continúa siendo típico, previsto por el Art. 1839° c.c. (textualmente reproducido en el primer párrafo del mismo Art. 16°). La determinación convencional del valor máximo, por atribuirse al contenido de la caja, no está vinculada a alguna restricción o dilatación de las obligaciones deducidas en el contrato, ya que no importa ni para el cliente la prohibición de introducir en la caja cosas de valor, ni para el banco un diverso comportamiento en las obligaciones que le corresponden» (en BBTC, 1976, II, 179). Este criterio ha sido confirmado en CAS., 03.11.89, N° 4604, en *Foro it.*, 1990, I, 1290, con nota de CONSENTINO, *Il contratto di servizio delle cassette di sicurezza: clausola di limitazione della responsabilità della banca e dichiarazioni di valore*; en NGCC, 1990, I, 320, con nota de PUHALI y en BBTC, 1991, II, 508.

⁹ BENATTI, *Le clausole di esonero da responsabilità nella prassi bancaria*, a cura de PORTALE, Milano, 1978, I, 144; CABELLA PISU, «Le clausole di esonero da responsabilità», en *Tratt.* Rescigno, 9, 233; CERRAI, *Cassette di sicurezza*, en *Digesto*. IV ed., Torino, 1988, 21; CONSENTINO, *Op. cit.*; MOLLE, *I contratti bancari*, cit., 823; G.B. FERRI, «Tipicità negoziale e interessi meritevoli di tutela nel contratto di utilizzazione di cassette di sicurezza», en *Riv. dir. comm.*, 1988, I, 345; AMOROSO, «Contratti bancari e condizioni generali di contratto», en *Le condizioni generali di contratto*, a cura de BIANCA, 1981, 101, entre otros.

¹⁰ Así, TRIB. ROMA, 27.01.82, en BBTC, II, 1984, con nota de SALANITRO; Trib. Roma, 26.11.87, en *Il corr. giur.*, 1988, 494, con nota de MARICONDA; Trib. Roma, 27.04.90, en BBTC, II, 1991, 507; AP, Roma, 06.03.90, *ivi*; AP, Roma, 28.09.90, en *Giust. civ.*, 1990, I, 2959 y AP, Roma, 17.12.91, en *Giust. civ.*, 1992, I, 1582, Comentario particular merece el Trib. NAPOLI, 16.03.84, en BBTC, 1985, II, 506; también en *Bancaria*, 1985, I, 236, con nota de GABRIELLI, *Cassette di sicurezza e clausola penale*, que ha resuelto el problema en estos términos: «la cláusula que prevé el

comportamiento mas bien uniforme al interpretar las cláusulas del texto mencionado como limitativas del objeto del contrato. En particular, se ha sostenido que el banco, para cumplir con sus obligaciones, debe preparar medidas de seguridad idóneas a afrontar las singulares situaciones «a riesgo» y que, en consecuencia, sería lícito establecer límites máximos para el valor de los bienes que la caja está en grado de custodiar¹¹. En todo caso, cuando el banco considere que el cliente no cumple con sus propias obligaciones, depositando bienes de valor superior a aquel previsto contractualmente, este bien podría actuar en aplicación del Art. 4º nbu, que consiente la apertura forzada de las cajas¹². En esta relación

valor de las cosas a introducirse en la caja de seguridad, no está finalizada a limitar la responsabilidad del banco, sino a establecer una relación de proporción entre tal responsabilidad y el monto del canon o a *predeterminar la prestación resarcitoria*, vinculándola a un valor convencionalmente pactado». Esta orientación jurisprudencial que identifica la cláusula penal con aquella de exoneración de responsabilidad, es solitaria. Se ha observado su manifiesta diferencia, dado que estas últimas «debilitan el vínculo obligatorio», en tanto que las primeras refuerzan el vínculo contractual (GABRIELLI, *Op. cit.*, 241).

¹¹ Así, FERRETTI, quien afirma: «Es por tanto del todo admisible que el banco establezca en casos similares una prohibición para el usuario de introducir bienes más allá de un cierto valor en la caja. Tal prohibición no subyacería ni a la aprobación específica por escrito *ex* Art. 1341º, en cuanto no sería una cláusula general vejatoria para el cliente, ni a la sanción de nulidad prevista por el Art. 1229º, en cuanto constituiría una cláusula de exoneración de la responsabilidad del banco por dolo o culpa grave» (*La responsabilità contrattuale della banca per la manomissione delle cassette di sicurezza*, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Giuffrè, MILANO 1986, 186). En este sentido CASTRONUOVO sostiene que el usuario, en el caso de haber depositado bienes en la caja con un valor superior al pactado y que haya sobrevenido una pérdida, la solicitud de un pretendido resarcimiento constituiría un «*venire contra factum*» porque el mayor daño sería debido al incumplimiento de la obligación accesorio del cliente mismo» (*cit.*, 496).

¹² FERRETTI, *Op. cit.*, 187. El primer párrafo del Art. 4º nbu recita: «queda prohibido al usuario introducir en la caja cosas que puedan constituir peligro de cualquier género o que puedan ocasionar daño, perjuicio o disturbio». El autor sostiene que el hecho de colocar bienes de valor superior al pacto hace que éstos sean cosas «que pueden constituir peligro» para la seguridad del *caveau*. Estamos de acuerdo con la lectura sistemática de las normas bancarias uniformes, pero disentimos de la interpretación del autor en cuanto el hecho que nos mueve a comentario, al máximo puede «ocasionar daño o perjuicio», dado que el artículo ha sido diseñado frente a la posibilidad de colocar cosas que puedan ser *in re ipsa* «peligrosas» para el banco, en cambio la disyunción después de esta previsión puede comprender situaciones que no se identifican en este concepto de «peligro», como por ejemplo el hecho de depositar cosas de valor superior a aquel acordado contractualmente. En sentido crítico, PAPANTI-PELLETIER, quien afirma que se trata de un forzamiento legislativo (*Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, GIUFFRÈ, MILANO, 1988, 127).

banco-usuario reviste notable importancia el respeto del principio de la buena fe, tanto de parte del banco a que no imponga cláusulas que atenten contra los intereses de los clientes, como por parte de los usuarios, a los cuales no está permitido introducir en la caja bienes con un valor superior al establecido¹³.

Una parte de la doctrina critica el recurso al criterio de la proporción entre el canon y el límite del resarcimiento, en cuanto «una limitación de responsabilidad que varíe con el cambio de canon no muta por ello de naturaleza, no deja de ser limitación, sino sufre sólo una adecuación cuantitativa»¹⁴. Se ha observado además que los bancos en la *praxis* relativa al servicio de las cajas de seguridad, a menudo estipulan un contrato de seguro por una eventual responsabilidad civil, cuyo costo está incluido en el canon que debe pagar el usuario. Tal *praxis*, puede ser considerada en conflicto con el principio de la transparencia. Cuando se considere que tal débito no deba ser necesariamente comunicado al usuario, en virtud de la accesoriedad del contrato de seguro, que estaría incluido en el objeto del contrato principal, relativo al servicio de las cajas de seguridad, el artículo 2º nbu sería plenamente válido. En caso contrario, cuando haya una obligación de información respecto del mencionado costo adicional, «entonces la utilización por obra de la empresa de una parte del precio para cubrir los costos de seguro sin que se dé noticia al consumidor o usuario, significa cambiar el contrato a finalidades sustanciales distintas de aquellas por las cuales el contrato se constituyó, en el plano de la objetividad formal y de la conciencia de una de las partes, (...): se cae en aquello que se puede definir abuso del tipo contractual»¹⁵. Por ello se ha concluido que el Art. 2º nbu estaría atacado de nulidad *ex* Art. 1418º, primer párrafo¹⁶. Esta tesis ha sido tachada de «artificiosidad manifiesta»¹⁷, por cuanto se sostiene, que los bancos no aseguran el servicio del clientes individualmente considerado, sino en la totalidad, distribuyendo el costo entre todos los usuarios y dándoles cuenta a los mismos, de conformidad con el Art. 12º nbu¹⁸.

¹³ Así. FERRETTI, *Op. cit.*, 188.

¹⁴ CASTRONUOVO, *Op. cit.*, 493.

¹⁵ CASTRONUOVO, *Op. cit.*, 498.

¹⁶ CASTRONUOVO, *Op. cit.*, 500.

¹⁷ MOLLE, *In tema di responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, en BBTC, 1978, II, 460.

¹⁸ Cuyo primer párrafo prescribe que: «El usuario está obligado a pagar anticipadamente los canones establecidos por la hacienda de crédito para el uso de las cajas de seguridad y dados a conocer mediante aviso expuesto en los locales de la oficina donde se encuentran las cajas de seguridad, así como de los gastos y las cargas causados por

Entre aquellos que contestan la mencionada tesis, hay quien, partiendo de la distinción entre tipo (calificación de la operación en los esquemas abstractos positivamente disciplinados) y causa (valoración de la licitud de la finalidad completa perseguida por las partes) llega a la conclusión que la noción de «abuso de tipo contractual» no sea causa de nulidad, «no siendo aplicable en el ordenamiento ninguna norma imperativa que sancione en tal sentido la desviación de los modelos abstractos fijados en el código»¹⁹.

Hay otro que advierte que la cláusula 3, párrafo 2 nbu, es una suerte de «máscara» bajo la forma de la denominada delimitación del objeto²⁰. En efecto, «la única cláusula en concreto de la cláusula del examen, consiste en la delimitación de la responsabilidad del banco»²¹, en consecuencia, el contrato de las cajas de seguridad tiene la causa ilícita por contrariar a la norma imperativa (Art. 1229^o c.c.) y es atacado de nulidad, *ex* Art. 1343^o c.c.²².

Tomando como punto de partida el aislado *dictum* del Tribunal de Nápoles, contenido en la sentencia 16.03.84, hay quien prospecta una relación entre cláusula penal y cláusulas limitativas de responsabilidad, afirmando que la previsión de un techo máximo de resarcibilidad del daño, incluida en los contratos de cajas de seguridad «puede ser considerada, por voluntad (implícita) de las partes, una cláusula de liquidación convencional y preventiva del daño»²³. En el ámbito del mismo orden de ideas se colocan tres hipótesis de conclusión de contrato de cajas de seguridad:

a) El cliente no tiene interés en negociar el contrato y hay, por tanto, una suerte de contratación *pasiva*, en las cuales se aceptan *sic et simpliciter*, las cláusulas predisuestas por la ABI.

b) Ambas partes tienen el interés de negociar el contrato, interpretando y reelaborando el Art. 2^o nbu como cláusula penal.

c) Las partes se «desvinculan» del Art. 2^o nbu mediante renuncia al secreto del contenido de las cajas de seguridad.

el contrato; renovándose el contrato, aún por prórroga tácita, después de una modificación del canon, se debe el canon nuevo».

¹⁹ SEPE, *Incidenza del «fortuito» nei contratti di cassetta di sicurezza*, en *BBTC*, 1991, II; 776.

²⁰ PAPANTI-PELLETIER, *Op. cit.*, 124 e 173.

²¹ PAPANTI-PELLETIER, *Op. cit.*, 137.

²² PAPANTI-PELLETIER, *Op. cit.*, 170.

²³ ASÍ AMATO. *La responsabilità della banca per il servizio delle cassette di sicurezza: gli ultimi sviluppi*, en *Resp. Civ. e Prev.*, 1990, 780.

La ventaja de los contratos sub b) está en el hecho que se puede prescindir de la prueba del daño, dado que la cláusula penal operaría en su función resarcitoria²⁴. Se considera, sin embargo, que los contratos sub c), constituyan «la solución más equitativa»²⁵ en cuanto están dirigidos hacia un resarcimiento integral. Este planteamiento entra en manifiesto contraste con la praxis bancaria, en cuanto, al interior de cualquier entidad bancaria existe una normativa en la que se prevé la prohibición de aportar modificaciones en las cláusulas contractuales contenidas en las normas uniformes. El servicio de las cajas de seguridad se caracteriza, además de la garantía «vale la pena recordarlo» de seguridad, también por aquella del secreto, por tanto, si el banco contrata con los clientes teniendo conocimiento del contenido de las cajas, lejos de ser prisioneros de las tipologías, admitiremos que estamos esbozando la naturaleza de cualquier otro contrato menos que el de caja de seguridad.

Hay quien critica las tesis de aquellos que valorizan los Arts. 2º y 3º nbu basándose en una formulación abstracta, «sin poner atención sobre el contenido concreto de los contratos individualmente considerados concluidos entre el banco y el usuario en los cuales las mismas cláusulas están incluidas»²⁶. Se sostiene, en particular, que la valorización debería ser hecha caso por caso, sin que el uso del instrumento de la tipicidad, en mérito al cual tanto discuten los *teóricos* que estudian este contrato, sea un freno a la calificación de la relación jurídica entre las partes. Moviendo también de la exigencia de reserva a la cual está obligado el banco respecto al contenido de las cajas, «debe considerarse admisible (y obligada), la determinación del objeto»²⁷, que se realiza a través de la delimitación de los bienes que pueden ser depositados en la caja, según la real intención de los contrayentes. También en este planteamiento el principio de la buena fe juega un rol decisivo en la fisiología de la relación contractual. Se ha propuesto distinguir las cláusulas de limitación de responsabilidad (cuando el banco no ofrece al usuario la responsabilidad de elevar el *quantum* del resarcimiento) de aquellas de determinación del objeto del contrato (cuando, en cambio, se ofrezca dicha posibilidad, prospectando «al cliente un equitativo sistema de graduación del canon en relación a los bienes depositados y al consiguiente resarcimiento»²⁸). A

²⁴ AMATO, *Op. cit.*, 790.

²⁵ AMATO, *Op. cit.*, 791.

²⁶ FESTI, *Le norme bancarie uniformi sul servizio delle cassette de sicurezza e la responsabilità della banca*, en *Contratto e impresa*, CEDAM, Padova, 3, 1991, 1226.

²⁷ FESTI, *Op. cit.* 1228-1229.

²⁸ FESTI, *Op. cit.* 1242.

diferencia de la doctrina dominante, que estigmatiza el comportamiento de los bancos, se ha propuesto, como causa de invalidez del contrato del servicio de las cajas de seguridad, la responsabilidad de ambas partes: del banco, cuando fije un límite de partida irrisorio y de los usuarios, cuando acepten dicho límite con la finalidad de pagar un canon más bajo.

3 La reciente orientación jurisprudencial interpretativa de las cláusulas predispuestas por la A.B.I.

El Tribunal de Roma con sentencia de fecha 30.05.87, ha afirmado que es extraña al dictado normativo la posibilidad de limitar contractualmente «la naturaleza y el valor de los objetos a colocarse» en las cajas, siendo la posición del usuario, que se compromete en estos términos, «excesivamente penalizada» respecto a la del banco. En consecuencia, aplicando los criterios de valorización *ex* Art. 1322^o, párrafo 2 c.c., ha declarado nula la cláusula 2 nbu, por que contrasta con las exigencias de un equilibrado temperamento de los intereses²⁹. El mismo Tribunal, con sentencia 08.07.87, N^o 9386³⁰, ha nuevamente declarado la nulidad del artículo 2 nbu, sin hacer la mínima referencia a la naturaleza del este, vale decir si es limitativa del objeto del contrato o del ámbito de responsabilidad del banco³¹.

²⁹ TRIB. ROMA, 30.05.87, en *Giust. civ.*, 1988, I, 273, con nota de SANTARSIERE, *Clausola di limitazione dei valori da custodire in cassette di sicurezza e mancanza di tutela secondo l'ordinamento giuridico*, quien sobre este *decisum* opina que: «Ha llegado el turno esperado por los contrayentes más débiles, se remueve aquel estado de «inferioridad contractual» de una parte (cit., 276).

³⁰ TRIB. ROMA, 08.07.87, n. 9386, en *Il corr. giur.*, 1987, 1274, con nota crítica de MARICONDA y en *Giur. it.*, 1989, 694, con nota di NICOLAI y otra de COLONNELLO, *Art. 16^a dell Norme bancarie uniformi: limitazione di responsabilità o limitazione dell'oggetto?*. Esta última, en sentido crítico afirma que: «el haber predipuesto los límites a las cosas a custodiar (...) no quiere decir desnaturalizar el contrato (cuya causa es siempre la custodia), sino cautelarse en contra de pretensiones de resarcimiento ilimitado; la introducción de un límite con la finalidad de cuantificar las prestaciones del banco, incide, por tanto, sobre el objeto del contrato y no sobre la causa» (cit., 710).

³¹ «Puesto que la inclusión de dicha cláusula en el contrato, da vida a un *contratto atípico*, en sus alcances debe ser operada la valoración del mérito de tutela a los efectos del art. 1322, segundo párrafo, c.c. Teniendo en cuenta la calidad de las partes contrayentes y de los costos que importan la preparación de las cajas de seguridad, una convención por la cual el banco obrenge de sus clientes limitar la naturaleza y el valor de los objetos a colocarse en las cajas de seguridad, aparece en contraste con las exigencias de una equilibrada adecuación de los intereses, que debe tener todo bien ordenado

El Tribunal de Milán con sentencia 14.09.89³², ha afirmado, *ex Art. 1229^o cc*, la nulidad del Art. 2^o nbu, considerándolo limitativo de la responsabilidad del banco. Los principios que se desumen del *dictum* son los siguientes:

1. En el caso de dolo o culpa grave por culpa del banco que ocasione daños al usuario, no operan las cláusulas del contrato, por las cuales el cliente se obliga a no conservar en la caja cosas que exceden un determinado valor.³³ Además, se critica al sector de la doctrina que ve en la relación de proporcionalidad - corresponsabilidad entre el mayor riesgo de la banca y el mayor canon debido por los clientes, el fundamento de la licitud de los Art. 2^o y 3^o nbu, por cuanto tal relación «está fuera del sinalagma del contrato disciplinado por el Art. 1839^o cc³⁴ y se sostiene que el servicio de custodia al cual se obliga el banco es independiente del valor de los bienes depositados en las cajas.

2. El Instituto de vigilancia, al cual el banco ha confiado la tarea de cuidar sus locales, responde del hecho ilícito de sus auxiliares, con respecto de los titulares de las cajas de seguridad desvalijadas; cuando exista culpa grave del mismo banco por no haber adoptado medidas idóneas para prevenir o hacer difícil la comisión del ilícito, se afirma la responsabilidad solidaria del banco y del instituto de vigilancia³⁵. En efecto, se distingue la eficacia subjetiva de la cláusula de exoneración de responsabilidad denominada omnicompreensiva en las relaciones banco-instituto de vigilancia, por cuanto ésta no puede ser opuesta a los terceros-usuarios, de su validez objetiva entre las partes³⁶.

ordenamiento jurídico y no se presta a ser armónicamente integrada en la tabla de valores del ordenamiento» (*Il corr. giur., cit.*).

³² En *Foro. it.*, 1990, 1038, con nota de PONZANELLI, *La «sfornata circolazione delle clausole di esonero: il caso delle cassette di sicurezza»*, NGCC, 1990, cit., con nota di PUHALI, *Il corr. giur.*, 1989, 1303, con nota de P. CARBONE.

³³ Se sanciona que: «La cláusula en cuestión no es nula por sí, sino sólo en el caso concreto en el cual, se acierte que la violación de la integridad de la caja es debida a dolo o culpa grave del banco, (no por culpa leve de ésta), la cláusula limitativa de la responsabilidad opera y, por consiguiente, la banca deberá resarcir el daño sufrido por el cliente sólo en el límite convencionalmente establecido» (TRIB. MILANO, *en Foro it., cit.* 1047).

³⁴ TRIB. MILANO, cit., 1048.

³⁵ TRIB. MILANO, cit., 1038.

³⁶ Así, PONZANELLI, *Op. cit.*, 1041. En este sentido, también NIGRO, «*Statuti delle banche e Funzione bancaria rischio e responsabilità della banca, clausole di limitazione della responsabilità*», en, a cura de MACCARONE y NIGRO, GIUFFRÉ, MILANO, 1981, que sostiene: «sea afirmando el valor normativo de los estatutos, sea negándolo, la

En el ámbito de esta orientación jurisprudencial, se han pronunciado nuevamente el Tribunal de Milán con sentencias del 18.01.90³⁷ y del 04.06.90³⁸ y el Tribunal de Roma con sentencia de fecha 05.10.90³⁹. La misma posición ha sido confirmada por la Corte de Casación, con sentencias del 07.05.92, N.º 5421⁴⁰ y del 12.05.92, N.º 5617⁴¹. La primera decisión enuncia estas directivas:

1. El contrato de cajas de seguridad es un contrato consensual, similar a la locación de cosas y a la *locatio operis*, en el cual el banco a través de la contraprestación de un canon, asume las siguientes obligaciones típicas:

- a) conceder en uso locales idóneos para la prestación del servicio;
- b) proveer a la custodia de los locales mismos y
- c) tutelar la integridad exterior de las cajas.

2. El objeto del contrato es revisado en la *seguridad* de los mismos locales de los bancos en los cuales las cajas están situadas.

3. Las prestaciones a las cuales está obligado el banco consisten «esencialmente en un hacer teniendo como exclusivos términos de referencia los locales en cuestión».

conclusión, por lo que respecta a las disposiciones estatutarias limitativas del riesgo, termina por ser la misma: estas son inidóneas para incidir a nivel de relación contractual con los terceros; al máximo, se les puede reconocer el valor de condiciones generales de contrato» (cit., 124).

³⁷ TRIB. MILANO, 18.01.90, en *BBTC*, 1991, II, 765, con nota de SEPE, cit., quien afirma que la «declaración de valor» no debería considerarse como una obligación de los clientes, sino como una mera comunicación ofrecida al banco para fines estadísticos, «en tal caso se pondría el problema de la facultatividad y eventual sanción de tal información, cuando no sea exacta (SEPE, cit. 777).

³⁸ TRIB. MILANO, 04.06.90, en *Giur. Merito*, 1992, 54.

³⁹ TRIB. ROMA, 05.10.90, en *BBTC*, II, 1993, 461, con nota de CONTINO, *Responsabilità della banca per la custodia dei beni immesi in cassette di sicurezza*.

⁴⁰ Corte de Ocasión, 07.05.92, n. 5421, en *BBTC*, 1993, II, 363, con nota de SALANITRO, *La responsabilità della banca nel servizio delle cassette di sicurezza*, el cual afirma que si el daño es producido por incumplimiento de los auxiliares, «la exoneración preventiva de la responsabilidad por culpa o dolo debería ser admisible» (cit, 387) y en *Foro it.*, No. 3, marzo, 1993, 879, con nota de CARINGELLA, *L'art. 2 delle norme bancarie uniformi in Cassazione: niente di nuovo sul fronte delle cassette di sicurezza*, que sobre la base de los principios que inspiran el análisis económico del derecho, afirma que «la realización de una equilibrada ponderación comparativa de los costos y beneficios y, por ende, la misma sobrevivencia del servicio *de quo*, encuentran un serio obstáculo en el secreto del contenido de la caja» (cit., 887).

⁴¹ Corte de Ocasión, 12.05.92, N. 5617, en *BBTC*, 1993, II, 363.

4. La prestación debe ser realizada con el máximo grado de diligencia correspondiente a la profesionalidad del *bonus argentarius*, lo que se concreta en la predisposición de los medios idóneos, aptos a evitar eventos perjudiciales, pero previsibles.

5. El Art. 2º nbu, no integra el objeto del contrato introduciendo una ulterior obligación al cliente, aparte de aquella primaria de pagar el canon, sino tiene la única función de limitar la responsabilidad del banco; dicho pacto es válido en el caso de culpa leve, cual expresión de autonomía contractual, no contraria a las normas imperativas, pero en el caso de dolo o culpa grave contrasta con el principio de orden público al que se refiere el Art. 1229º cc.

6. En razón de carácter presuntivo de la responsabilidad bancaria por el servicio de las cajas de seguridad, como se deduce, sea de la disciplina del código, sea de las normas bancarias uniformes, el cliente debe limitarse a la demostración del *an* y del *quantum* del daño sufrido, incumbiendo, en cambio, sobre el banco, la carga probatoria relativa a la presencia del caso fortuito.

Esta orientación, que parte de la premisa que la obligación del cliente de no colocar en la caja bienes de valor superior al pactado es extraño al contenido del tipo contractual, ha sido criticada porque importaría un contrasentido⁴², con el resultado que el banco estaría obligado «a contratar a oscuras»⁴³. No obstante a ello, de reciente, la Casación, con sentencia del 01.07.94, Nº 6225, ha confirmado la nulidad de los pactos que limitan el monto de los valores a conservar en la caja⁴⁴.

En sentido contrario, se ha pronunciado el Tribunal de Roma, con sentencia del 27.04.90 y la Corte de Apelación de Roma con sentencias de fecha 06.03.90, 28.09.90 y 17.12.91⁴⁵, que han considerado al Art. 2º nbu como una cláusula delimitativa del contenido del contrato. La misma Corte de Apelación con sentencia del 06.11.90, ha completado

⁴² Así, CARINGELLA, en cuanto: «del examen de la fisionomía completa del servicio y, específicamente, de la señalada inaccesibilidad de los bienes introducidos en institución de crédito, se deduce que la función práctica del contrato se manifiesta en la atribución al cliente-consumidor de la disponibilidad del contenido, de por sí fluctuante, de la caja-excluida toda ingerencia o control del banco-, con predisposición, por obra del *argentarius*, de la idónea organización ambiental y adecuados medios de protección externos» (*cit.* 890).

⁴³ CARINGELLA, *Op. cit.*, 891.

⁴⁴ Corte de Ocasión, 01.07.94, n. 6225, en *Il corr. giur.*, 1994, 967, con nota de V. CARBONE.

⁴⁵ Para esta orientación cfr. *infra* n. 10.

tal afirmación afirmando que: «en caso de depósito de valores que excedan el límite pactado preventivamente, lo que no está garantizado es la restauración por equivalente en el caso de sustracción delictuosa, para lo cual está previsto en el ordenamiento jurídico otro tipo de contrato (seguros) que comporta, sin embargo, la renuncia del privilegio del secreto que está, en cambio, asegurado por el servicio de las cajas de seguridad»⁴⁶.

4 El caso fortuito y los criterios para determinar el quantum de las pretensiones resarcitorias de los usuarios dañados

Habíamos ya evidenciado que el banco no está obligado resarcir al usuario cuando se demuestre que el daño ha sido originado por caso fortuito⁴⁷. De ello la consecuencia que no es suficiente, a efectos que el banco sea exonerado de responsabilidad, la demostración de la mera ausencia de culpa. El c.c. hace recurso también a otras causas de limitación de la responsabilidad por incumplimiento, como la fuerza mayor⁴⁸ y la causa no imputable⁴⁹. Se ha subrayado que la doctrina más reciente considera por demás superada la distinción entre fortuito y fuerza mayor, mientras se va afirmando la tendencia a diferenciar el caso fortuito de la causa no imputable⁵⁰. Se considera que el primero debe considerarse como un límite de responsabilidad «agravado» respecto a aquel expresado en términos de «causa no imputable»⁵¹. En efecto, esta última expresa un concepto de carácter prevalecientemente subjetivo, mientras el caso fortui-

⁴⁶ Corte de Apelación Roma, 06.11.90, en *Giust. civ.*, 1991, II, 2451.

⁴⁷ Además del Art. 1839^o (cajas de seguridad), el c.c. ita. en materia contractual, hace referencia al caso fortuito en los arts. 1693 (responsabilidad por pérdida y avería), 1694 (presunciones de fortuito), 1787 (responsabilidad de los almacenes generales) y 1805 (perecimiento de la cosa en el comodato).

⁴⁸ Considerada respecto al caso fortuito como una mera variación terminológica (COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, 1955, 218). Es utilizada en materia de familia (art. 132 c.c.) haciendo reaparición en el art. 1785, reformado por el art. 3 de la ley del 10.06.78, n. 316, de ratificación y ejecución de la Convención europea sobre la responsabilidad de los albergadores, firmada en París el 17.12.62 y que entró en vigor el 12.08.79.

⁴⁹ Arts. 1218 y 1256 c.c.

⁵⁰ ALPA, *Op. cit.*, 383.

⁵¹ REALMONTE, *Caso fortuito e forza maggiore*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Civ., II, UTET, Torino, 1988, 255. En este sentido, CASTANA, cuando afirma que: «la simple «causa no imputable», no exime al deudor de responsabilidad en las hipótesis en las cuales la norma prevea expresamente como eximente el «caso fortuito»» (*Caso fortuito e*

to, comporta una valoración de tipo objetivo, o sea extraña al deudor, «refiriéndose a un evento que proviene generalmente, *del exterior* de la persona del deudor y de su organización económica (hacienda)»⁵². Esta última cuestión, de otro lado, ha sido contestada por una parte de la doctrina que atribuye también al fortuito un carácter subjetivo⁵³.

En materia de cajas de seguridad la jurisprudencia ha sido vacilante al comprender en el concepto de *caso fortuito* una serie de sucesos como, por ejemplo, la apertura forzada de cajas de seguridad de clientes israelíes, por parte de las autoridades alemanas o de la República Social⁵⁴. Las mismas perplejidades se mantuvieron en materia de aluviones⁵⁵. Con respecto a la rapiña y al hurto, estos pueden ser considerados como caso fortuito cuando se verifique tanto la imposibilidad de prevenirlos, aún con el uso de diligentes cautelas, como la lógica y razonable impredecibilidad de los mismos⁵⁶. No obstante, en la mayoría de los casos, ha sido afirmada la responsabilidad del banco⁵⁷. El incendio,

cassette di sicurezza, en *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, cit., 103).

⁵² CASTANA, *op. cit.*, 101. En este sentido se considera que la causa no imputable, respecto del caso fortuito tiene «un significado menos riguroso y más amplio y por decir así, menos fatalista» (ALPA, *Responsabilità civile e danno*, cit., 298).

⁵³ En la elaboración doctrinal anterior al código civil de 1942, COVELLO defendía la concepción subjetiva y POLACCO y VIVANTE aquella objetiva. La tesis subjetiva tuvo más fortuna bajo el código abrogado, la cual era debido a su difusión entre los comercialistas. OSTI, diferenciaba entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva y se percibe en el actual código civil su influencia. En este contexto: «La tendencia dominante era en el sentido de identificar el caso fortuito con la falta de culpa, pero también de considerar esencial en la elaboración de la teoría de caso fortuito, como causa libratoria, el elemento objetivo de la imposibilidad de la prestación (VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, artt. 1218-1222, en *Cod. Civ. Comm.* diretto da SCHLESINGER, GIUFFRÈ, MILANO, 1987, 89).

⁵⁴ En sentido positivo: Trib. PERUGIA, 13.12.46, en *BBTC*; AP. GENOVA, 14.02.50, *ivi*, 1950, II, 352 y AP. TORINO, 04.07.51, *ivi*, 1951, II, 388, con nota de RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*. En sentido negativo, aunque en estos casos no se trataba de clientes israelitas, Trib. PESCARA, 04.09.51, en *BBTC*, 1952, II, 77; CAS, 13.10.55, *ivi*, 1956, II, 288, con nota crítica de BIONDI, *Forza maggiore in tema di servizio delle cassette di sicurezza*.

⁵⁵ En sentido positivo, AP. FIRENZE, 16.11.71, en *Foro Pad.*, 1972, 317 y CAS., 27.07.76, en *Giust. Civ.*, 1976, I, 1756. En sentido negativo, Trib. FIRENZE, 24.04.70, en *BBTC*, II, 267 y Trib. FIRENZE, 11.03.71, cit.

⁵⁶ CAS., 21.05.62, n. 1165, en *Foro it. Mass.*, 1962, 359; CAS. 27.06.63, N. 1747, en *Foro it. Rep.*, 1963, voz *Danni per inadempimento*, n. 8; AP. GENOVA, 21.02.80, en *BBTC*, 1980, II, 465.

⁵⁷ TRIB. MILANO, 19.03.78, *BBTC*, 1978, II, 454; AP. ROMA, 07.10.80, *ivi*, 1980, II, 477; Trib. ROMA, 21.02.83, *ivi*, 1984, II, 99; TRIB. NAPOLI, 16.03.84, *ivi*,

por último, puede constituir «caso fortuito» a menos que no se demuestre que el mismo ha tenido origen en los locales del banco⁵⁸.

La jurisprudencia, al delimitar las notas características del caso fortuito, ha hecho recurso a los requisitos de inevitabilidad del hecho⁵⁹, irresistibilidad⁶⁰, imprevisibilidad⁶¹ y extraordinariedad o excepcionalidad del hecho⁶². Sin embargo, se ha observado que «no es más característica connotante del fortuito el requisito de la impredecibilidad, porque pueden darse eventos predecibles absolutamente inevitables»⁶³ y, además, que la jurisprudencia se dirige hacia una concepción objetiva y absoluta del caso fortuito⁶⁴.

Tarea asaz difícil es aquella de determinar el *quantum* de un eventual resarcimiento cuando se demuestre la responsabilidad del banco. La carga de la prueba grava sobre el usuario, quien deberá demostrar el daño sufrido a causa de la sustracción o deterioro de los bienes custodiados en la caja. La jurisprudencia admite en estas hipótesis el recurso a presunciones simples⁶⁵ (Arts. 2727^o y 2729^o c.c. ita.), así como la valoración equitativa del juez⁶⁶ (Art. 1226^o c.c. ita.). Por ejemplo, el Tribunal

1985, II, 506; Trib. FIRENZE, 08.04.87, *Giur. mer.*, 1988, I, 24; AP, Napoli, 28.04.87, en *BBTC*, 1989, II, 60; Trib. Roma, 26.11.87, en *Corr. giur.*, 1988, 494, entre otras.

⁵⁸ CAS., 07.03.76, n. 1129, en *Foro it.*, 1976, I, 531.

⁵⁹ Así, CAS., 29.03.76, n. 1129, en *BBTC*, 1976, II, 173; CAS., 27.07.76, n. 2981, en *NGCC*, 1976, I, 1756; Trib. Roma, 15.02.78, en *BBTC*, 1978, II, 454, Trib. Roma, 27.01.82, en *Giur. it.*, 1982, I, 2, 586.

⁶⁰ CAS., 27.07.76, n. 2981, cit., aunque equivocadamente con referencia a eventos extraordinarios y excepcionales (SEPE, op. cit., 773) y AP. Roma, 07.10.80, en *BBTC*, 1980, II, 477.

⁶¹ TRIB. Roma, 27.01.82, cit; AP. Firenze, 16.11.71, cit., CAS., 27.07.76, n. 2981, cit.

⁶² TRIB. MILANO, 19.03.78, en *BBTC*, II, 454.

⁶³ ALPA, *Op. cit.*, quien da como ejemplo la sobrevenida de una catástrofe anunciada por el observatorio meteorológico.

⁶⁴ ALPA, *Op. cit.* En esta línea de pensamiento VISINTINI, cuando afirma que «el excesivo favor por la posición deudora expresada en las teorías subjetivistas choca contra el sistema legislativo y contra las tendencias de las sociedades evolucionadas y, por consiguiente, de los mercados evolucionados y racionales» (*Op. cit.*, 135).

⁶⁵ Así, TRIB. Pescara, 21.02.91: «La denuncia penal, suscrita por el contrayente del servicio bancario de las cajas de seguridad, que contiene la indicación de los bienes custodiados de la caja, aunque no asuma el rango de prueba civil, adquiere el valor de presunción con el carácter de verosimilitud» (en *BBTC*, 1992, II, 374).

⁶⁶ APP. Bari, 16.04.58, en *BBTC*, 1959, II, 203, con nota de MAJELLO, *Prove e presunzioni di danno in caso di effrazione di una cassetta di sicurezza*; CORTE CAS., 13.05.82, n. 3000, *ivi*, 1984, II, 32, con nota de SALANITRO, *Acceso di terzi, privi di autorizzazione scritta, a cassette di sicurezza: forma della ratifica; prova del contenuto*

de Milán, con sentencia de fecha 14.09.89⁶⁷, ha decidido en favor de los usuarios dañados, basándose principalmente en los resultados de las pruebas testimoniales⁶⁸.

Frente a esta incertidumbre interpretativa, se va consolidando una suerte de *policy*⁶⁹ que tutela a la persona en su perfil de consumidor, entendido en un sentido amplio. Para contrarrestar tal tendencia, los bancos han elaborado diversos mecanismos aptos a protegerlos en la eventualidad de un resarcimiento cuyo *quantum* es desconocido. Así, el *seguro supletorio*, que opera en la hipótesis en la cual el usuario quiera asegurar un importe superior a los límites máximos fijados. En tal caso, interviene una compañía de seguros, con una cobertura denominada «a primer riesgo absoluto», con la consecuencia que el eventual daño sufrido por el locatario será resarcido hasta la concurrencia del efectivo valor de los bienes sustraídos y/o destruidos y, obviamente, no más allá del límite máximo asegurado. Otras instituciones, en cambio, han introducido el denominado *canon diferenciado*, gestionado por el mismo banco sin la intervención de la compañía de seguros. Tal canon resulta de dos componentes, uno denominado *fijo*, vinculado al volumen de la caja y otro *opcional*, relacionado al mayor valor respecto a un límite establecido, de los bienes colocados que han sido declarados por el cliente, hasta un límite máximo.

Por el momento, los bancos italianos esperan que la A.B.I., emane nuevas disposiciones, a efectos de adoptar, en materia, un comportamiento común.

della cassetta: responsabilità del terzo e della banca, y en *Giur. It.*, 1982, I, 1, 1413. Cfr. también PAOLETTI, *Il contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza: note di dottrina e di giurisprudenza*, en *Mon. trib.*, 1968, 1484. En esta última se considera que la valoración equitativa *ex art. 1226 c.c. ita.* «es una valoración dirigida a acertar la cantidad a considerarse más probable, en base no sólo a las normas de común experiencia, sino también a todas las circunstancias del caso en examen».

⁶⁷ Esta sentencia es distinta de aquella señalada en la nota 32, no obstante el *dictum* sea el mismo, las partes son diversas (en la ya comentada Dagnino y Montagna c. Banca Provinciale Lombarda y IVCN y ahora: Origgi, VESCOVINI y otros c. Banca popolare commercio e industria). En la primera sentencia se actuó la prueba testimonial, cosa que deja perplejo a PUHALI «teniendo en cuenta que las operaciones realizadas por el usuario de la caja de seguridad, están cubiertas del secreto» (nota, *cit.*, 343).

⁶⁸ No obstante que entre los usuarios había una s.r.ltda. cuyos bienes depositados en la caja de seguridad no le pertenecían, sino a terceros (los socios de la misma), el Tribunal ha considerado que «la mera posición de «parte» en este contrato, basta para atribuir al usuario legitimación e interés para obrar con respecto del banco» (*cit.*, 537).

⁶⁹ Que está constituida por una serie de principios no explícitos o encubiertos, que son manifestaciones de una determinada política de derecho. Cfr. *Alpa, I principi generali*, en *Tratt. Dir. Priv.* a cura de IUDICA y ZATTI, GIUFFRÉ, 1993, 444.

5 .El modelo diseñado por el operador jurídico nacional en materia de alquiler de cajas de seguridad

A falta de disposiciones administrativas emanadas por la Superintendencia de Banca y Seguros, los bancos peruanos han elaborado sus formularios de contrato de alquiler de cajas de seguridad, basándose en lo dispuesto por el código civil y la ley de bancos, en su momento. La derogada Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, D. Leg. No. 770, del 28.10.93, en su Art. 357º, establecía que «los bancos quedan eximidos de responsabilidad por el alquiler de cajas de seguridad en los casos en que en ellas desaparezcan como consecuencia de catástrofes o incendios, así como cuando, habiendo adoptado razonables previsiones de seguridad, sean violentadas por acción delictiva de terceros perpetrada con amenaza grave para la vida o la seguridad de las personas». Este dispositivo fué criticado porque se advertía que podían presentarse situaciones en las cuales, habiéndose «adoptado razonables previsiones de seguridad», se fueren las cajas de seguridad, sin que con ello, necesariamente, se haya atentado contra la vida o la seguridad de las personas⁷⁰. La actual Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley No. 26702, del 06.12.96, no contempla un tenor similar, limitándose a incluir, en su Art. 221º, inc. 33, dentro de las operaciones y servicios que pueden realizar las empresas del Sistema Financiero, la de «dar en alquiler cajas de seguridad».

Es usual leer el siguiente tenor dentro de los formularios bancarios que contienen el contrato de alquiler de cajas de seguridad: «el banco garantiza únicamente la integridad exterior de la caja de seguridad que alquila, eximiéndose de toda otra responsabilidad.

Igualmente, el banco no se hace responsable por daños y/o perjuicios que puedan provenir de daños causados por casos fortuitos o de fuerza mayor, limitándose su responsabilidad a aquellos provenientes de dolo, culpa o negligencia inexcusables de acuerdo al Art. 1321º del c.c. y por el valor estrictamente económico de los bienes que efectivamente se hayan depositado en la caja de seguridad, hasta un máximo de 5 Ingresos Mínimos Vitales de la Provincia de Lima».

El hecho de limitar al *quantum* resarcitorio en caso de dolo, culpa o negligencia inexcusables, colisiona con lo dispuesto por el Art. 1328º c.c.,

⁷⁰ CASTELLARES AGUILAR, Perú. *Informe Económico Trimestral*, Banco de Crédito, diciembre 1993, 26, quien hace referencia a un caso ocurrido en un banco colombiano.

el cual sanciona con nulidad «toda estipulación que excluya o limite la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga». Es por ello que dicha cláusula contractual, salvo para el caso de culpa leve (como sucede en el modelo italiano), carece de efecto jurídico alguno.

La Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales*

Fernando VIDAL RAMÍREZ

La construcción de instalaciones industriales presenta problemas complejos de los más variados y diversos matices, que se pueden distinguir en técnicos y jurídicos. En relación a estos últimos, los contratos celebrados para el efecto generan un haz de relaciones jurídicas que van tomando características propias, máxime si se trata de contratos internacionales y, por ello, deben aplicarse las normas de conexión con los ordenamientos jurídicos extranjeros que contiene cada derecho nacional.

La guía responde al propósito de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional-CNUDMI, de servir de ayuda en la negociación y redacción de los contratos, sugiriendo soluciones a los problemas jurídicos y para lo cual ha tenido en consideración los ordenamientos jurídicos de los diversos países. No pretende la Guía tener un valor normativo, el cual sólo puede adquirirlo en la medida en que sus recomendaciones sean concordantes con el ordenamiento jurídico aplicable al contrato o que las partes convengan en adoptarlas en sus estipulaciones.

La guía comprende dos partes principales. La primera se refiere a las cuestiones previas a la redacción del contrato, tales como la definición del proyecto y de sus parámetros mediante los estudios preliminares, la selección de los sistemas de contratación y de selección del contratista para llegar a la celebración del contrato, sus formalidades y el cumplimiento de los requisitos para que inicie su vigencia. La segunda parte orienta la redacción del contrato, con el desarrollo de las estipulaciones que deben dar contenido a sus cláusulas.

Veamos, en primer lugar, la «internacionalidad» del contrato.

* Exposición del autor en el Seminario Internacional: Un Derecho Mercantil Uniforme para el Siglo XXI.

La «internacionalidad» de un contrato es el resultado de varios criterios, para así calificarlo. Por un lado, el domicilio de las partes cuando se encuentran en países diferentes y, de otro, cuando se somete el contrato a leyes que no son, al menos, las del país del domicilio de una de las partes y, aún, cuando se elige una ley que no corresponde al domicilio de ninguna de las dos partes.

La cuestión relativa a la ley aplicable al contrato es una de las primeras cuestiones a dilucidar, porque el contrato y las obligaciones que genera debe quedar sometido a un ordenamiento legal determinado, lo que conlleva a la elección por las partes de la ley aplicable, no estando demás indicar que, en nuestro Derecho, la ley que rijas las obligaciones puede ser elegida por las partes siempre que la elección conste expresamente en el contrato conforme a la norma de conexión contenida en el Art. 2095º del Código Civil peruano.

La Guía recomienda que la ley aplicable al contrato sea elegida por las partes y que esa ley sea la del país en el que se van a construir las instalaciones industriales. Sin embargo, advierte que en el país de la ley elegida puedan existir restricciones a la importación y una política cambiaria, arancelaria e impositiva que, junto con otras normas de orden público en relación a la protección del medio ambiente y a los requisitos de seguridad, puedan afectar determinados aspectos del contrato y también de la construcción. Por ello, la autonomía de la voluntad de las partes puede escindir determinados aspectos del contrato y someterlos a ordenamientos legales distintos, como puede ser que la ley del país del que vayan a provenir los equipos o materiales puede regir su suministro y la transmisión de su propiedad.

La ley aplicable genera también la cuestión relativa a la competencia jurisdiccional para la solución de las controversias que puedan suscitarse. A este respecto la Guía recomienda la negociación directa entre las partes, la conciliación y el arbitraje, procedimientos estos últimos y en relación a los cuales la CNUDMI ha contribuido grandemente con sus difundidos reglamentos que, por lo demás, han sido acogidos en nuestro país alentándose cada vez más estos medios de solución de controversias, siendo del caso expresar que en nuestra Constitución Política se reconoce la jurisdicción arbitral y que nada obsta para que las partes puedan convenir libremente su sometimiento a un arbitraje a desarrollarse en el país o en el extranjero. Sólo, porque –creo yo– no puede soslayarse, la Guía se remite a la solución de controversias mediante la intervención de la jurisdicción ordinaria.

La ventaja del arbitraje es evidente y no me corresponde abundar en el tema. Sólo quiero enfatizar que también el Estado puede someterse a

arbitraje. En el Perú, el Estado y las personas jurídicas de derecho público pueden someter a arbitraje las controversias que se deriven de sus relaciones contractuales, conforme al Art. 63 de la Constitución Política, y la vigente Ley General de Arbitraje (Art. 92º) reglamenta el precepto constitucional haciéndolo extensivo al arbitraje internacional, dentro o fuera del país, aunque con la salvedad de que deba realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante arbitros designados mediante procedimientos contemplados en tratados que formen parte del derecho nacional.

Las cuestiones relativas a la ley aplicable y a la jurisdicción son importantes y las he tratado inicialmente porque ellas dan el marco dentro del cual se dan los sistemas de contratación y la selección del contratista, los procedimientos para celebrar el contrato, los requisitos para su validez y el modo como se van a ejecutar las correspondientes prestaciones, tanto en lo relativo a la ejecución de la obra como al pago de su valor.

Veamos, ahora, los sistemas de contratación y selección de contratistas.

Es obvio que la adopción del sistema de contratación corresponde a la parte que tiene el propósito de construir las instalaciones industriales, la que puede optar por celebrar un contrato con un solo contratista o con un grupo de contratistas, y, en esta segunda hipótesis celebrar varios contratos, uno con cada uno de los contratistas. Esta segunda hipótesis puede traer algunas dificultades no sólo para el propietario de la obra, que puede ver diluídas algunas responsabilidades, sino también para las mismas empresas contratistas, a las que se les puede presentar una falta de cohesión y de unidad de criterio en las ejecuciones de sus respectivas prestaciones y en la ejecución de la obra en su conjunto. Además, cabe la posibilidad de que normas imperativas del ordenamiento jurídico de país en el que se van a construir las instalaciones industriales dispongan la observancia de un determinado sistema de contratación.

La construcción de instalaciones industriales cuando son complejas y a gran escala puede estar fuera del alcance de una sola empresa contratista y determine que ésta se vea precisada a «consociarse» o a obtener el concurso de otras empresas a las que subcontrata.

La Guía no formula recomendación alguna respecto a los sistemas de contratación, pero los explica, con especial referencia a los denominados «sistema llave puesta en mano» y «sistema del contrato producto en mano».

En el «sistema de contrato llave en mano», que supone un único contrato, se encarga al contratista de todas las prestaciones necesarias para la terminación completa de las instalaciones, pudiendo incluir, ade-

más, los estudios preliminares del proyecto y el financiamiento de la obra. En el «sistema del contrato producto en mano», el contratista, además de asumir las prestaciones inherentes al de la «llave en mano», compromete su garantía para el alcance de las metas de producción que han sido convenidas y para cuyo fin debe utilizar las materias primas y demás insumos que resultan indicados en el contrato.

Es obvio también que la selección del contratista corresponde también a la parte que tiene el propósito de construir las instalaciones industriales y para ello, conforme lo señala la Guía, hay dos métodos básicos, el de la licitación y el de la contratación directa.

Por el método de la licitación se convoca a las empresas a presentar ofertas y se llega a la selección del contratista con el cual se celebra el contrato en virtud de las calificaciones obtenidas y por estimarse su oferta como la más ventajosa. La licitación puede ser pública o privada, según se convoque a todas las empresas contratistas de obras y que estén interesadas en presentar ofertas, o, según se convoque sólo a algunas empresas, calificadas *a priori* por la parte que tiene el propósito de ejecutar la obra. Sin embargo, es posible, como lo advierte la Guía, que normas imperativas de la ley aplicable al método de selección del contratista, o bien las normas establecidas por la institución financiadora del proyecto, rigen el procedimiento para la contratación de la obra y que ellas conduzcan necesariamente a la licitación.

Si el método impuesto por las normas imperativas es el de la licitación, ésta debe ser organizada de la manera como lo establezcan tales normas con el margen que le permitan a la entidad licitante, pero, si se trata de obras públicas, la licitación es imperativa como imperativa es, en el Perú, la aplicación del Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas. El procedimiento de la licitación es formal y sus formalidades constituyen garantía tanto a la entidad licitante como a los postores.

Si la obra a ejecutarse es privada puede, sin limitaciones, seleccionarse al contratista por negociación y contratación directas. La Guía, para este caso, recomienda que la parte que tiene el propósito de ejecutar la obra entable tratativas con una o más empresas contratistas que estime en aptitud de construir las instalaciones industriales y les solicite ofertas, previo envío de la información y documentación que sean necesarias para posibilitar la formulación de las ofertas. Presentadas las ofertas, se procede a las tratativas definitivas que concluyan en la concertación del contrato.

En el método de la selección directa del contratista se arriba, en esencia, a un contrato privado que se concierta ejercitando las partes la

autonomía de la voluntad, pues queda sometido a las normas de la codificación civil, salvo que el contrato se regule por leyes especiales. En el Perú, el Código Civil legisla sobre el contrato de obra, como una especie del género que viene a ser el contrato de prestación de servicios.

Si el contrato es el resultado de un procedimiento de licitación habrá de constar por escrito y, por lo general, se le lleva a ser contenido en una escritura pública. Si el contrato es consecuencia de la selección directa del contratista, la codificación civil, como en el caso de la peruana, no le prescribe forma al contrato, por lo que es sumamente atendible la recomendación de la Guía para que se le haga constar por escrito.

El contrato, como es lógico, ha de tener un plazo de vigencia, en relación al cual debe precisarse la fecha del inicio, que puede ser la fecha de celebración o al realizarse una condición suspensiva y, aún, del cumplimiento de un plazo suspensivo; que puede pactarse también como resolutorio. El plazo de vigencia del contrato tiene una relevancia tal que es necesario enfatizarlo y, por ello, la Guía aconseja la formulación de un calendario que establezca el orden en la ejecución de los trabajos con determinación de la fecha en que cada etapa deba quedar cumplida. Veamos, por último, aunque falta un buen trecho, el contenido del contrato.

El contenido del contrato plantea, como un primer tema a dilucidarse, el relativo a su interpretación. Por ello, la redacción del contrato requiere de una definición en cuanto al idioma en el que va a ser redactado. Lo ideal es que el contrato se redacte en un solo idioma, pero si las partes no hablan el mismo idioma, la Guía aconseja redactarlo en ambos idiomas con la estipulación del idioma que prevalecerá en caso de discrepancia y, si sobre las versiones del contrato en los idiomas diferentes las partes convienen en que tengan un mismo valor, entonces aconseja que se establezcan pautas para solucionar las controversias que de una diversa interpretación puedan suscitarse.

La interpretación del contenido del contrato es, pues, imprescindible facilitarla. Para tal fin, la Guía recomienda el uso de un vocabulario que permita definir conceptos o darles la mayor precisión posible, así como también que se especifiquen los antecedentes que pueden servir para la interpretación, pues ésta no está referida a lo que las partes quisieron sino a lo que expresaron, aunque con auxilio de los métodos de interpretación reconocidos en el Derecho.

Conjuntamente con la redacción del contrato es también conveniente que se precisen los documentos que se anexan como partes integrantes y, en relación a los cuales, el valor normativo o interpretativo que se les atribuye, su confidencialidad y a la parte a la que corresponde la pro-

piedad sobre los mismos. Estos anexos deben comprender, pues, la descripción de las instalaciones que han de construirse, sus características, especificaciones, planos y, en general, todos los aspectos técnicos que contribuyan a establecer el objetivo perseguido por el dueño de la obra y al que se compromete el contratista asumiendo sus responsabilidades y en respaldo de las cuales pueda, si así se conviene en el contrato, constituir una fianza que la Guía presenta como «fianza de calidad».

Los servicios del contratista pueden suponer una transferencia de tecnología, que consiste en dar conocimiento al propietario de la obra de la información técnica, lo que supone también las correspondientes previsiones en el contrato. Esta transferencia de tecnología, según la Guía, puede tener lugar mediante la concesión de licencias de propiedad industrial, la iniciación de una operación conjunta entre ambas partes contratantes, la comunicación de conocimientos técnicos de carácter confidencial o la capacitación del personal del propietario de la obra.

La transferencia de tecnología puede dar lugar a que se pacten derechos o regalías a favor del contratista, el que deberá dejar establecido la no existencia de terceros con derecho a reclamar por la tecnología aplicada a la obra y, eventualmente, a constituir una fianza por el contratista y también por el propietario de la obra en garantía de la confidencialidad de la tecnología que le ha sido transferida. El precio y sus condiciones de pago son cláusulas relevantes en el contrato.

En primer lugar, debe establecerse el método para la determinación del precio. Según la Guía, pueden adoptarse los métodos del precio alzado, el de costos reembolsables y el del precio unitario. El precio alzado o de suma alzada consiste en la obligación del propietario de la obra de pagar un determinado importe que permanece constante, salvo que se reajuste o se modifique. El método de costos reembolsables consiste en la obligación del propietario de la obra de pagar todos los costos que razonablemente el contratista haya tenido que sufragar en la ejecución de la obra, además de la retribución convenida, asumiendo el propietario el riesgo de que el monto de los costos supere al previsto en la fecha de la celebración del contrato, aun cuando es lícito pactar limitaciones. El precio unitario consiste en que las partes convengan en un precio por unidad de construcción, resultando el precio total de las unidades, asumiendo también el propietario el riesgo del aumento del costo si la cantidad real de unidades supera la estimada al momento de la celebración del contrato, siendo de cargo del contratista el riesgo del aumento del costo de cada unidad.

Cualquiera que sea el método convenido, puede pactarse también que si el propietario está interesado en que la obra se termine antes del

plazo estipulado pagará una prima, cuyo cálculo debe ser resultado del acuerdo de partes.

Frente al fenómeno inflacionario y devaluatorio que traen consigo fluctuaciones cambiarias, a veces muy severas, los contratantes pueden optar por una moneda que tenga estabilidad y que evite el riesgo cambiario, máxime si la política económica de nuestros días va erradicando los sistemas controlistas y alienta la libre convertibilidad y circulación de moneda extranjera. Esta previsión puede adoptarse con cualquiera de los métodos de determinación del precio.

Las condiciones de pago pueden ser libremente pactadas.

Hemos anteriormente calificado al contrato como complejo, pues de suyo lo es, máxime si también tiene que dar cabida a cláusulas relativas al suministro de equipos y materiales. Como se sabe, el suministro es un contrato distinto al de compraventa y, más aún, del contrato de obra, aunque pueden vincularse estrechamente, al extremo que puede quedar contenido en el mismo documento contractual y en virtud del cual se van a construir las instalaciones industriales.

El suministro debe dar lugar, pues, en sus cláusulas correspondientes a la descripción de los equipos y materiales que se van a suministrar, precisándose las obligaciones del contratista y la oportunidad y el lugar de la entrega y su transporte y a la parte a la que corresponde sufragar los gastos, encargarse del despacho aduanero y asumir el pago de los derechos arancelarios, y de su almacenamiento, si es del caso. La Guía aconseja, además, que en las cláusulas del contrato se prevea también el suministro de piezas de repuesto para después de concluída la construcción y la prestación de servicios técnicos, por el plazo que las partes acuerden, para el mantenimiento y la conservación de las instalaciones industriales.

Un aspecto vinculado al suministro y que considero que debe destacarse es el relativo al riesgo. Los equipos y materiales pueden perderse o sufrir daños, en las propias instalaciones, antes o después de su terminación, los que pueden producirse por causa imputable a las partes o por caso fortuito o fuerza mayor, todo lo cual debe preverse en el contrato. Este aspecto tiene sus complejidades y la Guía lo remite a lo estipulado en el contrato siempre que no se contravengan normas imperativas, o a lo que establezca la legislación aplicable, aconsejando que sea el contratista el que asuma el riesgo respecto de sus propios equipos y si se han incorporado a la obra, así como los materiales, estarse a lo pactado pues en mucho depende el método adoptado para la fijación del precio.

La Guía aconseja la contratación de un seguro, por el contratista no sólo que cubra el riesgo de pérdida o daños de los equipos y materiales

sino también por los siniestros que puedan ocurrir durante la construcción y aun después de terminada hasta su entrega al propietario.

Cuestión vinculada al riesgo, y de ahí también la necesidad de contratar un seguro, es la relativa a la propiedad de los equipos y materiales empleados en la construcción de las instalaciones industriales, pues ella tiene importancia respecto al seguro y además a los impuestos y a una eventual responsabilidad ante terceros. Por ello, el contrato deberá contener cláusulas precisas en las que, al igual que en el caso del riesgo, habrá de tenerse en consideración el método adoptado para la determinación del precio.

La Guía aconseja que el propietario de la obra se haga asesorar por un consultor, que debe ser un ingeniero, quien en su nombre puede adoptar determinadas medidas de conformidad con el contrato. Es conveniente, como lo enfatiza la Guía, que en el contrato se precisen las facultades y funciones del consultor a fin de evitar interferencias con las del contratista, estableciendo hasta que punto sus actos pueden ser vinculantes para las partes. De ahí, que sea conveniente que en el contrato se establezca también el procedimiento para su contratación y para su eventual reemplazo.

El asesoramiento que requiere el propietario de la obra puede darse también en otras especialidades, como en el caso del seguro.

El contrato debe contemplar lo relativo a la subcontratación, que es la contratación de un tercero para que ejecute alguna de las obligaciones que el contratista ha contraído en virtud del contrato, sea para permitirla o para prohibirla. Si el contrato permite la subcontratación, la Guía considera conveniente incluir en el contrato cláusulas relativas a la selección de los subcontratistas, ya sea que esté a cargo del contratista o de éste y del propietario de la obra, así como el alcance de los trabajos que se le va a encomendar. Este aspecto reviste especial importancia en cuanto a la responsabilidad imputable por los actos del subcontratista, pues las consecuencias de estos actos suponen también la responsabilidad del contratista que puede llegar a establecerse de manera solidaria, salvo que el propietario de la obra haya seleccionado al subcontratista y se haya reservado para sí la reclamación de los daños y perjuicios por la responsabilidad que le pueda ser imputable.

Así como puede contemplar la subcontratación puede también el contrato considerar la autorización, a cualquiera de las partes, para transmitir los derechos y obligaciones nacidas del contrato, total o parcialmente, estableciéndose las condiciones y los requisitos para hacerlo, aconsejando la Guía que también se indiquen las consecuencias de una cesión del contrato con infracción de las cláusulas que la norman.

Durante la ejecución de las obras pueden verificarse inspecciones y pruebas tendientes a establecer que se viene realizando conforme al contrato. La Guía estima conveniente que este aspecto sea también previsto por las partes, describiéndose el carácter de las inspecciones y pruebas y su periodicidad, lo que debe constituir una prerrogativa del propietario de la obra. Frente al resultado insatisfactorio, es conveniente también que se prevea en el contrato la manera como el contratista deberá corregir los defectos que se detecten.

La verificación de inspecciones y pruebas reviste importancia también en lo que respecta a la terminación de la obra, pues de ser satisfactorias facilitarán su entrega y aceptación por el propietario. El contrato puede prever una prueba final cuyo resultado se haga constar en un acta que suscriban el contratista y el propietario y que sea el punto de partida para la aceptación de la obra.

El contrato entre el propietario de la obra y el contratista es, incuestionablemente, de prestaciones recíprocas y esta característica habrá de determinar que cada una de las partes se requieran garantías que aseguren el cumplimiento de las que a cada una le corresponden. Estas garantías, por lo general, son de naturaleza personal.

Es usual que al contratista se le comience por requerir una fianza para que mantenga la oferta hasta la celebración del contrato y luego una fianza de buena ejecución de la obra, por lo general constituida por una empresa bancaria, la que incluso puede ser previamente calificada por el propietario de la obra, el mismo que precisa sus características y condiciones. Por su parte, puede también el contratista requerir que el propietario de la obra le otorgue una fianza, también constituida por una empresa bancaria, u otra garantía que podría ser de naturaleza real, para asegurar el pago del precio.

Si bien hemos indicado las garantías que recíprocamente pueden exigirse las partes para asegurar el cumplimiento de las prestaciones que vienen a ser las fundamentales, el contrato puede prever también garantías para los casos de atraso en el cronograma previsto para la ejecución de la obra o cualquier otro tipo de demora imputable al contratista, así como por cumplimiento tardío o defectuoso y, en general, para cualquier tipo de incumplimiento. De la misma manera en cuanto al cumplimiento de la prestación fundamental a cargo del propietario de la obra, que puede consistir en atraso en los pagos parciales que deba realizar u otro incumplimiento.

Las partes pueden convenir también en cláusulas penales, determinando con anticipación las indemnizaciones que corresponda pagar para cada caso de incumplimiento. Estas cláusulas por lo general se utilizan

en previsión de posibles incumplimientos del contratista y sus ventajas son evidentes, pues le permiten al propietario de la obra obtener el pago indemnizatorio sin necesidad de probar los daños y perjuicios en un proceso judicial o arbitral, eliminando los gastos de tal proceso y la incertidumbre de su resultado. Pero también ofrecen ventajas al contratista, desde que con estas cláusulas limita su responsabilidad. Desde luego, habrá que estar a lo que la legislación aplicable regule sobre las cláusulas penales y en este sentido la Guía es sumamente cautelosa.

En efecto, la Guía no descarta la posibilidad de que además de las cláusulas penales puedan haber reclamaciones por daños y perjuicios y, en tal caso, la penalidad se computa como pago a cuenta de la indemnización, si ésta resultare ser una suma mayor.

Pero así como hay lugar a reclamaciones indemnizatorias, o a su limitación mediante las cláusulas penales, el contrato puede dar también contenido a cláusulas exoneratorias de responsabilidad. En este caso la Guía es también sumamente cautelosa y aconseja la mayor precisión posible en cuanto a las causas impeditivas del incumplimiento exonerado, siempre con la salvedad de lo que puedan establecer las normas imperativas de la legislación aplicable.

La Guía hace también referencia a las que denomina cláusulas de gravosidad y que guardan similitud con lo que en nuestro sistema jurídico viene a ser la excesiva onerosidad en la prestación, que el Código Civil regula como una medida para mantener la conmutatividad de los contratos de prestaciones recíprocas. Estas cláusulas, según la Guía, tienen el destino de prever la renegociación del contrato, por lo que aconseja la mayor precisión posible en los hechos o acontecimientos extraordinarios que motiven su aplicación.

En el curso de la ejecución de la obra pueden presentarse situaciones que hagan aconsejable introducir modificaciones en la construcción. Por ello, la Guía aconseja también que se hagan previsiones en el contrato en cuanto a las circunstancias en las que el contratista, a solicitud del propietario de la obra, resultase obligado a introducirlas pero siempre que se hagan conforme a los criterios enunciados en el contrato o que el contratista se oponga, para cuyo efecto el contrato tiene que haber previsto la razonabilidad de los motivos o, aviniéndose el contratista a las modificaciones, deje constancia escrita. Como las modificaciones pueden crear controversias entre el contratista y el propietario, la Guía aconseja también que se haga previsión en el contrato sobre la manera de solucionarlas.

En el curso de la ejecución de la obra pueden también presentarse situaciones que hagan aconsejable la suspensión de la construcción. La

Guía ha reparado también en esta posibilidad y aconseja también que se haga la debida previsión en el contrato, sea que la suspensión se haga a instancia del propietario o a instancia del contratista, previéndose también el procedimiento que debe preverse en el contrato para que las partes hagan uso de esta facultad. La suspensión puede originarse por múltiples causas, que es necesario armonizar con las demás cláusulas del contrato, en el que también debe preverse las consecuencias de la suspensión y la reanudación de la ejecución de la obra.

La Guía aconseja que el contrato de contenido a cláusulas resolutorias, en las que no sólo se estipulen las causales sino que además se establezca el procedimiento para la resolución del contrato. Tal vez, desde la perspectiva de nuestro sistema jurídico convenga hacer una precisión, por cuanto la Guía parece ser que usa indistintamente la resolución y la rescisión, cuando nuestro Código Civil las distingue claramente y ha definido su diferenciación. La rescisión, según nuestro Código Civil, deja sin efecto un contrato por causal existente al momento de celebrarlo (Art. 1370) mientras que la resolución lo deja sin efecto por causal sobreviniente (Art. 1371). La acotación es importante, por cuanto el uso indistinto de la resolución y de la rescisión no sólo podría generar confusión sino también problemas, el efecto de la rescisión se retrotrae al momento de la celebración del contrato y el de la resolución al momento de la causal que la motiva, obligando la resolución a las partes a restituirse las prestaciones en el estado en que se encontraran al momento indicado y, si no fuera posible, a reembolsarse en dinero su valor (Art. 1372), lo que no puede ocurrir con la rescisión pues para su aplicación nuestra ley le fija un plazo relativamente breve y como plazo de caducidad.

Visto el contenido del contrato nos resta considerar los aspectos relativos a la terminación de la obra, su entrega y aceptación por el propietario.

La Guía aconseja que en el contrato se especifique claramente cuando se entenderá concluida la obra mediante las pruebas necesarias y que hayan sido especificadas en el contrato, así como el plazo para practicarlas y la parte que debe asumir el costo. Para tal efecto, no sólo puede convenirse en el plazo para las pruebas sino también el procedimiento para practicarlas. Si las pruebas resultan insatisfactorias, el contratista queda obligado a repetirlas.

Si las pruebas de terminación son satisfactorias se debe dar lugar a un informe del contratista al propietario.

La entrega de la obra por el contratista y su aceptación por el propietario depende del sistema de contratación y si se ha establecido un

período de funcionamiento a prueba, todo lo cual debe estar previsto en el contrato.

El propietario está obligado a aceptar las instalaciones luego de practicadas las pruebas de funcionamiento, para cuyo efecto la Guía aconseja el otorgamiento de un acta que debe ser suscrita por el contratista y el propietario, aconsejando también que el contrato determine las consecuencias jurídicas de la aceptación de la obra.

Como puede apreciarse, pues, la Guía constituye una contribución de suma importancia en la negociación y redacción de contratos internacionales para la construcción de instalaciones industriales y lo hace con suma prolijidad y cuidando de montar el escenario completo en que deben desarrollarse las negociaciones y plasmarse las precisiones y previsiones de un contrato tan complejo del que emerge un haz de situaciones y relaciones jurídicas.

Para terminar, me voy a tomar la licencia de exponer unas vivencias personales. Al hacer el resumen que dejo expuesto, me ha venido a la memoria que hace más de 20 años participé como asesor de la Empresa Minera del Perú en las negociaciones, primero, y en la redacción, después, del contrato que celebró con el Consorcio Japonés Mitsui-Furukawa para la construcción de la refinería de cobre en el puerto de Ilo, bajo la modalidad de «llave puesta en mano». Pienso, ahora, recordando las intensas tratativas que se desarrollaron y las enormes dificultades, no sólo para poner de acuerdo a las partes, sino en la redacción misma del contrato, en el que era necesario prever toda la gama de situaciones que podían presentarse, lo aliviado que hubiera sido el trabajo de los abogados y técnicos que entonces participamos de haber contado con la Guía que he resumido en esta exposición y cuya utilidad es incuestionable y su utilización indispensable.

El Fideicomiso *

Francisco AVENDAÑO A.

I. Introducción

El fideicomiso ha alcanzado gran importancia y desarrollo en algunos países. Ello se debe principalmente a las características propias de la institución y a las diversas modalidades que puede adoptar, las cuales otorgan múltiples beneficios a las partes intervinientes. De otro lado, la reducción de las ganancias con la intermediación del dinero, fruto de la competencia en el negocio bancario, ha ocasionado que los bancos y otras instituciones financieras busquen ofrecer nuevos servicios que les permitan obtener ingresos adicionales.

En el Perú, el artículo 63º de la Ley de Bancos de 1931, aprobada por el Decreto Ley N° 7159, enumeraba las facultades de los bancos. Según el inciso o), los bancos podían aceptar y cumplir comisiones de confianza. Dichas comisiones de confianza estaban detalladas en el artículo 94º y se vinculaban con las funciones de depositarios e interventores de bienes embargados, liquidadores de sociedades, administradores de bienes comunes y de herencias, albaceas, guardadores, administradores de bienes gravados con usufructo, representantes o fideicomisarios¹ de tenedores de bonos emitidos por sociedades y ejecutores de fideicomisos de cualquier otro carácter.

El Decreto Legislativo N° 637, Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, derogó el Decreto Ley N° 7159. A dife-

* Este artículo fue preparado en 1994 para una publicación que editaría el Grupo Peruano de la Asociación Henri Capitant. El artículo ha sido actualizado.

¹ El término fideicomisario usado por la Ley de Bancos de 1931 se refería al representante de los obligacionistas en un contrato de emisión de obligaciones y no a la persona que recibe los beneficios del fideicomiso.

rencia de la Ley de Bancos de 1931, el Decreto Legislativo N° 637 no contempló la ejecución de fideicomisos dentro de las comisiones de confianza que los bancos podían desempeñar. Sin embargo, hacía dos menciones sobre el fideicomiso. El artículo 136 inciso f) decía que constituían activos y créditos contingentes de muy bajo riesgo los fideicomisos en general; y el artículo 334 inciso b) señalaba que los delegados especiales, en caso de disolución y liquidación de bancos y financieras, estaban facultados para establecer fideicomisos respecto de los activos sujetos a litigio.

La Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros, aprobada por el Decreto Legislativo N° 770, reguló de manera orgánica el fideicomiso. Por primera vez en la legislación peruana los bancos quedaron expresamente autorizados para actuar como fiduciarios. La nueva Ley General del Sistema Financiero y de Seguros² recientemente aprobada por la Ley N° 26702, también regula el fideicomiso.

El presente trabajo analiza el fideicomiso en la Ley del Sistema Financiero. Lo hemos dividido en seis partes: noción, comparación con otras instituciones, naturaleza jurídica, el patrimonio fideicometido, el dominio fiduciario y modalidades del fideicomiso.

II Noción

Comúnmente se identifica el fideicomiso con el contrato por el cual el fideicomitente transfiere bienes al fiduciario, quien se obliga a disponer de ellos de una forma determinada y a favor del fideicomisario. La Ley del Sistema Financiero, sin embargo, define el fideicomiso como la «relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicometido, sujeto al dominio fiduciario de éste último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor el fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario»³.

El fideicomiso supone un negocio formado por dos relaciones: una por la que el fideicomitente transmite al fiduciario la propiedad de bienes o la titularidad de créditos y otra, en mérito de la cual el fiduciario

² En adelante nos referiremos a la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros vigente indistintamente como la Ley del Sistema Financiero o la L. del S.F.

³ Artículo 241 de la L. del S. F.

limita su condición de propietario o titular, con el objeto de cumplir con el propósito para el cual se constituyó el fideicomiso.

El fideicomiso es temporal. Su plazo máximo de duración es de 30 años, salvo los casos de fideicomisos vitalicio, cultural o filantrópico⁴. Al término del fideicomiso, el fiduciario debe devolver al fideicomitente o a sus causahabientes los remanentes del patrimonio fideicometido, salvo que correspondiera la entrega al fideicomisario⁵.

Los bienes que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, distinto de su patrimonio, el cual es afectado a un fin determinado.

Las partes en el fideicomiso son tres: el fideicomitente, el fiduciario y el fideicomisario. El fideicomitente es la persona que constituye el fideicomiso, transfiriendo sus bienes al fiduciario para que los utilice en la forma establecida en el acto constitutivo del fideicomiso. Pueden ser fideicomitentes todas las personas naturales o jurídicas que tengan la facultad de disponer de los bienes que transmiten⁶, inclusive las empresas e instituciones estatales de derecho público o privado. Cuando el fideicomiso se constituye a favor del propio fideicomitente, este asume también la calidad de fideicomisario.

El fiduciario es la persona que adquiere la propiedad de los bienes fideicometidos, asumiendo la obligación de utilizarlos en la forma establecida en el documento de constitución del fideicomiso. El fiduciario no puede ser fideicomisario, salvo en los casos de fideicomiso de titulización⁷, y al igual que en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas⁸, solamente pueden actuar como fiduciarios determinadas instituciones⁹.

El fideicomisario, finalmente, es la persona que recibe los beneficios

⁴ Según el artículo 251 de la L. del S.F., en el fideicomiso vitalicio, en beneficio de fideicomisarios determinados que hubieran nacido o estuviesen concebidos al momento de constituirse el fideicomiso, el plazo se extiende hasta la muerte del último de los fideicomisarios. En el fideicomiso cultural, que tenga por objeto el establecimiento de museos, bibliotecas, institutos de investigación arqueológicos, históricos o artísticos, el plazo puede ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para que el se le hubiere constituido. Finalmente, en el fideicomiso filantrópico, que tenga por objeto aliviar la situación de los privados de razón, los huérfanos, los ancianos abandonados y personas menesterosas, el plazo puede igualmente ser indefinido y el fideicomiso subsiste en tanto sea factible cumplir el propósito para el que se le hubiere constituido.

⁵ Artículo 256 numeral 9 de la L. del S.F.

⁶ Artículo 243 de la L. del S.F.

⁷ Artículo 265 numeral 3 de la L. del S.F.

⁸ En Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México y Venezuela únicamente pueden ser fiduciarios los bancos o instituciones similares debidamente autorizadas. En Costa Rica y Panamá, en cambio, puede serlo cualquier persona. RODRÍGUEZ

del fideicomiso. Pueden ser fideicomisarios las personas determinadas o indeterminadas, el público en general e inclusive el propio fideicomitente¹⁰. Pueden designarse uno o varios fideicomisarios que se sustituyan sucesivamente¹¹.

Si bien existen tres partes, el fideicomiso puede nacer de un contrato o de la voluntad unilateral del fideicomitente¹². Para el perfeccionamiento del contrato de fideicomiso no es necesaria la intervención del fideicomisario, quien a pesar de ello adquiere derechos. El fideicomisario puede intervenir como parte en el contrato, en cuyo caso los derechos que adquiere no pueden ser alterados sin su consentimiento¹³. El contrato es formal, siendo necesario que el fideicomiso conste en instrumento privado protocolizado notarialmente¹⁴, salvo que el valor del fideicomiso exceda de 40 UIT, en cuyo caso es necesaria la escritura pública¹⁵.

El fideicomiso testamentario se constituye desde la apertura de la sucesión. A diferencia del fideicomiso contractual, en el testamentario no es necesario que el fiduciario acepte el encargo. Si el fiduciario declina su designación, debe proponer a su reemplazante. Si este último ni alguna otra empresa acepta el encargo, el fideicomiso se extingue¹⁶.

III Comparación con otras instituciones

Para precisar las características propias del fideicomiso, lo compararemos

AZUERO, Sergio. *Contratos Bancarios. Su significación en América Latina*. 4ª Edición, Bogotá, Felaban, 1990, p. 673 y ss.

⁹ Según el artículo 242 de la L. del S.F., están autorizados para desempeñarse como fiduciarios COFIDE, las empresas de operaciones múltiples (bancos, financieras, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas municipales de crédito popular, entidades de desarrollo de la pequeña y micro empresa, cooperativas de ahorro y crédito autorizadas a captar recursos del público y cajas rurales de ahorro y crédito), las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y de reaseguros.

¹⁰ Artículo 248 de la L. del S.F.

¹¹ Artículo 249 de la L. del S.F.

¹² Artículo 246 de la L. del S.F.

¹³ Artículo 250 de la L. del S.F.

¹⁴ El Art. 246 de la L. del S.F. señala que «la constitución del fideicomiso se efectúa mediante instrumento privado o protocolizado notarialmente» (subrayado agregado). Estimamos que la presencia de la «o» se debe a un error de impresión, pues de lo contrario sería innecesaria la protocolización.

¹⁵ Artículo 176 de la L. del S.F.

¹⁶ Artículo 247 de la L. del S.F.

con algunas instituciones jurídicas reguladas por el Código Civil. Nos referiremos al mandato, al contrato a favor de tercero, a la simulación y a la fundación.

Mandato

El artículo 1790 del Código Civil¹⁷ define el contrato de mandato como aquel por el cual «el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante». El mandato es un contrato consensual, es decir que se perfecciona por el consentimiento de las partes, cuyo objeto consiste en la realización de actos jurídicos, los cuales deben efectuarse por cuenta y en interés del mandante. Excepcionalmente el mandato puede celebrarse también en interés del mandatario o de un tercero¹⁸.

El mandato puede ser con o sin representación. En el primer caso el mandatario actúa en nombre del mandante¹⁹. En el segundo, que es el mandato propiamente dicho, el mandatario actúa en su nombre propio²⁰. En ambos casos, sin embargo, el mandatario actúa por cuenta y en interés del mandante.

A diferencia del mandato, el fideicomiso no tiene naturaleza contractual, pues puede nacer inclusive por voluntad unilateral del fideicomitente expresada en testamento²¹. El objeto del fideicomiso puede consistir en la realización de actos jurídicos o de trabajos u obras y no solamente en la celebración de actos jurídicos. Por último, el fiduciario no actúa en representación del fideicomitente, sino en su propio nombre, en su calidad de propietario de los bienes fideicometidos, por lo que los derechos y obligaciones que asume no recaen en el fideicomitente, sino en el patrimonio afectado.

Contrato a favor de tercero

Según el artículo 1457 del Código Civil, «por el contrato en favor de

¹⁷ En adelante nos referiremos al Código Civil indistintamente como Código Civil o C.C.

¹⁸ Artículo 1803 del C.C.

¹⁹ Artículo 1806 del C.C.

²⁰ Artículo 1809 del C.C.

²¹ Artículo 246 de la L. del S.F.

tercero, el promitente se obliga frente al estipulante a cumplir una prestación en beneficio de tercera persona. El estipulante debe tener interés propio en la celebración del contrato». De la Puente²² señala las siguientes características de este contrato: (i) es un contrato, por lo que para que se genere el derecho a favor del tercero el estipulante y el promitente deben acordar la creación de dicho derecho; (ii) en el contrato intervienen únicamente el estipulante y el promitente; (iii) el tercero es totalmente extraño al contrato; (iv) la finalidad del contrato es el interés del tercero; y, (v) el estipulante también debe tener un interés propio.

El punto de contacto entre el contrato a favor de tercero y el fideicomiso está en que a través de las dos instituciones se puede crear un derecho u otorgar un beneficio a favor de un tercero. Existen sin embargo algunas diferencias. En efecto, una de las características del contrato a favor de tercero es precisamente que es un contrato. El fideicomiso, en cambio, es una relación jurídica que puede surgir tanto de un contrato como de un acto jurídico unilateral. En el contrato a favor de tercero éste no puede intervenir en el contrato (pues ya no sería tercero, sino parte), mientras que en el fideicomiso el fideicomisario sí puede intervenir en el contrato. En el contrato a favor de tercero el estipulante puede revocar el derecho del tercero siempre que éste no haya hecho conocer al estipulante y al promitente su voluntad de hacer uso de su derecho²³, en tanto que en el fideicomiso se puede establecer la facultad del fideicomitente de resolver el fideicomiso, salvo que el fideicomisario hubiera intervenido como parte en el contrato o hubiera renunciado a tal derecho²⁴. Finalmente, el contrato a favor de tercero supone la existencia de un tercero ajeno al contrato, a favor de quien se crea el derecho. En el fideicomiso, en cambio, puede no haber tercero, ya que el fideicomiso puede celebrarse en interés del propio fideicomitente.

Simulación

La simulación se puede definir como «la declaración de voluntad no real, emitida concientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o

²² DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. *Estudios sobre el Contrato Privado*. Volumen II, Cultural Cuzco S.A., Editores Lima-Perú, 1983, p. 217 y ss.

²³ Artículo 1464 del C.C.

²⁴ Artículo 250 de la L. del S.F.

es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo»²⁵. La simulación puede ser absoluta o relativa. La simulación es absoluta cuando se aparenta celebrar un acto jurídico, pero en realidad no existe voluntad para celebrarlo²⁶. Es relativa cuando las partes han querido concluir un acto jurídico distinto del celebrado²⁷ o cuando en el acto jurídico se hace referencia a datos inexactos o interviene interpósita persona²⁸.

La distinción principal entre la simulación y el fideicomiso se da en el plano de la voluntad. En la simulación o no existe voluntad de celebrar un acto (simulación absoluta) o se oculta el acto celebrado (simulación relativa). En el fideicomiso, por el contrario, existe la voluntad de celebrar un acto que no se oculta. La simulación se realiza para producir una apariencia, con el propósito de engañar a un tercero. En el fideicomiso, en cambio, el resultado es querido y no hay ninguna intención de engaño.

Fundación

De acuerdo con el artículo 99 del Código Civil, «la fundación es una organización no lucrativa instituida mediante la afectación de uno o más bienes para la realización de objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social».

La similitud de la fundación con el fideicomiso radica en que en ambas instituciones jurídicas se afecta un patrimonio para un fin determinado. Las diferencias, sin embargo, son muchas. La fundación es una persona jurídica que administra sin ánimo de lucro bienes afectados para un fin de interés social. El fideicomiso, por el contrario, no es una persona jurídica, ni tiene una finalidad social.

IV Naturaleza jurídica

Existen numerosas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso. Dichas teorías tienen su punto de partida en las distin-

²⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Teoría General del Acto Jurídico. Primera Edición, Cultural Cuzco S.A. Editores, Lima-Perú, 1985, p. 321.

²⁶ Artículo 190 del C.C.

²⁷ Artículo 191 del C.C.

²⁸ Artículo 192 del C.C.

tas nociones de fideicomiso plasmadas en la legislación comparada. Nos referiremos a las principales teorías.

Teoría del mandato

El principal exponente de la teoría del mandato fue el panameño Ricardo J. Alfaro. En su intento de adaptar el *trust* anglosajón a la legislación panameña, Alfaro asimiló el fideicomiso al mandato irrevocable.

Según esta teoría, el fideicomiso vendría a ser un mandato irrevocable por el que se transmiten bienes al fiduciario para que disponga de ellos a favor de un tercero.

La teoría del mandato es sumamente frágil. Hay diferencias sustanciales entre el fideicomiso y el mandato, según vimos anteriormente cuando diferenciamos ambas instituciones. Abundando en el tema, «... se ha criticado ... [esta teoría] no sólo por la aparente inconsistencia entre la irrevocabilidad y el mandato como contrato de naturaleza revocable, sino porque también, en principio, el mandatario obra en nombre y representación de su mandante y aun cuando no tenga esta última, los negocios jurídicos que celebra están destinados a radicarse en cabeza de su comitente. Nada de esto ocurre dentro de la estructura contemporánea del fideicomiso, en la cual el fiduciario actúa como propietario de los bienes frente a terceros, celebrando los negocios en su nombre o en el del fideicomiso, si se quiere, pero no en el del constituyente ni en su beneficio, aunque enderece su actividad a la consecución de una determinada finalidad»²⁹.

Nuestra legislación en el pasado asimiló el fideicomiso con el mandato. En efecto, la Ley de Bancos de 1931 facultaba a los bancos a desempeñar una serie de comisiones de confianza, inclusive a ejecutar fideicomisos. Todas esas comisiones de confianza se sustentaban en mandatos mercantiles.

Teoría del patrimonio de afectación

Según la teoría del patrimonio de afectación, cuyo primer exponente fue el autor francés Pierre Lepaulle, el fideicomiso es en esencia un patrimonio sin titular que se afecta a un fin determinado. Lo esencial del fi-

²⁹ RODRÍGUEZ AZUERO, SERGIO. *Op. cit.* p. 629.

deicomiso en esta teoría es la existencia de un patrimonio y su afectación para un fin determinado.

Esta teoría es sumamente útil para comprender las características del fideicomiso. Sin embargo, se le puede hacer una crítica frontal: no hay un patrimonio sin un titular. «Todo derecho es, a *fortiori*, facultad de alguien, así como toda obligación necesariamente supone un obligado. Hablar de derechos sin titular es contradecirse. La noción de deber encuéntrase ligada inseparablemente del concepto de persona; entre ellos hay una relación del mismo tipo que la que existe entre las ideas de sustancia y atributo»³⁰. En este sentido, es inconcebible un patrimonio sin que exista un titular de dicho patrimonio.

Teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad

La teoría del desdoblamiento del derecho de propiedad explica la naturaleza jurídica del fideicomiso como un desdoblamiento del derecho de propiedad en dos titulares. El fiduciario sería el titular de la propiedad jurídica y el fideicomisario de la propiedad económica. Lizardi Albarrán se refiere a estos dos derechos de propiedad en los siguientes términos: «uno de estos derechos, el del fiduciario, se caracteriza, si no de manera absoluta, cuando menos en su tendencia general, por la facultad de disposición, y es por esto que el mismo fiduciario queda frente a terceros ostentándose como propietario; ya que dicha facultad es atributo esencial del derecho de propiedad... El segundo derecho es el del fideicomisario que, a diferencia de el del fiduciario, se caracteriza por tener fundamentalmente un contenido económico, válido *erga omnes*. Este derecho está intrínsecamente ligado al fin de la operación y tiende a confundirse con él, por representar dicho fin, en una forma o en otra, un beneficio económico para el fideicomisario...»³¹

Villagordoa Lozano³² critica esta teoría porque la existencia de un propietario excluye la posibilidad de que exista otro propietario. No pueden haber dos derechos reales de propiedad respecto de un mismo bien.

El problema de la teoría del desdoblamiento del derecho de propie-

³⁰ GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Citado por Villagordoa Lozano, José Manuel. En: *Doctrina General del Fideicomiso*. Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1982, p. 96.

³¹ LIZARDI ALBARRÁN, Manuel. Citado por VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. En: *Op. cit.*, p. 101.

dad se debe al intento de identificar la propiedad fiduciaria con la propiedad civil. Como veremos más adelante, a diferencia de la propiedad civil la propiedad fiduciaria es temporal, existe para realizar un fin determinado y no otorga un verdadero valor económico a su titular.

En términos civiles no pueden haber dos propietarios sobre un mismo bien, salvo el caso de copropiedad. No pueden coexistir un «propietario jurídico» y otro «económico». El hecho de que un tercero se beneficie exclusivamente de un derecho de propiedad ajeno, no hace que se convierta en «propietario económico».

Teoría del negocio fiduciario

Según la teoría del negocio fiduciario, el fideicomiso sería una especie de negocio fiduciario³³. Rodríguez Azuero se inclina por esta teoría «... por estimar que, a través de la relación obligatoria consagrada en la ley, se explica sin dificultad que el fiduciario tenga un derecho de propiedad restringido y enderezado en forma exclusiva a cumplir la finalidad prevista en el contrato»³⁴.

Esta teoría es cuestionable por dos razones. En primer lugar, porque como el propio Rodríguez Azuero lo señala «no puede afirmarse... que exista una desproporción entre el medio utilizado y la finalidad que se busca porque en cuanto se trate de figuras tipificadas, como sucede en nuestro caso, la finalidad que se busca debe conseguirse precisamente a través del expediente de la transmisión. Además, debe observarse que no se trataría, por ello, de un negocio fiduciario puro por cuanto él no radica en forma exclusiva en la confianza, sino que los derechos y obli-

³² VILLAGORDOA LOZANO, José Manuel. *Op. cit.*, p. 102.

³³ Existen dos definiciones clásicas de negocio fiduciario. Según Regelsberger, el negocio fiduciario es «un negocio seriamente querido, cuya característica consiste en la incongruencia o heterogeneidad entre el fin contemplado por las partes y el medio jurídico empleado para lograrlo». Para Grassetti, en cambio, «por negocio fiduciario entendemos una manifestación de voluntad con la cual se atribuye a otro una titularidad de derecho en nombre propio pero en interés, o también en interés del transferente o de un tercero. La atribución al adquirente es plena, pero éste asume un vínculo obligatorio en orden al destino o empleo de los bienes de la entidad patrimonial». Para Mosset Iturraspe, los elementos del negocio fiduciario con tres: i) la confianza entre fiduciante y fiduciario; ii) el doble juego de relaciones: real y obligacional; y, iii) la potestad de abuso del fiduciario. Mosset Iturraspe, Jorge. *Negocios Simulados, Fraudulentos y Fiduciarios*. Tomo II, Ediar, Buenos Aires, 1975, p. 219 y ss.

³⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 630.

gaciones de las partes están cuidadosamente regulados por la ley sin que quepa entonces posibilidad de abuso, en el sentido de traición a la voluntad del constituyente que quedase impune por no existir control distinto sobre el cumplimiento de la misma ...»³⁵.

En segundo lugar, porque cuando se dice que el fideicomiso es una especie de negocio fiduciario no se dice nada sobre la naturaleza jurídica del fideicomiso. ¿Cuál es, a su vez, la naturaleza jurídica del negocio fiduciario?

Teoría del contrato

La teoría del contrato ha sido sostenida por Rodolfo Batiza³⁶. Batiza critica la naturaleza jurídica del fideicomiso como acto unilateral y sostiene que su naturaleza es contractual. En definitiva, según esta teoría, el fideicomiso sería un contrato.

La Ley del Sistema Financiero define el fideicomiso como una relación jurídica. Esta definición nos permite distinguir el fideicomiso del acto mediante el cual se constituye. El fideicomiso puede constituirse a través de un contrato o mediante un acto unilateral³⁷, pero no debe confundírsele con el contrato que le da nacimiento. Lo mismo ocurre con el derecho de propiedad regulado por el Código Civil. La propiedad puede surgir de un contrato o de un acto unilateral. La naturaleza jurídica de la propiedad, sin embargo, no es contractual.

Opinión personal

El fracaso de las distintas teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del fideicomiso se debe al intento de «encuadrar» esta institución dentro de otras instituciones pre-existentes.

El fideicomiso es una institución *sui generis* con características propias. El elemento central del fideicomiso es en nuestra opinión la afectación de un patrimonio. El fideicomiso sirve y es útil en tanto se separa y afecta un patrimonio para un fin determinado. Sin este elemento el fideicomiso no tendría razón de ser ni utilidad alguna. Al separarse el pa-

³⁵ *Ibid*, p. 630

³⁶ BATIZA, Rodolfo. *Principios Básicos del Fideicomiso y de la Administración Fiduciaria*. Editorial Porrúa S.A., México, 1977, p. 35 y ss.

³⁷ Artículo 246 de la L. del S.F.

patrimonio fideicometido se vuelve prácticamente «intocable». No responde por las deudas del fideicomitente, del fiduciario ni del fideicomisario. Las únicas obligaciones por las que responde el patrimonio fideicometido son aquellas contraídas por el fiduciario en ejercicio del fideicomiso.

El titular del patrimonio fideicometido es el fiduciario, quien se convierte así en titular de dos patrimonios: del suyo propio y del patrimonio fideicometido. Ambos patrimonios, sin embargo, son distintos, están separados.

Un segundo elemento del fideicomiso, necesario para su funcionamiento, es la «aceptación» del fiduciario. Esto nos obliga a tratar nuevamente el tema sobre la naturaleza contractual del fideicomiso.

Como decíamos anteriormente, el fideicomiso puede constituirse mediante un contrato o a través de un testamento. Su naturaleza jurídica, sin embargo, no es contractual. Con respecto al fideicomiso testamentario, según el artículo 247 de la Ley del Sistema Financiero, no es necesaria para su validez la aceptación de la empresa fiduciaria designada en el testamento. Si la empresa declina su designación, debe proponer a una reemplazante y si ninguna otra acepta el encargo, el fideicomiso se extingue. El artículo 247 agrega que el fideicomiso testamentario se entiende constituido desde la apertura de la sucesión.

Podría sostenerse que si el fideicomiso se extingue por no ser aceptado finalmente el encargo por alguna empresa, entonces estamos en presencia de un contrato donde la oferta estaría constituida por la disposición testamentaria. Discrepamos de lo anterior. Para la validez de la oferta es necesario que esta sea recepticia³⁸. En este sentido concluye De la Puente y Lavalle al señalar que «... nuestro Código Civil otorga a la oferta carácter recepticio, al establecer que es una declaración dirigida a determinada persona, agregando que este carácter recepticio está orientado a que la oferta sea conocida por el destinatario»³⁹. Pues bien, si la disposición testamentaria fuese una oferta, esta no sería recepticia, ya que como hemos mencionado anteriormente, podría terminar aceptando el fideicomiso alguna empresa que no fue designada en el testamento.

De otro lado, el artículo 247 de la Ley del Sistema Financiero dice

³⁸ Sólo en el caso de la oferta al público (artículo 1388 del C.C.) es discutible que la oferta sea recepticia.

³⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. «El Contrato en General. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil». En: *Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. XI, Primera parte, Tomo III*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1991, p. 227.

expresamente que para la validez del fideicomiso testamentario no es necesaria la aceptación del banco fiduciario. Estamos pues en presencia de un acto jurídico unilateral con consecuencias jurídicas, por lo que reiteramos que la naturaleza jurídica del fideicomiso no es contractual.

Ahora bien, imaginemos que el fideicomitente dispone en su testamento que sus bienes inmuebles se transfieran en fideicomiso a una empresa. A su muerte los bienes, en efecto, se transmiten al fiduciario, quien meses después declina su designación. Desde la muerte del fideicomitente hasta la declinación de la designación, ¿quién es el propietario de los bienes? En nuestra opinión, si la empresa designada ni alguna otra acepta el encargo, el fideicomiso se extingue. Los bienes nunca habrían salido del patrimonio del fideicomitente. De lo anterior resulta que para que los bienes pasen a la empresa fiduciaria, ésta debe aceptar el encargo. Los efectos de esta aceptación se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión, como sucede en la aceptación y renuncia de la herencia, donde sus efectos también se retrotraen al momento de la apertura de la sucesión⁴⁰.

Lo anterior significa que para que opere el fideicomiso testamentario se requiere necesariamente la aceptación de la empresa fiduciaria. Esta aceptación, sin embargo, no constituye jurídicamente la conformidad a una oferta contractual.

V El patrimonio fideicometido

Existe discusión en la doctrina sobre la noción de patrimonio. No pretendemos zanjar la discusión en este trabajo. Siguiendo a Valencia Zea, diremos que «todos los derechos patrimoniales de los que es titular una persona –derechos reales, de crédito, inmateriales y hereditarios– se consideran como si formaran un todo, es decir, una universalidad jurídica que recibe el nombre de patrimonio»⁴¹.

«En principio, una persona tiene solamente un patrimonio... Excepcionalmente puede presentarse una separación de distintas masas patrimoniales del mismo titular; en este caso, junto a un patrimonio principal o patrimonio regular, al que se aplican los preceptos ordinarios, posee aquél uno o varios patrimonios especiales a los que son aplicables nor-

⁴⁰ Artículo 677 del C.C.

⁴¹ VALENCIA ZEA, Arturo. *Derecho Civil. Tomo II, Derechos Reales*, Quinta Edición, Editorial Temis, Bogotá 1976, p. 34.

mas en partes divergentes. La separación de las masas patrimoniales puede ser relevante para la administración del patrimonio, el poder de disposición del titular, la adjudicación de utilidades y la responsabilidad por deudas»⁴².

Existen diversos casos de patrimonios separados en la legislación peruana. Uno de ellos se presenta en el régimen patrimonial de los cónyuges. En efecto, en el régimen de sociedad de gananciales pueden haber bienes propios de cada cónyuge y bienes de la sociedad⁴³. Cada cónyuge administra independientemente sus bienes propios y puede disponer de ellos y gravarlos. La administración y disposición de los bienes sociales –que conforman un patrimonio en común– corresponde a ambos cónyuges. Cada cónyuge es titular de dos patrimonios: uno compuesto por los bienes y derechos patrimoniales propios, y otro integrado por bienes y derechos comunes.

En el ámbito empresarial un caso de patrimonios separados se presenta en el contrato de riesgo compartido regulado por el D.S. N° 03-94-EM (joint venture minero).

Otro caso de patrimonios separados lo constituye el fideicomiso. Aquí los bienes y derechos que recibe el fiduciario forman un patrimonio autónomo, cuyo titular es el propio fiduciario. El fiduciario se convierte así en titular de dos patrimonios distintos, independientes uno del otro: del suyo propio y del patrimonio fideicometido. Esta separación de los patrimonios se traduce en la exclusión de la garantía de los acreedores del fiduciario, del fideicomitente y del fideicomisario y en la separación contable del patrimonio. Veamos.

Todos los bienes que integran el patrimonio de un deudor garantizan sus obligaciones. «A esta afectación genérica de todos los bienes del deudor, existentes al momento de la ejecución, se ha dado en llamarla «prenda general». Con esta denominación imperfecta se pretende destacar que dichos bienes del patrimonio del deudor, están implícitamente afectados al cumplimiento de sus obligaciones de tipo patrimonial o mixto. Al decir «implícitamente» hago referencia a la circunstancia de que no se precisa afectación expresa; es decir, no es menester la declaración del deudor de que se grava los bienes de su patrimonio en garantía de las obligaciones contraídas; ese gravamen existe por mandato del derecho»⁴⁴.

⁴² LARENZ, Karl. *Derecho Civil Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, 1978, p. 414.

⁴³ Artículo 301 y ss del C.C.

⁴⁴ AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. «La prenda». En: *Derechos Reales, Materiales de ense-*

Pues bien, como quiera que los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio autónomo, los bienes que lo integran no están «implícitamente» afectados al cumplimiento de las obligaciones propias de la entidad fiduciaria. El patrimonio en fideicomiso garantiza únicamente las obligaciones del fiduciario relacionadas con el ejercicio del fideicomiso⁴⁵.

El patrimonio fideicometido tampoco responde por las obligaciones del fideicomitente ni por las del fideicomisario⁴⁶. En el caso del fideicomitente, al transferir los bienes al fiduciario los separa de su patrimonio, por lo que los acreedores no pueden perseguirlos, salvo que la transmisión de los bienes hubiera sido realizada en fraude de acreedores⁴⁷. Con respecto al fideicomisario, los bienes en fideicomiso tampoco integran su patrimonio, pues no es propietario de los bienes fideicometidos. Simplemente tiene el derecho de exigir a la empresa fiduciaria los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen⁴⁸. Por esta razón los acreedores del fideicomisario no pueden dirigirse contra los bienes en fideicomiso, salvo sobre los frutos o las prestaciones objeto del fideicomiso que se encuentren a su disposición⁴⁹.

Con respecto a la separación contable del patrimonio, por cada fideicomiso la empresa fiduciaria debe llevar una contabilidad separada⁵⁰. Esta separación «... busca que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad. Supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos con indicaciones precisas sobre el constituyente, el beneficiario, etc., en forma que no quede ninguna duda sobre la manera como están constituidos los incrementos recibidos, los cargos hechos, etc.⁵¹.

VI El dominio fiduciario

El artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero señala que «el fiducia-

ñanza para el estudio del libro V del Código Civil en la Facultad de Derecho. Segunda Edición, corregida y aumentada, 1988, p. 277.

⁴⁵ Artículo 254 de la L. del S.F.

⁴⁶ Artículo 253 de la L. del S.F.

⁴⁷ Artículo 245 de la L. del S.F.

⁴⁸ Artículo 263 de la L. del S.F.

⁴⁹ Artículo 253 de la L. del S.F.

⁵⁰ Artículo 273 de la L. del S.F.

⁵¹ RODRÍGUEZ AZUERO, *Op. cit.*, p. 637.

rio ejerce sobre el patrimonio fideicometido, dominio fiduciario, el mismo que le confiere plenas potestades, incluidas las de administración, uso, disposición y reivindicación sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, las mismas que son ejercidas con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso, y con observancia de las limitaciones que se hubieren establecido en el acto constitutivo». El artículo 273, por su lado, dispone que «la empresa fiduciaria no tiene derecho de propiedad sobre los bienes que conforman el patrimonio fideicometido, siendo responsable de la administración del mismo.

¿Existen diferencias entre el dominio fiduciario y el derecho de propiedad regulado por el Código Civil? La respuesta es afirmativa.

El Código Civil peruano no contempla el dominio fiduciario⁵². Para el Código Civil el derecho de propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien⁵³. Estos atributos del propietario se complementan con los caracteres clásicos del derecho de propiedad, los cuales delínean este derecho. «La doctrina señala cuatro caracteres: es un derecho real, es un derecho exclusivo, es un derecho absoluto y es un derecho perpetuo. Por ser un derecho real, la propiedad confiere a su titular las facultades de persecución y de preferencia; y además establece respecto de la cosa una relación directa e inmediata. Por ser un derecho exclusivo la propiedad es erga omnes, esto es, se puede oponer a todos y excluye de su ámbito a todo otro titular. Por ser un derecho absoluto, la propiedad confiere a su titular todas las facultades posibles sobre el bien. Acá se insertan precisamente los atributos del propietario... Y por ser un derecho perpetuo, la propiedad sólo se extingue cuando el bien desaparece o cuando es abandonado, no así por el simple no uso del titular»^{54, 55}.

A diferencia del derecho de propiedad regulado por el Código Civil,

⁵² Otros códigos civiles sí regulan la propiedad fiduciaria. El artículo 794 del Código Civil colombiano, por ejemplo, se refiere a la propiedad fiduciaria y la define como aquella «... que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona por el hecho de verificarse una condición...». El artículo 2662 del Código Civil argentino, por su lado, dice que el dominio fiduciario es aquel «... que se adquiere hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a un tercero».

⁵³ Artículo 923 del C.C.

⁵⁴ AVENDAÑO V., Jorge. «Atributos y caracteres del derecho de propiedad». En: *Para leer el Código Civil*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1985, p. 103.

⁵⁵ La definición y los caracteres clásicos del derecho de propiedad son cuestionables. Sobre este tema puede verse Pizarro Aranguren, Luis. «Un estudio preli-

el dominio que adquiere el fiduciario no es «definitivo». Al término del fideicomiso el fiduciario debe devolver al fideicomitente o al fideicomisario los bienes fideicometidos⁵⁶. El fiduciario no podrá nunca convertirse en propietario «definitivo» de los bienes fideicometidos.

El dominio fiduciario no es un derecho absoluto. El fiduciario debe atender con los bienes fideicometidos el cumplimiento de las finalidades del fideicomiso. Las facultades del banco fiduciario están así reducidas a su mínima expresión. Sólo puede disponer de los bienes fideicometidos con arreglo a las estipulaciones del instrumento constitutivo del fideicomiso⁵⁷.

El dominio que adquiere el fiduciario es por esencia temporal: su plazo máximo es de 30 años, con las excepciones que se señalan en el artículo 251 de la Ley del Sistema Financiero. Esto no ocurre en la propiedad tal como la estipula el Código Civil.

Finalmente, el dominio fiduciario no otorga un verdadero valor económico al fiduciario. El fiduciario simplemente cobra una retribución por sus servicios⁵⁸. El contenido económico que otorga la propiedad es para el fideicomisario, quien recibe los beneficios del fideicomiso.

Como se puede apreciar con lo antes expuesto, el «derecho de propiedad» del fiduciario respecto de los bienes fideicometidos no «encuadra» dentro del concepto de propiedad regulado por el Código Civil. En este sentido, podemos concluir que se trata de una «propiedad» diferente a la del Código Civil. Es por ello, quizá, que la Ley del Sistema Financiero habla de dominio fiduciario y no de propiedad fiduciaria.

En el dominio fiduciario es como si los atributos de la propiedad se hubieran dividido entre el fideicomisario y el fiduciario. El fideicomisario tiene el disfrute y el fiduciario el uso y la disposición. El fideicomisario recibe los beneficios del fideicomiso y puede exigir al fiduciario los beneficios que del patrimonio fideicometido se generen⁵⁹. Puede inclusive defender el patrimonio fideicometido, si no lo hace el fiduciario⁶⁰. El fiduciario, por su lado, usa y dispone de los bienes pero con una serie de limitaciones según lo vimos anteriormente.

minar sobre la modificación integral del libro de Derechos Reales del Código Civil de 1984». En: *El Derecho Civil peruano, perspectivas y problemas actuales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial 1993, p. 207 y ss.

⁵⁶ Artículo 256, numeral 9 de la L. del S.F.

⁵⁷ Artículo 252 de la L. del S.F.

⁵⁸ Artículo 261 numeral 1 de la L. del S.F.

⁵⁹ Artículo 263 de la L. del S.F.

⁶⁰ Artículo 253 de la L. del S.F.

El artículo 326 de la antigua Ley de Bancos hablaba de una propiedad que estaba sujeta a un cargo. En rigor, no se trataba del cargo como modalidad del acto jurídico, pues éste sólo tiene lugar en los actos de liberalidad.

En efecto, el cargo «... consiste en una declaración accesoria de voluntad por la cual se impone a quien se concede a título gratuito un derecho patrimonial, la obligación de realizar un hecho cualquiera, ya sea en un determinado uso de la cosa dada o en una prestación, de índole pecuniaria, o no, en favor de quien ha transmitido el derecho, o de un tercero»⁶¹. El cargo no puede consistir en transferir el bien a un tercero, como ocurre en el fideicomiso. Es cierto que el cargo constituye una obligación, pero la obligación que asume el fiduciario no es jurídicamente un cargo. De otro lado, el fideicomiso no es un acto de liberalidad.

No estábamos pues en presencia del cargo como modalidad del acto jurídico. Se trataba simplemente de una obligación que asumía el fiduciario. Por esto el artículo 252 de la Ley del Sistema Financiero ya no se refiere al cargo, sino al ejercicio de las facultades por parte del fiduciario, «con arreglo a la finalidad para la que fue constituido el fideicomiso».

Restan dos temas finales sobre el dominio fiduciario. La empresa fiduciaria sólo puede disponer de los bienes de acuerdo a lo pactado. ¿Y si contraviene lo pactado?

Los actos de disposición en contravención a lo estipulado en el documento de constitución del fideicomiso son anulables, si el adquirente actúa de mala fe, salvo que la transferencia se hubiera efectuado en una bolsa de valores⁶². La mala fe consiste en que el tercero conozca que el fiduciario no podía disponer de los bienes de una forma determinada.

Por último, para oponer el fideicomiso a terceros la transmisión de los bienes y derechos registrales debe inscribirse en el registro público correspondiente. Si los bienes o derechos no son inscribibles, deben ser entregados⁶³.

VII Modalidades del fideicomiso

El fideicomiso adopta una serie de modalidades. La Ley del Sistema Fi-

⁶¹ COVIELLO, Nicolás. Citado por VIDAL RAMÍREZ, FERNANDO. En: *Op. cit.*, p. 303.

⁶² Artículo 252 de la L. del S.F.

⁶³ Artículo 246 de la L. del S.F.

nanciero hace referencia a los fideicomisos vitalicios (artículo 251, numeral 1), culturales (artículo 251, numeral 2), filantrópicos (artículo 251, numeral 3), de titulización (artículos 242 y 265, numeral 3) y en garantía (artículo 274). A continuación nos referiremos al fideicomiso de administración (no regulado por la Ley del Sistema Financiero) y el fideicomiso en garantía.

Fideicomiso de administración

Por el fideicomiso de administración el fideicomitente transfiere a la empresa fiduciaria la propiedad de bienes a fin de que los administre. A modo de ejemplo, se puede transferir un inmueble a un banco con el objeto de que lo arriende, pague los impuestos y entregue la renta neta a una persona determinada.

Una de las modalidades del fideicomiso de administración es el fideicomiso de inversión. En esta modalidad además de administrar el bien, la empresa fiduciaria invierte el producto de la administración. «Quizás, para verlo por otro aspecto, se administran bienes y negocios que van a permanecer inalterables como tales (se explota un comercio, se arrienda un inmueble, etc), mientras se invierten los recursos líquidos que se reciban o los mismos activos mediante su transformación, enajenación y reemplazo (se vende el establecimiento de comercio y se compra un hotel o las acciones de una compañía de textiles)»⁶⁴.

Diversas razones pueden llevar a una persona a transferir sus bienes a un banco para que los administre: su edad u ocupación que le impiden dedicarse por entero a la administración de los bienes, su incapacidad para administrarlos, su falta de experiencia en los negocios, o simplemente su interés en separarlos de su patrimonio.

¿Quién asume los riesgos de la administración? ¿Corresponde al fiduciario garantizar el resultado de la administración? La obligación del fiduciario consiste en cuidar y administrar los bienes fideicometidos con la diligencia y dedicación de un ordenado comerciante y leal administrador y en cumplir los encargos que constituyen la finalidad del fideicomiso con la misma diligencia que él mismo pone a sus asuntos⁶⁵. En este sentido su obligación es de medio y no de resultado⁶⁶, por lo que no

⁶⁴ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 665.

⁶⁵ Artículo 256 numerales 1 y 4 de la L. del S.F.

⁶⁶ En la obligación de medio el deudor se obliga a un determinado comportamiento y a nada más, pero no a un resultado determinado. En la obligación de resultado en

responde con su propio patrimonio por las eventuales pérdidas, ni debe garantizar el resultado. Como dice Rodríguez Azuero, «es entendido que en cuanto el banco cumpla el encargo de acuerdo con las instrucciones, las vicisitudes de la inversión corren por cuenta del constituyente o afectan al beneficiario, siempre que no haya dolo o culpa del fiduciario que permita deducirle responsabilidad en el manejo de los bienes. Pero, en principio, no corresponde al fiduciario garantizar las resultas de sus gestiones, de donde puede concluirse que su obligación es fundamentalmente de medio y no de resultado»⁶⁷.

El fideicomisario puede prever en el instrumento de constitución del fideicomiso la existencia de un comité, junta u otro órgano de gobierno, que permitan la intervención del fideicomitente o del propio fideicomisario en la administración del fideicomiso.

Un ejemplo particularmente interesante de fideicomiso de administración en el Perú, quizá el primero desde que se promulgó la antigua Ley de Bancos (Decreto Legislativo N° 637), lo constituye el contrato que celebraron la Corporación Nacional de Desarrollo (CONADE) y el Banco de Lima, a propósito de la privatización de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (ENTEL). CONADE era propietaria del 100% del accionariado de ENTEL, pero sólo tenía interés en vender a inversionistas extranjeros el 35%. Esto generaba dos problemas: de un lado, al mantener CONADE la propiedad de un porcentaje de acciones, la empresa continuaría estando regida por la Ley de la Actividad Empresarial del Estado, aun después del proceso de privatización, y de otro, el comprador no tendría la mayoría suficiente que le diera el control de la compañía. Estos dos problemas, que hacían poco atractiva

cambio, el deudor se compromete a obtener un resultado. «Jordano Fraga opina que «la relevancia de la distinción se coloca en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida, aunque el interés primario del acreedor no se realice. Así, el médico cumple, se libera, prestando una cura diligente, aunque el enfermo no llegue a curarse. Es lo primero (la prestación de diligencia, en este caso técnica) el contenido de la obligación y no lo segundo (curación). En cambio, para cumplir una obligación de resultado, el interés primario típico del acreedor contenido en la obligación, ha de realizarse (el traslado hasta el punto de llegada en las condiciones pactadas cuando se trate de la prestación de transporte). Por ello, la base de la distinción de ambas clases de obligaciones ha sido puesta en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor...». Citado por Arias Schreiber Pezet, Max. En: *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo III, San Jerónimo Ediciones, 1989, p. 71.

⁶⁷ RODRÍGUEZ AZUERO, Sergio. *Op. cit.*, p. 666.

la compra de las acciones, fueron solucionados con el contrato de fideicomiso celebrado entre CONADE y el Banco de Lima. CONADE transfirió en fideicomiso al Banco de Lima la propiedad de un cierto número de acciones de ENTEL, por un plazo determinado (el saldo restante fue vendido a los trabajadores). De esta forma, ENTEL dejó de ser una empresa estatal de derecho privado. Con respecto al control de la empresa, el Banco de Lima se obligó a ejercitar su derecho de voto de una manera tal que permita a la compradora tener el control de ENTEL.

Fideicomiso en garantía

Las garantías juegan un rol muy importante en el otorgamiento de los créditos bancarios, al hacer que disminuyan los riesgos de eventuales pérdidas por incumplimiento de los deudores. Su eficacia radica principalmente en la rapidez de la ejecución, lo que permite al acreedor recuperar su crédito.

En materia hipotecaria la venta del bien supone necesariamente un proceso judicial. Dicho proceso se rige por las normas del Código Procesal Civil y es teóricamente simple y breve. En la práctica, sin embargo, puede ser muy engorroso y durar muchos meses (y hasta años), lo cual ha ocasionado que la hipoteca se devalúe como garantía.

Una alternativa eficaz de garantía en el sistema financiero está constituida por el fideicomiso en garantía. Según el artículo 273 de la Ley del Sistema Financiero, «la empresa que otorgue créditos con una garantía fiduciaria constituida con una tercera empresa fiduciaria se resarcirá del crédito incumplido con el resultado que se obtenga de la ejecución del patrimonio fideicometido, en la forma prevista en el contrato o con el propio patrimonio fideicometido cuando éste se encuentre integrado por dinero, dando cuenta, en este último caso a la Superintendencia».

No obstante la redacción es poco feliz, el artículo 273 permitiría que un deudor (fideicomitente) transfiera a una empresa fiduciaria la propiedad de un inmueble a fin de que garantice el pago de una deuda frente a un acreedor (fideicomisario). Si el deudor no cumple con su obligación, el fiduciario procedería a la venta del bien en la forma pactada al constituirse el fideicomiso, destinando el producto de la venta a satisfacer la deuda del acreedor (que podría ser un banco). La única limitación en esta operación sería que el acreedor no podría ser el fiduciario.

Dos objeciones podrían hacerse al fideicomiso en garantía. De un

lado, a través de esta institución se podría vender el bien prescindiendo de acudir al Poder Judicial y de aplicar normas procesales de cumplimiento obligatorio, las cuales tienen por objeto asegurar el derecho de defensa del deudor y que el bien sea vendido en los mejores términos y condiciones. De otro lado, el fideicomiso podría violar la prohibición del pacto comisorio.

Las dos objeciones son refutables en nuestra opinión. Las normas del proceso de ejecución de garantías se aplican exclusivamente a las garantías reales y no al fideicomiso. El fideicomiso es una institución totalmente distinta de la hipoteca. De otro lado, es el propio deudor (fideicomitente) quien transmite voluntariamente la propiedad de su bien al fiduciario para que sirva de garantía y sea vendido en caso de incumplimiento. El fiduciario simplemente cumple con el encargo del deudor, en la forma señalada por éste, disponiendo del bien con arreglo a las estipulaciones contenidas en el instrumento de constitución del fideicomiso.

Debe tenerse en cuenta que solo determinadas empresas pueden ser fiduciarias. Por la propia naturaleza y rol económico de estas instituciones, gozan de una serie de prerrogativas. A modo de ejemplo, están facultadas a solicitar la venta de los bienes que les dan en garantía, si el deudor realiza actos de disposición o constituye otros gravámenes sobre los bienes afectados⁶⁸, a pesar que según el Código Civil no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar⁶⁹. O en el caso de la especialidad de la hipoteca en cuanto al crédito, donde es usual que los deudores constituyan a favor de empresas del sistema financiero las denominadas hipotecas sábanas (aquella que garantiza todas las obligaciones del deudor, inclusive las indeterminadas), cuando según el artículo 1099, inciso 2 del Código Civil, es requisito para la validez de la hipoteca que asegure el cumplimiento de una obligación determinada o determinable.

Lo mismo ocurre con el fideicomiso. Sólo determinadas empresas del sistema financiero, en su calidad de fiduciarias, debidamente reguladas y controladas por la Superintendencia de Banca y Seguros, pueden vender los bienes fideicometidos, sin necesidad de recurrir a procesos judiciales. Exigir la intervención del Poder Judicial significaría reducir la eficacia del fideicomiso.

Con respecto al pacto comisorio⁷⁰, el fiduciario no se apropia –ni

⁶⁸ Artículo 175 numeral 4 de la L. del S.F.

⁶⁹ Artículo 882 del C.C.

⁷⁰ El pacto comisorio es aquel por el cual el acreedor se apropia del bien, en caso de incumplimiento del deudor.

puede apropiarse— del bien. El fiduciario —que no puede ser fideicomisario— adquiere la propiedad del bien y debe disponer del mismo en la forma pactada en el documento de constitución del fideicomiso. En cuanto al fideicomisario, éste tampoco se apropia del bien. Sólo ve satisfecho su crédito con el producto de la venta directa del bien. Si el fiduciario tuviera el encargo de transferir el bien al acreedor con cargo al crédito insatisfecho, ¿se atentaría contra el pacto comisorio? Estimamos que no, ya que la prohibición del pacto comisorio existe solamente para las garantías reales⁷¹ y no para el fideicomiso.

El fideicomiso en garantía ofrece un inconveniente para el fideicomitente. Como quiera que al transferir el bien deja de ser propietario, ya no podría constituir sobre él nuevos gravámenes. Esto no ocurre en la prenda y en la hipoteca, donde el deudor puede constituir segundas y ulteriores prendas o hipotecas⁷².

⁷¹ Artículo 1066 y 1111 del C.C.

⁷² Artículos 1060, 1068 y 1113 del C.C.

Ley de reestructuración patrimonial. El «procedimiento simplificado» notarial

Tomás SOBREVILLA ENCISO

El presente ensayo, destinado y dedicado especialmente al Notariado Nacional, se trata de un enfoque, una visión, fundamentalmente jurídica, en este caso procesal, de la parte referida al «Procedimiento Simplificado» de la Nueva Ley Concursal, cuyas características, únicas, son propias del Proceso Concursal Peruano. Constituyen pues, en esa razón, un nuevo Derecho; y, por ello, un derecho en formación, por lo que las opiniones que ahora vertimos han de serlo a beneficio de inventario; con el carácter de meramente provisionales, sujetas, en todo caso, a las results de la praxis; serán así, las experiencias de la aplicación de la Ley, las que se encargarán de ratificarlas o rectificarlas.

Por razones de metodología, pero sin apartarnos del marco de la Ley, hemos dividido esta exposición en tres partes: una Primera, relativa a aspectos Generales y Básicos; la Segunda, referida al Procedimiento en sí mismo; y, finalmente, la Tercera, a los Efectos del «Convenio de Reprogramación de Pagos», aspecto este que constituye la verdadera cuestión central o medular –objeto– del «Procedimiento Simplificado».

I. Aspectos generales básicos

1. Concepto y objeto

Este Procedimiento, que la Ley llama «Simplificado», se trata, en rigor, de un «Convenio de Reprogramación de Pagos», esto es, más propiamente, de una versión remozada y simplificada de los Convenios Extrajudiciales de la antigua Ley Procesal de Quiebras. Se domina Simplificado, no solamente en relación al General mas lato y complejo, y sobre todo de costos mucho más elevados, que fue diseñado, desde la

Ley anterior, para las grandes empresas, sino, principalmente, respecto al «Acuerdo Global de Refinanciamiento», regulado por el Tit. IX de la Ley, bajo el epígrafe de «Concurso Preventivo», para el cual deben seguirse también, con Excepción de la declaratoria de Insolvencia, los mismos mecanismos procedimentales que norman el Procedimiento General ya mencionado. Es así que, en contraposición a aquellos procedimientos latos, éste, abreviado, o simplificado, tiene por objeto, como explica la Exposición de Motivos, cubrir el universo de las Pequeñas y Medianas Empresas, e incluso las Micro Empresas (si sus costos –notariales– así los permitieran), que se encontrasen en dificultades económicas o financieras iniciales y superables, que, por la simplicidad, brevedad y bajos costos del Procedimiento, podrían acogerse, dentro de este esquema, a los beneficios de su recuperación y/o reflatamiento. Resulta, pues, así, que el objeto de este «Procedimiento Simplificado» Notarial, es la obtención, por la Empresa, de un «Convenio de Reprogramación de Pagos» con sus acreedores.

Hemos denominado Notarial a este Procedimiento, por cuanto, aun cuando el numeral 92 de la Ley, concede al deudor una alternativa, ya sea para optar por una Notaría o una entidad Delegada, la enumeración taxativa del Art. 131º no ha conferido tal facultad a dichas entidades (como sí lo hacía en el prepublicación) por lo que, mientras esa omisión no sea expresamente subsanada por ley posterior, y/o complementaria, el conocimiento –competencia– de esos Procedimientos, sólo será de exclusividad notarial.

2. Definición de empresa

El concepto, claro y preciso, que el Notario debe tener de lo que es Empresa es de singular revelancia, por cuanto el Art. 91º de la Ley sólo otorga el beneficio del Procedimiento Simplificado a las personas Naturales o Jurídicas «consideradas» Empresas, dentro de la definición que de ellas hace el Art. 1º de dicho Ordenamiento. De hecho, la calificación de Empresa, hecha por la Ley, plantea al Notario una problemática inicial, como básica, para decidir: si admite, o no, a trámite el petitorio. Concretamente; ¿cuándo una persona natural o jurídica «es» una Empresa?; o, ¿cuándo, mediando qué circunstancias, esa misma persona debe ser «considerada» (equiparada) una Empresa?. La importancia de esta definición radica en que el Notario no podrá admitir a trámite la petición de personas que no reúnan esas calidades, ya que aquellas tienen su propio régimen concursal (título X de la Ley).

Para tal propósito el Art. 1º de la Ley define la «Empresa»: 1º.- Como una Organización Económica Autónoma». Vale decir, como un conjunto «orgánico» estructural, debidamente racionalizado, para el desarrollo de sus actividades económicas. Organización autónoma, criterio sancionado por la Doctrina, como la de un ente distinto y diferenciado de la Sociedad o su Titular, que le sirve: de marco legal; 2º.- Organización en la que confluyen, como elementos constitutivos de la misma, los factores «capital» y «trabajo»; 3º.- Que el objeto, el fin último, de la Empresa es la producción de bienes o la prestación de servicios; y, 4º.- Que desde el punto de vista formal de su constitución o existencia, puede adoptar cualesquiera de las modalidades o formalidades, *ad-solemnitatem*, establecidas por la Ley Mercantil, ó, puede existir de hecho, informalmente, o como aquellas que la Ley las califica con más propiedad como irregulares. Volveremos más adelante sobre este punto.

3. Esquema del procedimiento

Caracterizan a este procedimiento su simplicidad y brevedad, que responden al siguiente esquema procesal, el que desarrollaremos mas adelante:

1º *Presentación del Petitorio*. - Cuya Documentación Sustentatoria deberá ser calificada por el Notario.

2º *Autorización Notarial*. - Que habrá de expedir el Notario al solicitante, en caso de encontrar conforme su petitorio, a efectos de que convoque a Junta a sus acreedores.

3º *Convocatoria a Junta de Acreedores*. - Que deberá hacerla el Deudor o Empresa, en forma personal a cada acreedor, y a todos mediante las publicaciones correspondientes.

4º *Instalación de la Junta y Aprobación del Convenio de «Reprogramación de Pagos»*. - Dos actos, en rigor diferentes, pero que conforme a la Ley, deben realizarse en un solo momento procesal.

Con la Aprobación del Convenio, llega a su término el Procedimiento Simplificado. Sin embargo; pueden presentarse, eventualmente, dos situaciones procesales:

A. La Controversia sobre los créditos que puede surgir entre las fases de la convocatoria a Junta y de instalación de la misma.

B. La Conclusión Anticipada del Procedimiento, que puede darse en

cualquier momento, antes de que éste, de ordinario, termine con la Aprobación del Convenio.

4. Rol del notario frente al «procedimiento simplificado»

El Notario, dentro de la secuencia de este Procedimiento, aparte de las facultades Fedatarias y Comprobatorias propias de su función, establecidas por la Ley de la Materia (Nº 26002 Art. 2º), se halla ahora investido, como consecuencia de la Desjudicialización del Procedimiento, de funciones de naturaleza Procedimental, semejantes a las de los Jueces en el Proceso Común, y que, entre las mas relevantes, podemos destacar:

1º La de Calificación del petitorio y la documentación sustentatoria correspondiente, pudiendo, eventualmente, solicitar información o documentación adicional o complementaria. Incluso, rechazar *in-limine*, de plano, la petición si la considerase improcedente, o, en su caso transferirla –remitirla– a la Comisión.

2º La de Otorgar al peticionario, de encontrar conforme la documentación sustentatoria, la Autorización correspondiente, a fin de que éste haga la respectiva convocatoria a Junta de Acreedores (de aquellos que figuren en la relación adjunta a su petición: Art. 92-3 de la Ley).

3º La de Notificación, a petición del solicitante, de la Convocatoria a Junta, a cada uno de los acreedores, en forma personal, mediante comunicación notarial directa, o por intermedio del Auxiliar Notarial así como efectuando la Publicación de los respectivos avisos.

4º La de Citación –notificación– a las partes, a comparecer ante él, para los actos conciliatorios correspondientes, en los supuestos de «controversia de los créditos», sea por disconformidad en el monto de los mismos, o, por omisión de alguno de los acreedores en la respectiva relación de obligaciones (Art. 96º de la Ley).

5º La de Declaración –o propiamente resolutive–, en determinados supuestos (Ej. párrafo 3º del Art. 94º) de Conclusión «anticipada» del Procedimiento.

6º De tipo Conciliatorio –en cierto modo arbitral–, cuando interviene para lograr un acuerdo entre las partes en los casos de conciliación de los créditos conforme al Art. 96º de la Ley.

II Del procedimiento

Debemos ante todo recalcar; que este «Procedimiento Simplificado» Notarial, es, en su aspecto estrictamente Procedimental, una creación del Derecho Concursal Peruano. Es único. No existe, hasta donde tenemos conocimiento, antecedentes legales al respecto en el ámbito del Derecho Comparado. Es pues, de otra parte, una de las modalidades del criterio de la Desjudicialización (Exposición de Motivos., del Decreto Legislativo N° 845, Separata de «El Peruano» páginas 142779 y 142782, II. 4.2), el que si bien ya había sido adoptado, parcialmente, en la Ley anterior (Que limitaba la intervención Judicial exclusivamente al Procedimiento de Quiebra, e incluso a este nivel, en forma muy menguada), ahora resulta de vigencia plena, en términos casi absolutos en la sistemática de la Ley actual. Como consecuencia de ello, se ha hecho exclusión total de la participación Judicial en el Proceso Concursal (ya que la «Quiebra» ha dejado de existir como tal, habiéndose conferido al Juez únicamente el rol de un mero certificador de la extinción de la Empresa y de la incobrabilidad de los créditos impagos) para transferirlos, en todas sus modalidades, a un ente Administrativo: el INDECOPI; correspondiendo, dentro de ese criterio unitario, el conocimiento - competencia del «Procedimiento Simplificado» a los Notarios.

1. Competencia notarial

El Legislador; consecuente con el criterio de la Desjudicialización ya expuesto, y, siguiendo la tendencia asumida respecto de los Procedimientos No Contenciosos (Ley 26662), dentro de cuyas características debe, por su naturaleza, inscribirse el «Procedimiento Simplificado»; ha conferido con gran acierto, el conocimiento de este Procedimiento Simplificado, a los Notarios, estableciendo para ello como pautas básicas: 1º Una competencia de orden cuantitativa, esto es la del monto de un pasivo que, a la presentación de la petición y durante el curso del procedimiento, no debe superar las 200 UIT (Arts. 91 y 94, último párrafo); y 2º.- Otra de naturaleza originaria (Art. 103 de la Ley) que hace prevalente la Competencia Notarial, a la que la Ley denomina, impropia, «Solicitudes Paralelas», en los supuestos en los que alguno, o algunos, de los acreedores, hubiesen, con posterioridad, solicitado la declaración de insolvencia del deudor ante la Comisión del INDECOPI o la respectiva entidad Delegada.

1A.- *Representación Notarial*.- La Ley (Arts. 92, párrafo 2º y 97 párrafo 2º), dispone que el Notario puede ser representado, en determinados actos, por un Representante. En otros términos; se ha creado, sin regularlo expresamente, la figura de la Representación Notarial. Ello, si tenemos en cuenta que el Notario, con arreglo a la Ley de la materia (Art. 3º de la Ley Nº 26002), debe intervenir «personalmente» en los actos propios de su función, lo cual excluye –prohibe– toda y cualquier delegación, puede plantear cierta implicancia. Sin embargo, a nuestro parecer, tal contradicción resulta más aparente que real. En efecto; tratándose el Proceso Concursal de una Ley especial, en observancia de lo dispuesto por su Octava Disposición Complementaria, será este último Ordenamiento el de aplicación preferencial. Siendo así; el Notario, dentro del ámbito del Proceso Concursal, se halla plenamente facultado para designar una persona que lo represente en determinados actos específicamente señalados por la Ley como los consignados por los numerales 92, Párrafo 2º y 97, Párrafo 2º. Empero, aquella representación, dada la relevancia de los actos, que quien la ostenta debe realizar, habrá de revestir una formalidad adecuada, por lo que será necesario para su designación, la observancia, por lo menos, de las mismas formalidades requeridas para la nominación del Auxiliar o Secretario Notarial en los Procedimientos No Contenciosos.

2. Presentación del petitorio

Es un acto formal con el que se da inicio al Procedimiento Concursal Simplificado, con el objeto de que el Deudor pueda legalmente ser autorizado a convocar a Junta a sus acreedores para llevar a cabo un «Convenio de Reprogramación de Pagos» con aquellos. El petitorio, para su admisión a trámite, habrá de hallarse recaudado con la documentación sustentatoria mínima especificada en el Art. 92 de la Ley, y que, entre los más relevantes, deberá contener la relación de obligaciones del deudor y el Proyecto del respectivo convenio (Art. 100). La importancia de estos recaudos radica en el hecho de que los acreedores deben tener conocimiento previo de la situación económica del deudor y, principalmente, de las propuestas (proyecto) de dicho Convenio, para en su caso, reformular o plantear alternativas, cuestiones éstas que deben ser materia de los debates correspondientes de la Junta con intervención del deudor (Art. 98, último párrafo).

De otra parte; debe tenerse en cuenta que, con arreglo al Art. 93 de la Ley, las declaraciones de carácter informativo que contenga el

petitorio y, en particular, toda información específica contenida en dicho escrito, así como la documentación anexada a esta solicitud, incluso la proporcionada adicionalmente, a requerimiento del Notario, tienen el carácter de declaración jurada, con las consecuencias jurídicas y responsabilidades penales que de esos hechos puedan derivar para el peticionario, e incluso, en su caso, para el Representante Legal de la Empresa (Art. 93 de la Ley y la Exposición de Motivos al respecto).

Presentada, entonces, la solicitud por el Deudor, la labor Notarial habrá de centrarse principalmente en dos aspectos:

1º Comprobación –verificación– de la legitimación, calidad o interés legítimo del peticionario; complementando lo expuesto en relación a la definición de la Empresa (Parte I, punto 2), toca ahora, en orden a lo dispuesto en el numeral 91 de la Ley, precisar ¿Cuáles, o quiénes, son aquellas personas naturales o jurídicas que deben ser consideradas Empresas a efectos de acogerse a los beneficios del Procedimiento Simplificado?.

Partiendo de la premisa de que «son» Empresas, las «legalmente» constituidas dentro del marco societario del Ordenamiento Mercantil correspondiente (Ley General de Sociedades, Ley 21621 de las E.I.R.L., etc.), deberán, paralelamente, o por analogía, ser «consideradas» Empresas:

A. Aquellas que al constituirse no hubieran satisfecho a cabalidad las exigencias y formalidades dispuestas por los ordenamientos de la materia; o, que no hubiesen cumplido con la respectiva inscripción registral; o que continuasen en actividad no obstante haber concluido el plazo de duración para su objeto social; pero, en todo caso, personas jurídicas que se hallan, implícitamente autorizadas, obviamente por tratarse de cuestiones subsanables (Art. 386 de la Ley General de Sociedades), aunque con ciertas limitaciones, para continuar en vigencia en su condición de irregulares dentro de la definición del numeral 385 de la Ley General de Sociedades.

B. Otra clase de empresas, cuyos titulares deben, por imperativo legal, ser necesariamente personas naturales, y que se hallan al margen del ordenamiento mercantil, razón por la cual se encuentran exentas, para su existencia y constitución, de los requisitos y solemnidades de aquel ordenamiento. Es el caso de las Pequeñas y Medianas Empresas, así como las Micro Empresas, a las que les es suficiente para existir y desarrollar sus actividades mercantiles, una simple inscripción Municipal o en el respectivo Registro Unificado. Es más, la sola presentación o constancia de la solicitud de inscripción, en dichos Registros, resulta habilitándolas para su funcionamiento y operatividad. Obviamente se trata,

en estos casos, de Empresas o de personas naturales que deben ser «consideradas», para los efectos de la Ley Concursal, Empresas.

Concretando lo expuesto; podrán acogerse a los beneficios del Procedimiento Simplificado (siempre que su pasivo no supere las 200 UIT) 1º.- Todas las Empresas que se hallan formal y legalmente constituidas dentro del marco societario de la Ley General de Sociedades u otras especiales como las E.I.R.L. (Ley 21621); 2º.- Deberán ser «consideradas» Empresas; las personas jurídicas societarias calificadas por el ordenamiento mercantil como irregulares dentro de la definición del Art. 385 de aquel ordenamiento y, 3º.- También habrán de ser «consideradas» Empresas, las Personas Naturales, bajo las modalidades de Pequeñas y Medianas Empresas, incluso la Micro Empresas, siempre y cuando se hallen registradas en un Padrón Municipal (o que recauden su petitorio con la respectiva constancia de haber solicitado su inscripción: Ley Nº 23189), o, en su caso, inscritos en el respectivo Registro Unificado (Decreto Supremo 118-90-P.C.M., de 14-09- 90).

En consecuencia; el Notario no podrá admitir a trámite peticiones de Personas Naturales que no reúnan los requisitos consignados, aunque ejercieran actividades comerciales, mercantiles o industriales. Tampoco podrá admitir las solicitudes de Personas Jurídicas que al realizar actividades no lucrativas no pueden ser «consideradas» Empresas, como las reguladas por el Código Civil (Asociaciones, Fundaciones, etc.), por tener, además, todas aquellas personas, como anotamos, un Régimen Concursal propio normado por el Título X de la Ley.

2º Verificación de los requisitos exigidos por el Art. 92 de la Ley. Especialmente, respecto de la Relación de Obligaciones (créditos) presentada por el peticionario (apartado 3), toda vez que, la suma total (no mayor de las 200 UIT) de los respectivos montos (por los conceptos de capital, interés y gastos), habrá de determinar la competencia del Notario para conocer de estos Procedimientos.

De otro lado; en caso de que el Notario considerarse insuficiente la documentación anexada al petitorio, está facultado para solicitar del peticionario la información adicional o complementaria que juzgue conveniente (Art. 92 último párrafo).

Finalmente; cabe acotar, que si bien es cierto que la Ley (Art. 94 párrafo 3º) prescribe que si durante el curso del procedimiento, el Notario comprueba que los pasivos del deudor superan las 200 UIT (límite de su competencia), deberá remitir todo lo actuado a la Comisión para los efectos legales correspondientes, no dice nada, en cambio (tampoco la Exposición de Motivos), respecto del supuesto de que el Notario advirtiera, *ab-initio*, al tiempo de la calificación del petitorio y los recaudos

acompañados, la total improcedencia de la petición. Por nuestra parte, somos de opinión de que el Notario podría, alternativamente: denegar *in-limine* la solicitud, a efectos de que el deudor ejercite su derecho directamente ante la Comisión o que, aplicando por extensión el criterio del Art. 94 párrafo 3º de la Ley, remita el petitorio con todos sus recaudos, a la Comisión, para que ésta proceda conforme a lo señalado en el supuesto anterior (Procedimiento de Declaratoria de Insolvencia).

3. Autorización notarial

Satisfechos, a criterio del Notario, los requisitos exigidos por los Arts. 91 y 92 de la Ley, para la procedencia del petitorio, este funcionario, previa certificación en acta de ese hecho, procederá a otorgar al solicitante la Autorización correspondiente, a efectos de que el deudor pueda convocar a Junta a sus acreedores. Esta autorización habrá de tener la formalidad de una simple declaración Notarial (no la de una Resolución) expedida a mérito, o como resultado, de haberse satisfecho a cabalidad los requisitos –presupuestos– legales de los citados dispositivos.

4. Convocatoria a junta de acreedores

A estarse al texto del numeral 94 de la Ley, expedida la autorización correspondiente, la convocatoria a Junta de Acreedores deberá correr por cuenta, cargo y responsabilidad, del Deudor Empresa. Empero; ello no obsta, a nuestro entender, que tal convocatoria pueda hacerse, si el peticionario así lo prefiere, mediante el Notario que expidió la autorización.

Esta convocatoria, lo será para dos fechas consecutivas con dos días hábiles de por medio (aplicación sustitutoria, en lo pertinente, del Art. 21) con indicación exacta del lugar, día y hora, para cada una de ellas, como lo precisa la Exposición de Motivos (párrafo relativo a la publicidad), y debe revestir dos formalidades copulativas: una principal –la más importante–, que debe hacerse en forma personal (bajo cargo) a cada uno de los acreedores, obviamente adjuntando copias, por lo menos, de la relación de obligaciones así como del Proyecto del «Convenio de Reprogramación de Pagos»; y, otra de carácter complementaria, mediante publicación de un aviso, por una sola vez; en el diario oficial «El Peruano», tratándose de Lima y Callao; y, en Provincias, en el periódico

encargado de los avisos judiciales. Publicaciones en las que, además deberá indicarse; que la documentación sustentatoria correspondiente, y, principalmente, el Proyecto de Convenio se hallan a disposición de los acreedores en la respectiva Notaría; y el plazo legal (Art. 96 párrafo 1º), dentro del cual, los acreedores tienen el derecho de observar o impugnar, en lo que a cada cual concierna, la relación de las obligaciones crediticias presentada por el peticionario.

De otra parte; teniéndose en cuenta que el plazo (de cuando menos de 30 días hábiles posteriores) para la realización de la Junta, a estarse a lo dispuesto en el Art. 95, para la realización de la Junta, deberá computarse: en un caso, a partir de la publicación para la primera convocatoria; y, en otro supuesto, desde la notificación personal a los acreedores, que de ser muchos, y no haber podido, por esa razón, hacerse simultáneamente (el mismo día) dichas notificaciones, ese plazo deberá empezar a correr, obviamente, desde la última notificación. Esta dualidad normativa (publicaciones y notificaciones), ante el riesgo que ella conlleva, y, a fin de evitar obstáculos y tropiezos procesales sobrevinientes, aconseja que el señalamiento para las convocatorias se haga de manera suficientemente holgada.

5. «Controversia» respecto de los créditos

Puede ocurrir que, luego de efectuada la Convocatoria, alguno o algunos de los acreedores formulen observaciones de carácter controversial, planteando ello, con arreglo al párrafo 1º del numeral 96 de la Ley, dos situaciones: 1º.- La disconformidad entre el crédito, o créditos, del impugnante respecto al monto o cuantía asignados o declarados por el Deudor en la relación correspondiente (Art. 92-3 de la Ley): o, 2º.- Que el impugnante, invocando su calidad de acreedor, alegue no haber sido considerado –omitido– en dicha relación. Cuestiones éstas que deben ser definidas resueltas mediante un breve procedimiento, el que, confirme se desprende del texto del párrafo 2º del art. 96, deberá responder al siguiente esquema:

1º Los Acreedores, disconformes u omitidos, deberán hacer valer su derecho ante el Notario, mediante un escrito, adjuntando la documentación sustentatoria correspondiente, dentro de los 15 días hábiles anteriores al de la fecha señalada para la primera Junta (Art. 96 párrafo 1º). Este plazo es de caducidad. Por tanto, producirá efectos extintivos plenos, esto es que no podrá, en adelante, formularse a nivel Notarial, re-

clamación ni articulación alguna al respecto. Sin embargo ello no puede obstar, en nuestra opinión, a que tanto el acreedor que considerase que su acreencia fue consignada como menguada o diminutua, o, aquel otro cuyo crédito hubiera sido excluido –omitido– de la relación de obligaciones, puedan ejercitar judicialmente, las acciones declarativas correspondientes, ya que, tampoco, aparte de que no podrían ser privados de esos derechos por una cuestión meramente formal, el INDECOPI –Comisión–, a nuestro entender, carecería de competencia para pronunciarse en abstracto sobre estas cuestiones (en este caso, de naturaleza estrictamente jurisdiccional), de no mediar un Procedimiento Administrativo, vía declaratoria de insolvencia del deudor o Empresa.

2º El Notario deberá citar –notificar– a ambas partes a comparecer ante él, a efectos de la respectiva conciliación; acepción que, en este caso, debe ser entendida; primero; en relación a una diferencia de montos crediticios, como la de cotejo o comprobación documentaria de las afirmaciones de las partes, a fin de establecer la exactitud de los créditos, ó, en el supuesto de omisión de un crédito, como la de comprobación instrumental, respecto de la existencia, procedencia, legitimidad y cuantía de la acreencia omitida; y, en segundo lugar; la conciliación, esta vez, en su sentido procesal: como el acto de acuerdo o consenso a que arribaren las partes sobre la cuestión planteada (controversia como la califica la Ley), para cuyo propósito el Notario puede desempeñar un rol de tipo Arbitral: de verdadero conciliador.

En caso de no ser posible la conciliación instrumental –documentaria– en cuanto al monto (exactitud) crediticio, o no arribarse a un acuerdo de partes a este respecto, o en relación a la inclusión de la acreencia omitida, el Notario deberá remitir, reza la Ley, la «documentación pertinente» a la Comisión, para que ésta, con arreglo al procedimiento correspondiente, resuelva la cuestión –conflicto de intereses– planteada.

Por otro lado; ni la Ley ni la Exposición de Motivos, dicen nada, respecto al hecho, de qué efectos produciría la remisión de lo actuado, a la Comisión, en lo tocante a la realización de la Junta «ya convocada», entre tanto aquella cuestión, de tipo incidental, sea resuelta por la referida institución. Piensan algunos (expositores del INDECOPI en la Conferencia en el Colegio de Notarios: 29 de Octubre de 1996) que tal articulación produce efectos suspensivos del procedimiento. Es más, que el Notario, en tales supuestos, estaría autorizado a suspender o diferir la realización de la Junta postergándola para la oportunidad correspondiente (Resuelta que fuera por la Comisión la cuestión controversial sobre

los créditos). Por nuestra parte; creemos, primeramente; que el Notario, a quien la Ley ni siquiera ha facultado a convocar a Junta de Acreedores por propia iniciativa, sino solamente a «autorizar», tal convocatoria, al propio deudor, el único llamado a efectuarla (salvo que se la encomiende o delegue al Notario), mal podría estar facultado el Notario para suspender la convocatoria o disponer la postergación de la misma; y, segundo; que, teniéndose en cuenta que una suspensión prolongada, sobre todo como consecuencia de un eventual uso de recursos impugnatorios, podría ocasionar un colapso o falencia total, irreversible, de la Empresa (ya aquejada de una crisis inicial que, precisamente, trata de superar), y que la finalidad y objeto, perseguidos por la Ley, es el de su recuperación o reflotamiento, cuestiones que no podrían esperar más dilaciones, pensamos, que, tratándose, procesalmente, de una simple cuestión incidental (que puede correr por cuerda separada), nada obstaría para que el procedimiento siga adelante con la instalación de la Junta, en la que podría intervenir el impugnante con el porcentaje que arroje su acreencia en la parte no impugnada, quedando la diferencia como acreencia contingente. Y, en cuanto al acreedor omitido, su crédito podría, también, ser considerado como contingente; vale decir, en ambos casos, como condicionados a lo que en definitiva resuelva el INDECOPI (aplicación extensiva del último párrafo del Art. 23 de la Ley).

6. Instalación de la Junta

Bajo este epígrafe debemos comprender dos aspectos relativos a la Junta: una primera, la de constitución (con el «quórum» de Ley) e instalación (Acto formal) de dicha Junta, como ente organizado de los que tradicionalmente era, y aún lo es a nivel de Derecho Comparado, de la «masa» de acreedores; y, luego, en esa calidad de órgano representativo de todos los acreedores, hallarse investida de facultades de decisión, en este caso, sobre la aprobación, o no, del convenio propuesto por el deudor. Es así como, reunidos los Acreedores, en el lugar día y hora señalados, el Notario, a efectos de la Instalación de la Junta, deberá, previamente, certificar, en cada caso (1a. y 2a. convocatorias) el quórum correspondiente, con arreglo a las pautas del Art. 26, párrafo 1º de la Ley, esto es tratándose en este caso de sólo dos fechas, las mayorías serán del 66.6% para la primera, y más del 50% para la segunda. Igualmente, instalada la Junta, el Notario o su Representante, habrán también de certificar las mayorías requeridas para el Acuerdo de Aprobación

del Convenio. Es obvio que aún cuando la ley omita decirlo, al tiempo de dicha instalación la Junta deberá elegir un Presidente y un Vicepresidente (tal como aparece en los «modelos» editados por el propio INDECOPI) para los efectos de la conducción –orden– de los debates, así como para las decisiones –acuerdos– que, eventualmente (supuesto de suspensión: Art. 98, párrafo 3º), adopte la Junta, toda vez que las funciones –rol– del Notario en estos actos se hallarán limitadas a las fedatarias y/o comprobatorias correspondientes.

7. Aprobación del convenio

El acto de aprobación del Convenio no es tan simple, como piensan algunos (expositores del INDECOPI en el «Seminario de Reestructuración Patrimonial»: 20 de noviembre de 1996 en la Universidad Católica) que deba limitarse a una mera votación, en el sentido de que, inmediatamente –de plano–, de instalada la Junta, debe aceptarse, o no, el Proyecto presentado por el Deudor. El Convenio es pues un acto de concertación, de consenso, por lo que dicha Propuesta debe ser puesta, aunque fuere sólo formalmente, a debate. Es más; pueden, al respecto, haberse formulado observaciones o modificatorias, e incluso planteado contrapropuestas por alguno, de los acreedores: cuestiones todas estas que, igualmente, deben ser sometidas a debate, y que, excepcionalmente, pueden dar lugar a una postergación del acuerdo de la Junta (Art. 98 párrafo 3º). Es así como, luego de instalada la Junta (Art. 98); al término de los debates; en los que podrá intervenir oralmente el Deudor o Empresa (Art. 98 último párrafo), a efectos de exponer las causas que motivaron su crisis y sustentar el Convenio propuesto, y los acreedores, respecto de las modificatorias o contrapuestas que hubiesen formulado; el Presidente de la Junta, someterá a votación el referido «Convenio de Reprogramación de Pagos» y, de ser el caso, también las modificatorias o propuestas que hubiesen sido hechas por los asistentes. Por su parte, el Notario o su Representante, intervendrá en dichos actos en su calidad únicamente de Fedatarios (certificando el quórum, las respectivas mayorías, etc.). Aprobado el convenio en los términos acordados por las partes, mediante las mayorías calificadas establecidas por la Ley para ese acto (Art. 98 párrafo 2º), el acta correspondiente deberá ser suscrita por el Presidente de la Junta, un acreedor designado por los acreedores asistentes (Documento Modelo del INDECOPI) y el Notario.

8. Finalización del procedimiento

El «Procedimiento Simplificado» seguido ante Notario, finaliza con la Aprobación del «Convenio de Reprogramación de Pagos», en los términos acordados por las Partes. Por la misma razón, concluirá, también definitivamente, toda intervención notarial, sin más solemnidad que el acto final y formal del levantamiento del acta correspondiente (y el archivamiento del expedientillo), toda vez que no requerirá, para su validez, que tal convenio sea materia de Escrituración Pública. El acta Notarial es su único instrumento constitutivo, en este caso *ad-solemnitatem*, para que surta plenos efectos jurídicos, y, desde luego, comience a ejecutarse. Debemos recalcar que, finalizado –concluido– el Procedimiento Notarial, en adelante, cualesquiera cuestión divergente o controvertida, derivada del convenio (ejecución de lo pactado, incumplimiento parcial o total, etc.) que surja entre el deudor y los acreedores, no podrá demandar la intervención Notarial para ser ventilada o tramitada a manera de continuación o reapertura del «Procedimiento Simplificado». Los efectos extintivos de la aprobación son totales. Plenos.

8.A. Inscripción registral

Empero lo expuesto en el párrafo precedente. Si es cierto que el «Convenio de Reprogramación de Pagos» suscrito por el deudor y sus acreedores, surte plenos efectos jurídicos entre los estipulantes, para su validez y eficacia *–erga omnes–* frente a terceros, requiere de una formalidad: su inscripción registral, la que a tenor del Art. 99 párrafo 1º de la Ley, y la Exposición de Motivos que lo informa, habrá de efectuarse, tratándose de personas jurídicas, en el Registro Mercantil, y en el Personal, en el caso de personas naturales; inscripciones, para las cuales, será suficiente la presentación de una copia certificada Notarial del respectivo documento.

En lo tocante a quién corresponde solicitar o efectuar las inscripciones, habrá de tenerse en cuenta, a falta de norma legal expresa al respecto, el precepto remisorio del último párrafo del numeral 99, en este caso referido al Art. 52 párrafo 1º, en armonía con el Art. 100-1 (contenido del Convenio), de cuyo tenor debemos entender que, constituyendo el nombramiento y/o ratificación del Administrador una cuestión inherente a los convenios de «Reprogramación de Pagos», será pues a este a quien toque llevar a cabo tales inscripciones. Sin embargo, nada puede obstar para que quienes tengan un legítimo interés, como el deudor, o

alguno de los acreedores, puedan hacerlo de mediar para ello urgencias o necesidades que la ameriten. Por otro lado; aquella inscripción registral habrá de regir, por su naturaleza cautelar, todo el tiempo, –plazo– de ejecución del convenio, por lo que, una vez cumplido este a cabalidad (pago de todas las obligaciones), al haber caducado por carecer de objeto, habrá de ser levantada. Para la cancelación de dicha inscripción, deberán seguirse los mismos procedimientos, en lo pertinente y aplicable, dispuestos por la Ley para la conclusión del Proceso de Reestructuración Empresarial (Arts. 57-2 y 58, en función de lo prescrito por el numeral 104).

9. Conclusión anticipada del procedimiento

De ordinario, o regularmente, el «Procedimiento Simplificado» Notarial debe terminar, como vimos, con la aprobación del Convenio. Sin embargo, puede suceder, excepcionalmente, que se presenten factores o circunstancias procesales que interrumpan su curso o extingan el Proceso antes de que este concluya de modo regular, a semejanza de lo que ocurre en el Proceso Común, (Art. 474 del C.P.C.). Es así, entonces, que en el Proceso Concursal, en orden a lo prescrito por la Cuarta Disposición Complementaria de la Ley, habrán de ser también de observancia los mismos principios generales que informan la institución de la Conclusión Anticipada del Proceso. Ello, dentro del «Procedimiento Simplificado» Notarial, puede ocurrir:

1º Si durante la secuencia del Procedimiento, conforme al Art. 94 último párrafo de la Ley, el monto del pasivo superase las 200 UIT (por ejemplo, en los supuestos de «controversia respecto de los créditos» Art. 96, en la que la conciliación de los mismos arroja un monto muy superior al que figurase en la relación de obligaciones -Art. 93-3 de la Ley- presentada por el deudor, cuantía que hiciera superar el pasivo de las 200 UIT; o que esa demasía resultara como consecuencia de la inclusión de un crédito – acreedor– que, inicialmente, no había sido considerado –omitido– en dicha relación), en cuyo caso el Procedimiento Notarial concluirá para dar inicio, ante la Comisión (a la que se remitirá lo actuado), al más lato y general, de la Declaratoria de Insolvencia, obviamente, como solicitado por el propio deudor con arreglo a las pautas del Art. 5 de la Ley.

2º Si el Notario comprueba, o toma conocimiento, en cualquier momento, de la existencia de una solicitud de declaratoria de insolvencia,

presentada con anterioridad a la petición del Procedimiento Simplificado, es obvio que, acorde al principio de la competencia originaria o «preventiva», contenida en el numeral 103 (bajo el epígrafe impropio de solicitudes paralelas y una redacción imprecisa), al prevalecer la competencia de la Comisión respecto de la Notarial, esta última debe cesar de pleno derecho. En estos supuestos el Notario deberá proceder a extender el acta correspondiente, mediante la cual dará –declarará– por concluido el procedimiento, disponiendo a la vez el archivo del expedientillo.

3º Si la Junta de Acreedores (se entiende ya instalada) no llegare a adoptar acuerdo alguno. Este es el supuesto del numeral 101 de la Ley, que autoriza al Notario a declarar la conclusión del procedimiento. La Exposición de Motivos acota, en relación a este punto, que el Notario «se encuentra en obligación» de efectuar una declaración, en razón de que, siendo el objeto del procedimiento la «celeridad y eficacia» del mismo, los «debates y discusiones» al «interior de la Junta», no resultan «ideales» para tales propósitos. Por nuestra parte creemos que la referida Exposición de Motivos ha rebasado la ley, cayendo en excesos. En efecto, el rol del Notario, durante la realización de los debates, debe limitarse únicamente a la de Fedatario. La dirección de los mismos corresponde exclusivamente al Presidente de la Junta o quien los acreedores al tiempo de su instalación hubieran designado. Es pues a dicha persona a quien toca, mediando tales circunstancias (sobre todo en los supuestos de haberse, excepcionalmente y por única vez, postergado el acuerdo: Art. 98 párrafo 3º), dar por agotados los debates y someter a votación la aprobación del convenio en los términos que resultaron finalmente planteados. Recién, entonces, habrá de intervenir el Notario; primero, para certificar el resultado de la votación; y, luego, si es que ella no arrojará las mayorías exigidas por el precepto remisorio del numeral 98, párrafo 2º de la Ley (Art. 36) para la aprobación del convenio, declarar, en vista de que la Junta no llegó a adoptar Acuerdo alguno al respecto, la conclusión del Procedimiento.

La ley no ha previsto; tampoco la Exposición de Motivos dice nada al respecto; la falta de Instalación de la Junta, hecho que puede ocurrir, tanto por inasistencia de los acreedores a la convocatoria, en las fechas señaladas al efecto, o que, ocurriendo algunos, o varios de ellos, la Junta no pueda instalarse por falta de quórum o de la mayoría requerida para ello. Se trata pues, en rigor, de situaciones similares o análogas en sus efectos, a la del párrafo precedente; esta vez no pudo llevarse a cabo ningún acuerdo por ausencia de un presupuesto: la falta –inexistencia– de una Junta de Acreedores. En estos casos resulta obvio que el Nota-

rio deberá preceder del mismo ue en el anterior: certificar el hecho (inasistencia, en su caso, de los acreedores, o falta de quórum) y luego declarar la conclusión del Procedimiento.

Cabe advertir, que esta modalidad de Conclusión Anticipada del Procedimiento, no puede impedir que los acreedores puedan ejercitar sus derechos ante la Comisión solicitando, si fuera el caso, la declaratoria de insolvencia del deudor, o que éste, de *motu - proprio*, si sus pérdidas patrimoniales hubiesen llegado a superar las dos terceras partes del total, haga tal petición (Art. 5 de la Ley).

4º Si el Deudor se desistiera de su petición (Procedimiento); aún cuando la ley no ha previsto esta situación procesal, nada obsta para que, en observancia de lo prescrito por la Cuarta Disposición Complementaria, *in-fine* de la ley (aplicación supletoria del C.P.C.), pueda el deudor, en este caso antes de la realización de la Junta, retirar de hecho la solicitud presentada al Notario, o desistirse «formalmente» –por escrito– con arreglo, en lo pertinente, a los Arts. 340 y siguientes del Ordenamiento Procesal. Ante esta situación, el Notario, previa certificación de ese hecho en acta, deberá proceder a la devolución, al deudor, del petitorio con sus respectivos anexos (documentos), quedando así extinguido dicho procedimiento.

III. Efectos del convenio

1. Validez y eficacia del convenio

En observancia del precepto remisorio del numeral 99, último párrafo, de la Ley, que hace de vigencia el Art. 48 del mismo Ordenamiento, aprobado y suscrito el convenio, éste surtirá plenos efectos frente a todos los acreedores, aún contra aquellos que no se hubieran apersonado al procedimiento o hubieran votado en contrario, con la sola excepción de aquellos que no hubiesen sido considerados –omitidos– en la relación de obligaciones (Art. 92-3) presentada por el deudor, a quienes no podrá oponerse dicho convenio. De igual manera; la inscripción registral del mismo, surtirá, desde que se haga, efectos –*erga omnes*– respecto de terceros.

2. Efectos suspensivos procesales y sustantivos

Las imprecisiones de los párrafos 1º y último del Art. 99, al remitirse a

los numerales 16 y 17 del mismo Ordenamiento, parecieran envolver un contrasentido. En efecto; si la suspensión de la exigibilidad de todas las obligaciones (Art. 16) del deudor, así como de las medidas de ejecución y de determinadas medidas cautelares (Art. 17) han de surtir plenos efectos con posterioridad –inmediatamente y como consecuencia– a la aprobación del convenio, ello no tendría razón de ser; sería ocioso, puesto que celebrado, –suscrito e inscrito–, aquel pacto, es obvio que ya, dentro de sus respectivas estipulaciones, se decidió, por acuerdo de partes, todo lo relativo al aspecto central y medular de la «Reprogramación de Pagos»: el pago total de las obligaciones y el régimen de los respectivos intereses. De la misma manera debió haber ocurrido en lo tocante a los procesos de ejecución y determinadas medidas cautelares (Art. 17), por lo que, una suspensión *pos convenio*, carecería totalmente de objeto, por lo menos resultaría muy tardía, más aún si se tiene en cuenta que desde la presentación de la solicitud hasta la realización de la Junta, concretamente hasta la aprobación del convenio, por más de que se trate de un trámite breve y simple (autorización, publicaciones, citaciones, plazo para la realización de la Junta, eventual controversia sobre los créditos, etc.), habrá de transcurrir, en la práctica, un tiempo apreciable (cuando menos de dos a tres meses, o aún mucho más), suficiente para hacer efectivas las acciones efectivas, ejecuciones forzosas, medidas cautelares, etc., las que, tratándose de una Empresa ya afectada de crisis económica o financiera que la llevaron –obligaron– a convocar a sus acreedores podrían de no decretarse la inmediata suspensión de tales medidas, determinar su colapso o falencia total e irreversible, que es precisamente lo que la Ley no quiere.

Frente a la situación planteada; creemos que las medidas suspensivas dispuestas por la Ley deben surtir sus efectos plenos desde la fecha de presentación del petitorio ante el Notario vale decir, con anterioridad a la aprobación del Convenio, aunque, obviamente condicionadas a la materialización –suscripción e inscripción– de tal acto. Sustentamos nuestra opinión en lo siguiente:

1º En que la declaración de insolvencia, en el Proceso lato o General, al dar paso, de pleno derecho, a la Convocatoria a Junta de Acreedores, establece un «Estado concursal». De la misma manera, la autorización Notarial (acto formal) a efectos también de una Convocatoria a Junta de Acreedores, a nivel de «Procedimiento Simplificado» (que precisamente es simplificado en relación a aquel), genera una Situación Concursal (conurrencia de una pluralidad –totalidad– de acreedores frente a un deudor común). Por consecuencia; a dicha situación

concursal le serán aplicables los mismos principios vigentes para la primera (*eadem ratio, idem jus*). Concretamente; habrán de observarse en el presente caso, los mismos criterios que informan los numerales 16 y 17 de la Ley a los que se remite el último párrafo del numeral 99 del mismo Ordenamiento.

2º Que dentro del propósito –objeto– perseguido por la Ley: lograr, por un lado, la recuperación de la Empresa (en este caso su salida de una crisis económica–financiera inicial o transitoria), y por otro, el cumplimiento de la totalidad de sus obligaciones; surge pues la necesidad imperiosa, como con claridad y explicitéz precisa, a este respecto, la Exposición de Motivos: «de proteger la masa patrimonial del deudor con el fin de ponerla a disposición de –todos– los acreedores...»; objetivo que solamente puede ser posible dictando normas tendientes a impedir, detener o paralizar, acciones o pretensiones (exigibilidad de obligaciones, procesos de ejecución, etc.) de alguno o algunos de los acreedores, incluso de terceros, que tiendan a afectar, menguar o disminuir el patrimonio empresarial, creando así una situación de espera (*stand by*), de alivio de la Empresa, hasta en tanto en cuanto se arribe, vía convenio de «Reprogramación de Pagos», a una solución definitiva de la crisis que la aqueja.

3º Finalmente; como es de verse de la Exposición de Motivos, esta vez en relación a la «obligación» de los Notarios de declarar la conclusión – anticipada – del procedimiento, en la que se precisa, que aquella obligación tiene, entre otros objetos, el de no mantener «un estado de suspensión de la exigibilidad de las obligaciones por tiempo indefinido», de lo cual resulta, obviamente, que tales efectos suspensivos ya venían operando aún mucho antes de la instalación de la Junta (Desde la presentación del petitorio o la autorización Notarial correspondiente).

Dentro del criterio expuesto, de protección del patrimonio empresarial, como reza el epígrafe –sumilla– del Art. 17 de la Ley, y precisa, como acotamos, la Exposición de Motivos, como la «...necesidad de proteger la masa patrimonial del deudor...» a efectos de su recuperación o salida de una crisis inicial o transitoria, así como, por otra parte, asegurar a los acreedores el pago total de sus créditos, las medidas a adoptarse habrán de comprender dos aspectos o situaciones a saber: 1º.- Unas; de naturaleza Procedimental, y, por ello, de carácter cautelar, provisional; de efectos inmediatos, que operan a la sola presentación del petitorio y son anteriores y previos al acuerdo de Junta; su objeto es, ya sea el de impedir el inicio de toda acción ejecutiva, o toda pretensión cautelar previa (embargos preventivos), contra el patrimonio del deudor,

o el de suspender los procesos de ejecución (venta y/o remate) así como las medidas cautelares que persigan la ejecución (embargos definitivos) del patrimonio empresarial. Estas medidas provisionales se hallan, por su condición de tales, sujetas a las resultas de la aprobación del convenio, que, de materializarse - suscribirse e inscribirse pasarán a constituirse en permanentes - definitivas - hasta el total cumplimiento - ejecución de lo pactado (pago de todas las obligaciones); y, 2º.- Otras medidas, de naturaleza esencialmente Sustantiva, las que si bien, en un primer momento, resultarán condicionantes de determinados aspectos relativos al contenido del convenio (intereses), surtirán recién, efectos plenos, luego de aprobado aquel pacto; efectos que habrán de ser permanentes o si se quiere definitivos, de vigencia hasta el total cumplimiento de lo estipulado (pago de todos los créditos).

Como corolario de lo expuesto, y en orden a lo dispuesto, en lo pertinente, en los numerales 16 y 17, por remisión del Art. 99 último párrafo de la Ley, tendremos:

1º En cuanto a las medidas suspensivas de naturaleza Procedimental y de carácter provisional; de vigencia a partir de la presentación del petitorio y sujetas a las resultas de la aprobación o no del Convenio:

A. La suspensión de la exigibilidad de «todas» las obligaciones. Aceptación ésta («exigibilidad»), empleada por la Ley, que habrá de entenderse, en este caso, en un sentido procesal; vale decir, como la del derecho o facultad del acreedor, de ejercitar -iniciar- una acción -demanda- judicial, o de análoga naturaleza (Arbitral, Coactiva, etc.), contra el deudor, con el objeto de hacer efectiva -ejecutar- una obligación crediticia pura (exigible); o como el derecho o potestad del titular del crédito de solicitar una medida cautelar previa (embargos preventivos), sobre bienes del deudor o Empresa. Suspensiones que deben comprender «todas» las obligaciones del deudor, sin excepción alguna (principales y accesorias). Es más, no sólo las vencidas a la fecha de la «presentación» del petitorio párrafo 2º del Art. 99, sino también a aquellas que fueren venciendo durante la secuencia del procedimiento hasta aprobación del convenio.

B. La suspensión, en este caso, con arreglo, en lo pertinente, al Art. 17 de la Ley (penúltimo párrafo), de todos los Procesos Judiciales y de análoga naturaleza (Arbitrales, Coactivos, etc.), que se hallasen en curso, y que tengan por objeto la ejecución de bienes que conformen el patrimonio de la Empresa (ejecución de sentencias -remates- de garantías, etc.).

C. La suspensión, de acuerdo también al dispositivo acotado, de to-

das las medidas cautelares, ya sea que estuviesen únicamente decretadas, o , de aquellas, que ya materializadas (definitivas), tengan por finalidad la ejecución forzada –remate– de bienes de la Empresa.

Por otra parte; cabe acotar que para la efectivización de las medidas suspensivas materia de los párrafos precedentes, bastará, por aplicación extensiva o analógica de lo dispuesto en el párrafo 1º del Art. 17 de la Ley, que el deudor o en su caso, el Representante legal de la Empresa, se apersonen a los respectivos procedimientos, adjuntando la certificación o constancia notarial de la presentación del petitorio o de la correspondiente autorización para la convocatoria a Junta de Acreedores, a mérito de cuyas instrumentales, los Jueces habrán de decretar las referidas suspensiones.

2º En lo concerniente a las medidas de naturaleza Sustantiva. Estas medidas, relativas a la suspensión de la «exigibilidad» de las obligaciones, acepción entendida, esta vez, en su sentido de sustantivo inciden acorde al Art. 16 párrafo 1º de la Ley, en el aspecto tocante al régimen de los compensatorios (Art. 1242, párrafo 1º, del C.C.) en el sentido de que deberá comprenderse en el convenio la tasa originariamente estipulada y, en defecto de pacto, la legal que corresponda; y, segundo; la improcedencia –prohibición de la inclusión en el pacto, de «Reprogramación de pagos» de los intereses moratorios (Arts. 1242 párrafo 2º, y 1243 del C.C.) así como la capacitación de los intereses (Arts. 1249 y 1250 del C.C.), aún cuando aquellas modalidades hubiesen sido expresa y originariamente convenidas. Por consecuencia; las medidas dispuestas por el citado párrafo 1º del numeral 99 de la Ley, habrán de materializarse:

A. Condicionando y/o limitando la aprobación –celebración– del convenio, en lo concerniente al régimen de intereses, el que deberá sujetarse a las pautas señaladas por la Ley (Art. 16 párrafo 1º) y dentro de los términos precisados sobre este punto por la Exposición de Motivos (Comentario del Art. 99).

B. Una vez aprobado –suscrito e inscrito– el convenio, dicho régimen surtirá efectos permanentes, aunque referidos a la fecha de la presentación del petitorio, hasta el total cumplimiento (pago de todas las obligaciones) de dicho pacto.

Cabe finalmente, acotar, respecto de los efectos suspensivos del convenio que cumplido dicho pacto (pago de la totalidad de los créditos), por efectos extintivos del pago (Art. 1225 del C.C.), habrán también de quedar fenecidos, de pleno derecho, todos los procesos cualesquiera fuere su naturaleza (judiciales, arbitrales, etc.), incluido en ellos los

cautelares correspondientes, salvo los supuestos en los que el convenio resulte inoponible a los accionantes. La extinción –caducidad– de aquellos procedimientos deberá ser declarada por los respectivos Jueces a petición del deudor, o de un tercero legitimado, recaudada, ya sea con la certificación que al efecto deba expedir el Administrador, de haberse cumplido con el pago de la totalidad de las obligaciones materia del convenio o, en su defecto, con la certificación Registral del levantamiento o cancelación de la inscripción de dicho convenio.

3. Inoponibilidad del convenio

Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del numeral 99 de la Ley, el principio general de la validez y eficacia del convenio frente a todos los acreedores (Art. 48, párrafo 1º, por remisión del último párrafo, del Art. 99), sufre dos excepciones: 1º.- Respecto de aquellos acreedores que no fueron considerados –omitidos– en la relación de obligaciones presentada por el deudor (Art. 92-3); y, 2º.- En lo tocante a «terceros» garantes –otorgantes de garantías reales o personales– «que así lo hubieran previsto al momento de constituirse como tales» (Art. 99, párrafo 3º, *in fine*).

En cuanto a lo primero. Es obvio que el convenio no podría ser opuesto a los acreedores que fueron excluidos –omitidos– de la relación presentada por el deudor, o que, habiéndola contradicho oportunamente (Controversia sobre los créditos: Art. 96), hubieran sido posteriormente calificados como tales por la Comisión (INDECOPI), a menos que, durante el acuerdo aprobatorio, se hubiese considerado –previsto– tales créditos como contingentes (Art. 23), en cuyo supuesto cobrarán vigencia en el respectivo cronograma de pagos. Igual criterio, aunque la Ley no lo mencione, deberá observarse, por extensión o analogía, respecto de los acreedores que habiendo impugnado el monto de sus créditos, por ser mayores a los consignados en la respectiva relación, hubieran, también obtenido con posterioridad, una calificación favorable de la Comisión, limitándose, en este caso, las pretensiones de los acreedores, solamente por la diferencia, a menos que esa suma hubiera sido considerada como acreencia contingente.

Por consecuencia; no siendo oponible (inaplicable como dice la Ley) el convenio a esta clase de acreedores, estos tendrán expeditos sus derechos para iniciar las acciones judiciales, o de análoga naturaleza (arbitrales, coactivas, etc.) correspondientes o, en su caso, continuar

con las que se hallaban en curso, y que habían quedado suspendidas hasta la aprobación –celebración– del convenio (Art. 99 párrafo 2º).

En lo tocante a lo segundo. Ante la falta de claridad de la norma, y el silencio de la Exposición de Motivos al respecto, debemos entender que el párrafo 3º *in-fine*, del numeral 99, es ratificatorio, por vía de remisión, del criterio que informa el párrafo 3º del Art. 16, el que comprende, a su vez, dos situaciones: una, referida a la facultad de los acreedores de ejecutar a terceros garantes; y, otra, relativa al derecho de éstos a subrogarse al acreedor pagado. De ello habrá de resultar:

1º En lo concerniente a la responsabilidad de los garantes en relación a los acreedores. La extensión y alcances de tal responsabilidad se halla sujeta, sobre todo en las personales (Art. 1873 del C.C.), a los límites de lo expresamente estipulado («que así lo hubieran previsto...» reza la Ley: Art. 99, párrafo 3º *in fine*) en el respectivo pacto de garantía. Consecuentemente; si los garantes asumieron las obligaciones del deudor no sólo respecto de la obligación principal y los intereses compensatorios, sino también por los moratorios y la capitalización correspondiente, la acción persecutoria de los acreedores –potestativa y ejercitable durante la vigencia del convenio– por estos últimos conceptos, será procedente (Art. 16, último párrafo); en esa virtud, los garantes no podrán oponer el convenio a los acreedores ejecutantes, alegando que mediante dicho pacto se hubo liberado a aquellos del pago –exigibilidad– de las obligaciones relativas a los intereses moratorios y la respectiva capitalización, y que, en esa razón, no estarían obligados, por vía de subrogación, a pagar más de lo que el deudor garantido debe oblar en virtud del convenio. De otro lado, deberá tenerse en cuenta que, dentro del criterio de la protección del patrimonio de la Empresa en crisis –superable–, aquel beneficio de la «inexigibilidad» es «personal», de aquellas cuya naturaleza es *intuitu personae*, y que, en esa virtud, no podría hacerse extensiva a terceros que sólo tienen, en este caso, la calidad de garantes. Es más; en el supuesto de que éstos se hubieran constituido con el carácter de solidarios (caso de la fianza) tampoco, por efectos de la solidaridad, acorde a los principios que informan los numerales 1186, 1195 y 1883-2 del C.C., pueden formular oposición alguna contra los acreedores accionantes.

2º En lo concerniente a la Subrogación de los Garantes. Si es cierto que ella, acorde al Art. 16 párrafo 3º *in-fine* de la Ley, opera de pleno derecho, lo que en realidad importa (y es en este aspecto en el que más se deja sentir la deficiencia normativa, párrafo 3º del Art. 99, y la ausencia de la Exposición de Motivos), es saber cuál medida, la amplitud, de

ese derecho subrogatorio de los garantes, habida cuenta de que estos pagaron la integridad de la obligación, incluidos los intereses moratorios y aquellos capitalizados (devengados hasta la fecha de la presentación del petitorio), mientras que el deudor-obligado principal sólo habría de pagar, a los subrogantes, una suma diminuta, como consecuencia de haber quedado excluidos del convenio aquellos extremos originariamente pactados. A ello debemos agregar, que, en observancia de la suspensión de todas las obligaciones, dispuesta por el párrafo 2º del numeral 99 de la Ley, los garantes se hallarían impedidos de ejercitar, contra el deudor garantido, cualquier acción repetitoria más allá de la suma consignada en el respectivo cronograma de pagos en favor de los acreedores subrogados, en cuyos derechos se sustituyeron los garantes.

Frente a la situación planteada; debemos tener en cuenta; en primer término; que, al producir la subrogación efectos del pleno derecho (Art. 16 párrafo 3º, *in-fine* de la Ley y 1260 del C.C.), el garante, que pagó la totalidad de la obligación devengada, hasta la fecha de la presentación del petitorio, tiene el derecho de repetir por el íntegro de lo pagado; en segundo lugar; como consecuencia de lo anterior; el garante no puede ser privado de ese derecho, porque, lo contrario, importaría sancionar un enriquecimiento indebido que la Ley no puede amparar; en tercer lugar; que el principio de protección del patrimonio del deudor, en beneficio tanto de la Empresa (recuperación y/o reflotamiento) como de los acreedores (pago de la totalidad de sus créditos), bajo la fórmula de una «Reprogramación de Pagos» es, en relación a los garantes, una cuestión de terceros (*res inter alios*), que, en esa razón, no puede perjudicarles; y, finalmente; con arreglo al párrafo 3º del numeral 99, entendido en su más lato sentido, se trata tan solamente de una suspensión de la exigibilidad de las obligaciones, que, en todo caso, debe regir únicamente durante la vigencia –plazo– de ejecución del convenio; no más allá.

Como consecuencia de lo expuesto; en nuestra opinión; si bien los garantes no podrían ejercitar contra el deudor, durante el plazo de vigencia del convenio, ninguna acción repetitoria por la diferencia resultante (intereses moratorios y los capitalizados), y, de hacerlo, puede aquel oponerles dicho pacto, en cambio, cumplido –ejecutado– el convenio, al haber caducado los efectos suspensivos de éste, los garantes tendrían expeditos sus derechos para accionar contra el deudor por ese remanente, en cuyo caso, éste no podría oponer el convenio a los ejecutantes.

4. Inejecución del convenio

Durante la ejecución del Convenio pueden presentarse dos situaciones: una, de incumplimiento parcial en relación a un acreedor en particular, el que no pudo ser pagado en el modo y forma establecidos en el respectivo cronograma de pagos; y, otra, referida a la imposibilidad sobreviniente –fracaso– de continuación de la ejecución del convenio de «Reprogramación de Pagos», considerado esta vez en su integridad estructural. Situación, esta última, irreversible, materializada en una verdadera cesación de pagos que no puede brindar otra alternativa que la liquidación de la Empresa.

En cuanto al Primer Supuesto.- El párrafo 4º, segunda parte, del numeral 99 de la Ley, autoriza al «acreedor afectado» a hacer valer su derecho en la «vía correspondiente». Esta terminología genérica, de «vía correspondiente», utilizada por la Ley, debemos en principio, y desde el punto de vista procesal, entenderla como la facultad conferida al acreedor impago, para el ejercicio de las acciones judiciales comunes correspondientes (procesos de Conocimiento, Abreviado, de ejecución, etc.). Sin embargo; en el supuesto de que, en aplicación, por vía de remisión, del Art. 17, los procesos de ejecución, así como determinados procedimientos cautelares (ya iniciados o en curso), en sus respectivos niveles procedimentales (judiciales, arbitrales, coactivos, etc.), hubiesen quedado suspendidos; en observancia de lo dispuesto por el Art. 59 de la Ley, tales medidas suspensivas, habrán de ser levantadas, a petición del acreedor afectado con el incumplimiento, a fin de que éste pueda continuar con la ejecución y obtener, por ese medio, el pago de su acreencia la que, en este caso, debe entenderse por el monto total de su crédito, aun cuando en el cronograma de pagos se hubiera establecido una modalidad de pago por cuotas o en forma periódica. Correlativamente; es obvio que el deudor puede obtener el corte del procedimiento (incoado o reiniciado) mediante la respectiva consignación (mas costas y costos), quedando de ese modo regularizado, en este supuesto, la ejecución del convenio.

En lo Concerniente a la «Imposibilidad» de Continuación de la Ejecución del Convenio.- La ley Concursal no ha previsto esta situación, como si lo hiciera en una circunstancia análoga, respecto de la Reestructuración Patrimonial -Empresarial-, mediante su numeral 56, para el supuesto de que no sea «posible» la continuación de dicho proceso. Empero, la ausencia de una regulación explícita no obsta, a nuestro parecer, que esa deficiencia sea salvada a mérito del precepto remisorio del numeral 104. En efecto; debemos tener en cuenta, para nuestro propósi-

to, la similitud, y diríase hasta identidad existente entre el proceso lato y genérico de la «Reestructuración Patrimonial» y el «Simplificado» (que precisamente lo es en relación a aquel) de «Reprogramación de Pagos», toda vez que ambos en sus aspectos medulares: el Plan de Reestructuración y el «contenido» del Convenio de Reprogramación, numerales 47 y 100, respectivamente, en sus apartados 1 al 7, son los mismos; guardan identidad entre sí. En ambos; la ejecución del «Plan» y la del «Convenio», se hallan, o deben hallarse a cargo de un Administrador, cualesquiera fuere la modalidad del régimen de administración acordado o convenido al respecto. Es más; ambas vías, la general o lata, y la simplificada, o breve, persiguen los mismos objetivos: la recuperación y/o reflotamiento de la Empresa en dificultades económico-financieras y el pago de la totalidad de sus créditos a los acreedores. Por consecuencia; deberán, dentro del Procedimiento Simplificado, ante una situación de imposibilidad sobreviniente –fracaso– de la continuación de la ejecución del convenio, de aplicarse los mismos criterios que rigen para los supuestos del proceso de Reestructuración Patrimonial. Concretamente; en observancia, en lo pertinente, de lo dispuesto en el Art. 56 de la Ley, deberá corresponder al Administrador, ya sea por propia iniciativa o a petición de los acreedores que representen más del 30% de los créditos, convocar a Junta de Acreedores, a efectos de que dicha Junta decida (Destino de la Empresa) sobre la Disolución y Liquidación de la Empresa, en cuyo caso habrán de observarse, por extensión o analogía y, en lo pertinente, las pautas procedimentales señaladas por la ley para tales supuestos.

Complementando lo expuesto en el párrafo precedente; ante el silencio o deficiencia de la Ley en este punto pueden caber, además, en nuestra opinión, otras alternativas, tales como; en relación a los Acreedores; solicitar de la Comisión, si para ello se satisfacen los requisitos correspondientes (Art. 4), la declaratoria de insolvencia del deudor para, por esa vía, decidir en Junta (Art. 35) la disolución y liquidación de la Empresa; respecto del Deudor, si también éste cumple con los requisitos que le corresponden (Art. 5), solicitar su propia declaratoria de insolvencia; y finalmente de no poder satisfacerse las exigencias –presupuestos– de la Ley Concursal (Art. 4 y 5) para obtener la declaratoria de insolvencia, habrá de irse a la liquidación dentro del marco de la Ley General de Sociedades. Concretamente; en base a la causal del Art. 359-2 de la referida Ley, observándose para ello los procedimientos correspondientes, en armonía con el numeral 363 párrafo 1º (convocatoria a Junta a petición de los accionistas: párrafo 1º), o, en su caso, con arreglo al párrafo 3º del mismo dispositivo (judicialmente).

Mecanismos de uso de los bonos Brady como medio de pago en privatizaciones (MUBB)

Propuesta de un programa de conversión Debt To Equity dentro del marco general previsto en el «Term Sheet for the 1996 Financing Plan»

Jaime ZEGARRA GUEVARA

Presentación

En este trabajo se propone un mecanismo de uso de bonos Brady dentro del proceso de privatización al que hemos denominado abreviadamente MUBB.

El MUBB se ha concebido y desarrollado dentro del marco general previsto en el «Term Sheet for the 1996 Financing Plan» suscrito entre el gobierno peruano y la banca internacional.

A través del MUBB se propone realizar swaps de bonos Brady peruanos con acciones de capital de empresas elegibles en proceso de privatización. El mecanismo pretende tener un impacto positivo en la economía peruana utilizando exclusivamente esquemas de mercado.

Así, se plantea la creación de un mercado local abierto de bonos Brady en el que los agentes más dinámicos serían las AFPs; y los intermediarios, las sociedades agentes de bolsa. Por el lado externo, el mecanismo incentiva la formación de fondos de inversión en deuda peruana, que serían los agentes más dinámicos en los mercados internacionales de estos títulos, junto con los bancos acreedores y los proveedores sin garantía.

Para la realización de los swaps se desarrolla un sistema de subasta de bonos Brady que se reslizarían en un tramo local y en un tramo internacional. La estructuración y ejecución de estas subastas estarían a cargo –según corresponda– de bancos locales e internacionales bajo la dirección de un comité especializado subordinado a la COPRI.

El atractivo del mecanismo por el lado de la demanda está en el esquema de precio establecido para el bono Brady; por el lado de la oferta, el atractivo está en el esquema de subastas y en el esquema de precio de la acción elegible.

A través del MUBB se propone realizar operaciones swap por un monto total de US \$ 1,500 millones en acciones de capital. Dependiendo de la eficiencia con que se ejecuten las subastas respectivas se podría conseguir el retiro del mercado de un monto mucho mayor en bonos Brady, con lo cual se contribuiría a sanear significativamente el frente externo de la República.

1. Base normativa

La utilización de bonos Brady como medio de pago dentro del proceso de privatización (conversiones debt to equity) estuvo prevista en el acuerdo de principio del 27 de octubre de 1995 suscrito entre el Advisory Committee y la República del Perú. En este documento se definió el menú de opciones del Plan Brady peruano con los siguientes componentes:

- Bonos con descuento
- Bonos a la par
- Bonos FLIRB.
- Recompra en la modalidad de «subasta holandesa»
- Bonos PDI (todos los acreedores van a recibir estos títulos)
- Conversiones debt to equity.

El «Term Sheet» del Plan Financiero 1996 acordado entre la República del Perú y el Advisory Committee con fecha 17 de mayo de 1996, constituye el marco general de renegociación de la deuda externa con la banca internacional y los proveedores sin garantía. Este documento establece las condiciones y mecanismos que se ofrecen a los acreedores para la cancelación progresiva de las obligaciones vencidas e impagas. El «Term Sheet» ha desarrollado cada una de las opciones del acuerdo en principio del 27 de octubre de 1995 con excepción de la última (las conversiones debt to equity) puesto que no fue posible en el corto tramo final de las negociaciones, diseñar y estructurar un mecanismo para la implementación de los swaps entre bonos Brady y acciones de capital dentro de la privatización. Sin embargo, en la indicada «hoja de términos» se han insertado dos estipulaciones genéricas que prevén la implementación de estas operaciones.

En efecto, en la parte III del documento (General Provisions) en el título «Conditions to Closing» –apartado (c) se estipula textualmente lo siguiente:

«The Closing Agent Shall have received evidence, satisfactory

to it, that each Type of Bond will be eligible, on a non discriminatory basis, for tender in *any debt conversion program* them maintained by the Republic of Peru in wich any External Indebtedness of the Republic of Peru is eligible for tender.»(la cursiva es nuestra).

Adicionalmente, en la misma parte III, en el título «Covenants» – apartado (f) se vuelve a reiterar la indicada estipulación expresándose textualmente lo siguiente:

«The Republic of Peru shall not discriminate against such Type of Bond in setting criteria for the determination of eligibility for tender in any *debt conversion program* established by the Republic of Peru in wich any External Indebtedness of the Republic of Peru is eligible for tender» (la cursiva es nuestra).

El «Term Sheet» ha adquirido eficacia jurídica plena al haber sido aprobado en virtud del artículo primero del DS 072-96-EF publicado en el Diario Oficial el 27 de junio de 1996. El artículo tercero del indicado decreto supremo señala lo siguiente:

«Mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas se dictarán las medidas necesarias para la implementación y ejecución de los acuerdos relacionados con el Plan Financiero 1996 de la República del Perú».

Por consiguiente, un *programa de conversión de deuda* tendría que ser implementado simplemente a través de una Resolución Ministerial. La diferencia es notable respecto del origen que tuvo el programa de «obligaciones elegibles», porque recuérdese que éste fue aprobado en virtud de una Ley (26250), que por su naturaleza (la emite el Congreso), tiene un trámite más complejo.

2. Escenario cuantitativo para un posible programa de uso de bonos Brady (MUBB)

Se van a emitir bonos Brady por un valor total aproximado de US \$ 4,000 millones. Esta es la cifra resultante después de deducir del monto total de la deuda a la banca y a proveedores (alrededor de US \$ 10,560 millones) los siguientes conceptos: el valor de los swaps en el marco de

la Ley 26250 (US \$ 344 millones hasta el momento en principal más una suma similar en intereses incorporados), el valor proyectado por las operaciones de recompra en la modalidad de «subasta holandesa» (US \$ 1,200 millones en principal más una suma similar en intereses incorporados), el monto de intereses pagados por adelantado (US \$ 313 millones), el descuento total por las operaciones de intercambio entre deuda antigua y las distintas clases de bonos Brady (US \$ 3,000 millones aproximadamente).

Los ingresos restantes por privatización hasta que concluya el proceso (se espera que esto ocurra en 1998) van a ascender a un monto total de alrededor de US \$ 3,700 millones.

Como puede advertirse claramente, hay el espacio suficiente para implementar el «debt conversion program» que prevé el «Term Sheet». Lo que necesita es diseñar y estructurar un mecanismo aceptable para todas las partes involucradas.

En este trabajo proponemos un mecanismo para la realización de swaps entre bonos Brady y acciones de empresas privatizadas o por privatizarse al cual hemos denominado «Mecanismo de Uso de Bonos Brady como Medio de Pago en Privatizaciones» (en adelante simplemente «Mecanismo de Uso de bonos Brady» o MUBB).

3. Propuesta de mecanismo de uso de bonos Brady (MUBB)

A. Definición

El MUBB es un sistema de subastas, dentro del proceso de privatización (primera y segunda etapas) en las que se ofrecen en venta paquetes de acciones de empresas elegibles siendo el medio de pago bonos Brady. los paquetes de acciones ofrecidos reciben el nombre de paquetes «conversión de deuda» para resaltar las operaciones swap que se producen al interior del programa.

B. Contexto general

El MUBB ha sido diseñado para operar dentro del proceso de privatización luego que concluya la emisión de los bonos Brady peruanos, y sobre la base de la conformación de mercados secundarios internacionales de estos bonos, y también de un mercado local.

C. Ubicación dentro del proceso de privatización

El MUBB se realizaría en el último tramo de la privatización, esto es, desde 1997 hasta que finalice el proceso, que COPRI señala ocurrirá en 1998. Nosotros creemos que la privatización finalizará más bien el año 2,000. En este periodo el MUBB podrá usarse tanto en la primera etapa como en la segunda etapa de la venta de empresas públicas.

D. Paquetes de acciones al que se aplicaría

En la primera etapa:

El «paquete controlador» de cada empresa elegible tendría por precio base un 50% en efectivo y el otro 50% para ser pagado con bonos Brady. Ambos componentes serían variables. Sería declarada oferta económica ganadora aquella que resulte la más alta sobre el precio base, combinando ambas variables.

En la segunda etapa:

Las acciones reservadas por el Estado en cada empresa elegible se dividirían en tres paquetes:

- Paquete «participación ciudadana»
- Paquete «accionariado difundido»
- Paquete «conversión de deuda»

Es el paquete «conversión de deuda» el que se ofrecería a cambio de bonos Brady peruanos. Se establecería para este paquete un precio base. Los ofertantes tendrían que ofrecer un mayor precio en bonos Brady. Sería declarado ganador quien ofrezca el mayor monto en estos bonos.

E. Oportunidad de las subastas

En la primera etapa:

La colocación de los paquetes pagaderos en bonos Brady se realizaría dentro de los «paquetes controladores». Como ha ocurrido antes con las «obligaciones elegibles».

En la segunda etapa:

Los paquetes «conversión de deuda» se colocarían simultáneamente con los paquetes «participación ciudadana» y «accionariado difundido».

F. Conducción de las subastas

Todas las subastas de los paquetes «conversión de deuda» en la segunda etapa dentro del MUBB estarían a cargo de un Comité Especial que se crearía para el efecto, el cual se denominaría CEPRI de «conversión de deuda» (CEPRI CD).

G. Organización de las subastas

La colocación del paquete «conversión de deuda» –como ya se ha indicado– se realizaría simultáneamente con la colocación de los paquetes de «participación ciudadana» y «accionariado difundido».

a) Tramo local:

Se necesitaría como condición previa la autorización para el funcionamiento de un mercado secundario local de bonos Brady. Con este mercado operativo, en el que los ofertantes serían tenedores de bonos Brady; los demandantes; inversionistas en general (nacionales o extranjeros), sobre todo inversionistas institucionales (entre ellos las administradoras privadas de fondos de pensiones y los fondos mutuos); y los intermediarios sociedades agentes de bolsa. Únicamente los inversionistas institucionales domiciliados competirían por adjudicarse la cuota local del paquete «conversión de deuda» en las subastas respectivas.

b) Tramo internacional:

Acá también la condición previa es la existencia de un mercado de bonos Brady, en este caso, en el exterior.

Los paquetes «accionariado difundido» y «conversión de deuda» de cada empresa elegible se colocarían simultáneamente en los mercados internacionales. El precio por acción sería el mismo para ambos paquetes.

H. Estructuración de las operaciones

En la primera etapa:

El CEPRI CD tendría en esta etapa sólo una función de asesoría.

El postor ganador de la subasta respectiva presentaría ante la Dirección General de Crédito Público la parte del monto de su compromiso económico en bonos Brady. La DGCP certificaría la validez y el valor total de estos bonos, entregando un título representativo que sería el medio de pago ante el CEPRI correspondiente. Como puede notarse, aquí la mecánica sería análoga a la seguida en las operaciones con «obligaciones elegibles» (decretos supremos 17-94-EF y 117-94-EF).

En la segunda etapa:

a) Tramo local:

El CEPRI «conversión de deuda» (CEPRI CD) convocaría a un concurso para definir al *colocador local* entre los bancos del sistema.

Elegido el colocador local, éste organizaría y conduciría la subasta del respectivo paquete «conversión de deuda». En cada una de estas subastas los concursantes serían administradoras privadas de fondos de pensiones (AFPs), fondos mutuos, y en general, inversionistas institucionales domiciliados.

La COPRI decidiría en cada caso el tamaño del paquete «conversión de deuda» a ofertarse en el tramo local.

Se adjudicaría la subasta el inversionista institucional o consorcio de ellos, que ofrezca el mayor monto en bonos Brady sobre el precio base de paquete ofertado.

La validez y el valor total de estos bonos serían certificados por la DGCP con la colaboración del colocador local.

b) Tramo internacional:

El CEPRI CD convocaría a un concurso para elegir al *colocador internacional* el cual tendría que ser un operador internacional de reconocido prestigio y experiencia. Este organizaría y conduciría la colocación del respectivo paquete «conversión de deuda» en los mercados internacionales.

En todas estas subastas los concursantes serían bancos acreedores de la República, fondos de inversión internacionales, bancos de inversión,

fondos mutuos, y en general cualquier inversionista internacional tenedor de bonos Brady peruanos, y/o los consorcios que constituyan.

Cada una de estas subastas se centralizaría en la bolsa de valores de la ciudad de New York y se realizaría según las reglas de este mercado.

Se adjudicaría la subasta al inversionista institucional que ofrezca el mayor monto en bonos Brady sobre el precio base establecido para el paquete ofertado.

La certificación de la validez y del valor total de estos bonos estaría a cargo de la DGCP con la colaboración del colocador internacional.

I. Determinación del precio

Primera etapa:

El precio base de la acción de una empresa elegible en cada caso lo determina el CEPRI respectivo, siendo la decisión final de la COPRI. Como puede advertirse aquí se sigue lo que ha venido siendo la metodología general del proceso de privatización en esta etapa.

El precio por acción sería el mismo para todo el «paquete controlador» (para el 50% pagadero en cash y para el 50% pagadero en bonos Brady).

El precio de los bonos Brady para efectos de la determinación del valor de la oferta económica en estos títulos, sería su precio-compra promedio en el mercado local, de por lo menos los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta correspondiente.

Segunda etapa:

a) Tramo local:

El precio base de la acción del paquete «conversión de deuda» de cada empresa elegible sería el precio de apertura, de la primera rueda, de la acción de su correspondiente paquete «accionariado difundido» fijado en la bolsa de valores de la ciudad de New York.

El precio de los bonos Brady para efectos de los swaps sería también su precio-compra promedio en el mercado local, de por lo menos tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta correspondiente.

b) Tramo internacional:

El precio base de la acción del paquete «conversión de deuda» sería también el precio de apertura de la primera rueda, de la acción de su correspondiente paquete «accionariado difundido» fijado en la bolsa de valores de la ciudad de New York.

El precio de los bonos Brady para efectos de estas subastas sería su precio-compra promedio en los mercados de deuda de la ciudad de New York, de por lo menos los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de las subastas respectivas.

J. Medio de pago

Como se ha indicado el medio de pago en las subastas del paquete «conversión de deuda» serían bonos Brady peruanos, en cualquiera de sus clases. Es decir, serían aceptados, indistintamente:

- bonos con descuento
- bonos par
- bonos FLIRB
- bonos PDI

Los bonos FLIRB tendrían un incentivo especial: su precio para efectos de cada subasta sería el siguiente:

a) Tramo local:

El precio-compra más alto alcanzado en el mercado local dentro de los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de subasta respectiva.

b) Tramo internacional:

El precio-compra más alto alcanzado en el mercado de deuda de la ciudad de New York dentro de los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta respectiva.

K. Quiénes pueden concursar

Como ya se ha adelantado el MUBB se ha diseñado para que los demandantes sean principalmente *bancos acreedores, proveedores sin garantía e inversionistas institucionales*. Especificamos:

a) En el tramo local:

Administradoras privadas de fondos de pensiones (AFPs), fondos mutuos de inversión, aseguradoras.

b) En el tramo internacional:

Bancos acreedores, proveedores sin garantía, fondos de inversión, bancos de inversión, fondos de pensiones e inversionistas internacionales en general.

L. Valorización de los bonos Brady

Para efectos de la determinación del valor de la oferta económica en bonos Brady, se seguiría la siguiente norma:

– Al valor facial de mercado del bono según las reglas de los apartados 3.I. y 3.J. de este documento, se le añadiría el valor de los intereses devengados pendientes de pago calculados hasta la fecha de presentación de la oferta económica respectiva.

LL. Monto total del MUBB

Se podría ofrecer acciones de empresas elegibles por un valor total de US \$ 1,500 millones. Se colocarían acciones por US \$ 1,300 millones en el tramo internacional, y por US \$200 millones en el tramo local. La meta sería conseguir el retiro del mercado de un total de US \$2,250 millones de bonos Brady (el 56.25% de la emisión total), con lo cual quedarían en circulación –en este supuesto– alrededor de US \$ 1,750 millones en estos bonos (si el cash buyback tuviera poca demanda esta última cifra va a ser mucho mayor).

M. Deuda elegible

Como se ha anotado son elegibles todas las clases de bonos Brady, inclusive aquellos que tengan por origen los títulos de deudas de proveedores sin garantía oficial.

N. Empresas elegibles

En la primera etapa:

CENTROMIN

- Yauricocha
- Cajamarca
- La Oroya
- Centrales hidroeléctricas
- Cerro de Pasco
- Cobriza
- San Cristóbal-Andaychagua

ELECTROPERU

- Complejo del Mantaro
- Central hidroeléctrica Antúnez de Mayolo
- Central hidroeléctrica Restitución

Cemento Andino

Empresas regionales de electricidad (son doce)

ENAFER

ENAPU

Puerto de Ilo

SEDAPAL

PETROPERU

- Refinería de Talara
- Lote X/XI
- Oleoducto Norperuano
- Refinería de Iquitos
- Refinería de Conchán
- Refinería El Milagro
- Petrolube
- Terminales: Eten, Salaverry, Chimbote, Supe, Callao, Pisco, Mollendo, Ilo.

Observación: Las unidades de negocio Enafer, Enapu, Puerto de Ilo, Sedapal, Oleoducto Norperuano, las refinerías de Iquitos y El Milagro se van a ofrecer en concesión. Acá el concesionario ganador en cada caso tendría que pagar parte de los derechos de concesión en bonos

Brady. El monto de los bonos Brady que se fijaría en cada caso también funcionaría como un precio base.

En la segunda etapa:

EDELNOR
EDELSUR
EDEGEL
EGENOR
Complejo del Mantaro
Refinería La Pampilla
Refinería de Talara
ETEVENSA
Central Cahua
Banco Continental
Central Carhuaquero
EDE Chancay
EDE Cañete
Empresas regionales de electricidad
Telefónica del Perú

Ñ. Relaciones entre los CEPRIS «Participación Ciudadana» y «Conversión de deuda»

El CEPRI PC tiene a su cargo la colocación de los paquetes «participación ciudadana» y «accionariado difundido». El CEPRI CD como se ha indicado, tendría a su cargo igual tarea respecto del paquete «conversión de deuda». Dado que la colocación de los tres paquetes se realizaría casi simultáneamente tendría que haber una estrecha coordinación entre ambos CEPRIS.

Ahora bien, estos dirigirían los procesos pero la parte de estructuración y ejecución estaría a cargo de los respectivos operadores contratados, los cuales también tendrían que estar en constante coordinación.

Los dos CEPRIS obrarían con plena autonomía.

En el supuesto que el MUBB que se propone se aprobara, las cuotas de los CEPRIS serían las siguientes:

CEPRI PC : se encargaría de colocar alrededor de US \$ 2,200 millones

CEPRI CD : Se encargaría de colocar alrededor de US \$ 1,500 millones

O. Implementación del MUBB

Como ya se ha señalado en el punto 1, el MUBB tendría que aprobarse a través de una resolución ministerial del sector Economía y Finanzas.

4. Creación de un mercado local de bonos Brady

La ejecución del tramo local del MUBB necesita la creación de un mercado secundario doméstico de bonos Brady. Los inversionistas institucionales locales como, por ejemplo, las administradoras privadas de fondos de pensiones o los fondos mutuos –que son los potenciales demandantes en el tramo local del MUBB– necesitan de un mercado interno donde puedan comprar o vender fácilmente estos bonos.

Lo dicho, conlleva previamente la necesidad de que se autorice a estos inversionistas institucionales a que puedan invertir parte de los fondos que administran en bonos Brady peruanos de cualquier clase.

Independientemente del MUBB, resulta conveniente la implementación de un mercado interno de bonos Brady, tanto por la seguridad y rentabilidad de estos títulos como porque contribuiría al desarrollo del mercado de capitales domésticos. A través de las sociedades agentes de bolsa, cualquier inversionista (nacional o extranjero) podría adquirir estos títulos de largo plazo.

Un aspecto a definir sería el tamaño de este mercado, el que podría comenzar en el rango del 3 al 5% de la emisión total de bonos Brady e iría aumentando en proporción directa a la demanda.

5. Participación de las AFPs en el mercado local de bonos Brady y en el MUBB:

El sistema privado de pensiones está acumulando un fondo importante que se proyecta que a fines de 1996 será algo mayor a US \$ 1,000 millones, y para el año 2,000 será alrededor de US \$ 4,000 millones. Esto, desde ahora, genera una creciente necesidad de instrumentos financieros para invertir estos recursos.

Siendo el modelo de privatización peruano basado en el modelo chileno, no ha seguido sin embargo una de las opciones de éste, consistente en haber permitido a sus fondos de pensiones realizar importantes inversiones en su proceso de privatización (realizado entre 1985-1989). En la experiencia chilena, se destinó un paquete especial de las llamadas

»empresas tradicionales» o «monopolios naturales» de servicios públicos y de infraestructura para que pudiera ser adquirido por inversionistas institucionales en general, y en particular, por los fondos privados de pensiones.

A este paquete especial se le denominó «capitalismo institucional». De esta manera, las AFPs adquirieron el 25% de las acciones de muchas empresas privatizadas.

No obstante, queda todavía por delante el tramo final y más importante en la privatización peruana que debe concluir, en principio en 1998, aunque –como hemos anotado– lo más probable es que se prolongue hasta el año 2,000.

El marco legal para la participación de las AFPs en este proceso ya cuenta con una norma por la cual los fondos de pensiones pueden adquirir acciones de empresas públicas. Se trata de la Resolución 138-95-EF/SAFP publicada el 20 de marzo de 1995. También ya existe una norma que ha aumentado los límites para las inversiones de las AFPs en acciones comunes en general (hasta 35% del valor del Fondo). Se trata del DS 074-96-EF publicado el 4 de julio de 1996.

Lo que hace falta es diseñar un esquema que permita a las AFPs el acceso a nuevos instrumentos seguros y rentables a través de operaciones swap dentro del proceso de privatización.

Precisamente el MUBB en un tramo local de bonos Brady, las AFPs podrían ser autorizadas a invertir en estos títulos, para lo cual sería necesario incluir a los bonos Brady dentro del límite individual del 30% en el que están los títulos públicos en los cuales pueden invertir estas administradoras (DS 150-95-EF). Luego, tendrían la opción de invertir parte de su cartera de bonos Brady en las subastas del tramo local de los paquetes «conversión de deuda», con lo cual accederían –en la medida que ganen las subastas– al accionariado de empresas privatizadas elegibles por medio de operaciones swap. Esto acontecería en la segunda etapa de la privatización.

En la primera etapa, podrían ser autorizadas a participar dentro de los consorcios aportando el monto necesario de bonos Brady según cada subasta, en los casos que se admita el pago parcial de los «paquete controladores» con estos títulos. Esta sería otra oportunidad para acceder a paquetes de acciones de empresas privatizadas.

Técnicamente, el actual marco regulatorio nacional permite que las AFPs puedan invertir en los futuros bonos Brady peruanos. En efecto: el artículo 25-inciso (a) del DL 25897 faculta a las AFPs invertir en «*valores emitidos por el Gobierno Central de la República del Perú*». Esta es precisamente la naturaleza jurídica de los bonos Brady. Por consiguiente,

te, si se crea un mercado local de estos bonos, técnicamente las AFPs podrían actuar en él hasta el límite individual autorizado a las inversiones en valores públicos (30%).

No obstante, para evitar deudas o incertidumbre en las reglas de juego, podrían emitirse una norma expresa que, en vía reglamentaria, señale que los bonos Brady se encuentran comprendidos en el mencionado artículo 25-inciso (a) del DL 25897.

El MUBB en su tramo local, como puede notarse, ha sido concebido para que los agentes más dinámicos en el mercado local de bonos Brady sean los fondos privados de pensiones.

En este mercado también operarían libremente los fondos privados de pensiones de los otros países latinoamericanos (Chile, Argentina y Colombia): y por cierto, ya que sería un mercado abierto, también participarían otros inversionistas institucionales nacionales o extranjeros. No obstante, en el tramo local del MUBB en la segunda etapa de la privatización, sólo podrían participar fondos privados de pensiones domiciliados lo mismo que otros inversionistas institucionales locales, compitiendo entre ellos para adjudicarse el paquete «conversión de deuda».

La presencia de los fondos privados de pensiones sudamericanos animaría mucho el mercado local de bonos Brady. En el caso de las AFPs chilenas, a enero de 1996, ya cuentan con la autorización gubernamental para poder invertir en el Perú hasta US \$ 2,500 millones (que representa el 10% de su sistema previsional privado). Los cuatro países sudamericanos en los cuales se ha implementado el sistema suman (al primer trimestre de 1996), un fondo total de US \$ 30,480 millones, y dado que hay una tendencia a integrar estos mercados, el potencial de recursos de este origen hacia cada uno de estos mercados (en especial los que resulten más rentables y seguros) es grande. Por tanto, el desarrollo de un mercado local de bonos Brady tiene viabilidad.

A través del MUBB la meta sería que las AFPs accedan, al finalizar el proceso de privatización, a la propiedad de acciones de empresas privatizadas por un monto total equivalente a US \$ 200 millones.

Ciertamente, que las AFPs ya cuentan con un límite holgado (35% del Fondo según el DS 074-96-EF ya citado) para poder invertir en cash en acciones comunes de capital, entre éstas, por ejemplo, precisamente, las acciones de empresas por privatizarse o privatizadas. Sin embargo, los paquetes que se van a asignar a los inversionistas institucionales locales de la privatización son pequeños, por lo que crear un nuevo espacio para estos resulta significativo.

6. Conclusiones y recomendaciones

El «Term Sheet» contempla la implementación de programas de conversión de deuda con bonos Brady dentro del proceso de privatización, sin embargo, dentro de este documento, no se ha estructurado un mecanismo para realizar estas operaciones. Es una opción pendiente de desarrollo.

En este trabajo se propone y desarrolla un mecanismo para hacer posible la ejecución de esa opción, al que hemos denominado MUBB («Mecanismo de Uso de bonos Brady»).

El MUBB tiene por objetivo implementar swaps entre bonos Brady con acciones de capital de empresas elegibles dentro del proceso de privatización.

Para el efecto, se propone que el monto total de acciones que sería ofertado dentro del MUBB sería de un valor equivalente a US \$ 1,500 millones (el 40.5% de los ingresos proyectados restantes por privatización), A este paquete lo hemos denominado paquete «conversión de deuda».

El programa ha sido concebido para ejecutarse tanto en la primera como en la segunda etapa de la privatización, aunque el grueso del mismo se realizaría durante la segunda etapa, por lo cual el MUBB en rigor ha sido diseñado para esta etapa.

El MUBB consta de dos tramos: uno internacional, que es el más importante por su magnitud (colocación de US \$ 1,300 millones en acciones de empresas privatizadas): y otro local (colocación de US \$ 200 millones). La colocación en ambos casos se realizaría por un sistema de subasta en virtud del cual se adjudicaría el paquete accionario «conversión de deuda» correspondiente al inversionista que ofrezca el mayor monto en bonos Brady sobre el precio base establecido para dicho paquete.

El tramo internacional está dirigido a los bancos acreedores tenedores de bonos Brady, y los fondos de inversión y en general otros inversionistas institucionales, a los proveedores sin garantía tenedores de estos bonos.

El tramo local está dirigido a los inversionistas institucionales domésticos, particularmente a los fondos privados de pensiones.

El escenario del MUBB incluye la necesidad de la conformación de un mercado secundario local de bonos Brady para que los inversionistas locales, en particular los fondos privados de pensiones, puedan invertir fácilmente en estos títulos. Asimismo para atraer a los inversionistas de la subregión, en particular a los fondos privados de pensiones sudamericanos.

En el caso de las AFPs peruanas su fuente natural para adquirir bonos Brady con miras a participar en el tramo local del MUBB sería este mercado secundario local.

La meta del MUBB sería lograr retirar del mercado con las operaciones swap un total en bonos Brady equivalente a US \$ 2,250 millones, aunque esto, en definitiva, lo va a decidir el propio mercado.

Si se realizara esta meta al final quedarían en el mercado un monto de bonos Brady equivalente a aproximadamente US \$ 1,750 millones. Esta cifra sale de asumir que la emisión total de estos bonos sería de unos US \$ 4,000 millones en el supuesto que la recompra se deuda cumpla sus metas cuantitativas. En caso contrario la cifra indicada sería mucho mayor.

Dado que es claro que el Perú va a tener que recurrir a los ingresos por privatización para cumplir con las obligaciones asumidas con sus distintos acreedores, tiene sentido el implementar dentro de lo previsto en el «Term Sheet», un programa de conversión de deuda dentro de la privatización.

Definiciones

1. *Acción elegible*: Es la acción de capital perteneciente a una empresa elegible dentro del MUBB.
2. *Bancos acreedores*: Son los bancos que han aceptado y se han acogido al «Term Sheet for the 1996 Financing Plan», suscrito entre la República del Perú y el Bank Advisory Committee presidido por Citibank N.A., y aprobado por DS 072-96-EF.
3. *CEPRI de «Conversión de deuda»*: Comité Especial encargado de conducir el conjunto de subastas de los paquetes «conversión de deuda» de las empresas elegibles a través del MUBB. Abreviadamente es el CEPRI CD.
4. *CEPRI de «Participación Ciudadana»*: Comité Especial encargado de conducir la colocación de los paquetes «participación ciudadana» y «accionariado difundido» de las empresas privatizadas. La labor de este CEPRI se realiza en la segunda etapa del proceso de privatización. La venta de los paquetes «accionariado difundido» puede realizarla en los mercados nacionales y/o internacionales.
5. *Colocador local*: Banco domiciliado en el Perú designado por el CEPRI CD, después de ganar un concurso, para estructurar y ejecutar en su tramo local la subasta del paquete «conversión de deu-

da» de una empresa elegible determinada dentro del MUBB en la segunda etapa de la privatización.

6. *Colocador internacional*: Banco u operador financiero internacional designado por el CEPRI CD, después de ganar un concurso, para estructurar y ejecutar en su tramo internacional la subasta del paquete «conversión de deuda» de una empresa elegible determinada dentro del MUBB en la segunda etapa de la privatización.
7. *Empresas elegibles*: Conjunto de empresas en proceso de privatización en cuya venta se ha autorizado aceptar como medio de pago de paquetes accionarios determinados, bonos Brady peruanos dentro del MUBB.

En la primera etapa: en la venta del «paquete controlador». El 50% del precio base y su plus correspondiente producto de la subasta es pagadero en bonos Brady.

En la segunda etapa: en la venta de los paquetes «conversión de deuda» (tramos nacional e internacional) El precio base de cada paquete y su plus correspondiente producto de la subasta es pagadero en bonos Brady.

8. *Inversionistas institucionales locales*: Son las administradoras privadas de fondos de pensiones (AFPs), fondos mutuos, aseguradoras domiciliados en el Perú participantes en el mercado local de bonos Brady y en las subastas del tramo local de los paquetes «conversión de deuda» de las empresas elegibles dentro del MUBB.
9. *Inversionistas institucionales internacionales*: Son los fondos de inversión, bancos de inversión, fondos de pensiones, corredoras no domiciliados participantes en el mercado internacional de bonos Brady peruanos y en las subastas del tramo internacional de los paquetes «conversión de deuda» de las empresas elegibles dentro del MUBB. Estos inversionistas, sobre todo los fondos de inversión, van a ser los principales competidores de los bancos acreedores y los proveedores sin garantía en las subastas de los paquetes «conversión de deuda».
10. *Mercado local de bonos Brady*: Es es conjunto de transacciones entre demandantes y ofertantes de bonos Brady peruanos de todas las clases, en la plaza financiera de Lima. Es un mercado abierto donde participan inversionistas nacionales y extranjeros. Sus ofertantes son bancos acreedores de la República, proveedores sin garantía y en general cualquier tenedor de bonos Brady peruanos. Sus demandantes son inversionistas en general. Está diseñado para que sus agentes más dinámicos sean las administradoras de fondos de pensiones (AFPs), tanto domiciliadas como no domiciliadas. Los intermediarios son las sociedades agentes de bolsa. Una de las funciones de

este mercado secundario es ser la fuente proveedora de los bonos Brady necesarios para que los inversionistas institucionales locales puedan participar en las subastas del tramo local de los paquetes «conversión de deuda» dentro del MUBB.

Este mercado está gobernado por las leyes de la República del Perú, y su supervisión y transparencia corre a cargo de la CONASEV, del BCR, del MEF (DGCP) y de la SAFP.

11. *Mercado internacional de bonos Brady*: Es el conjunto de transacciones entre demandantes y ofertantes de bonos Brady peruano de todas las clases en las plazas financieras internacionales, principalmente de la ciudad de New York. Es un mercado abierto donde los ofertantes principales son bancos acreedores y proveedores sin garantía, y los demandantes son inversionistas en general, principalmente inversionistas institucionales, y dentro de estos, particularmente, los fondos de inversión.

Una de las funciones de este mercado es ser la fuente proveedora de los bonos Brady necesarios para que cualquiera inversionista internacional –en particular los fondos de inversión– pueda participar junto con los bancos acreedores y proveedores sin garantía en las subastas del tramo internacional de los paquetes «conversión de deuda» dentro del MUBB.

Este mercado está gobernado por las leyes del estado de New York

12. *MUBB*: Son las iniciales simplificadas del «Mecanismo de Uso de Bonos Brady como Medio de Pago en la Venta de Paquetes Accionarios de Empresas dentro del Proceso de Privatización». Es el mecanismo que se presenta y se propone en este trabajo.

También, más sencillamente, se puede denominar «Mecanismo de Uso de Bonos Brady como Medio de Pago de Privatizaciones».

Una denominación equivalente que también se puede usar es «Programa de Uso de Bonos Brady».

La definición del MUBB se encuentra en el punto 3.A.

13. *Paquete «accionariado difundido»*: Paquete de acciones de capital perteneciente al conjunto de acciones reservadas por el Estado peruano en una empresa en proceso de privatización, destinado a la venta en los mercados financieros local y/o internacionales.

En el modelo de privatización chileno a este paquete también se le denominó paquete «capitalismo tradicional».

14. *Paquete controlador*: Es el paquete de acciones de capital, principal y mayoritario, de una empresa en proceso de privatización cuya propiedad otorga a su titular, además de los atributos inherentes al de-

recho de propiedad, el poder de decisión y de gestión en dicha empresa. Este paquete se transfiere por subasta en la primera etapa de la privatización. A los ganadores de estas subastas se les suele llamar «operadores estratégicos» en alusión, en la mayoría de los casos, a su experiencia en los mercados internacionales, a su fortaleza patrimonial, a su gran nivel de activos, a su alto volumen de ingresos y utilidades, a su capacidad de financiamiento, y a su know how.

15. *Paquete «conversión de deuda»*: Es el paquete de acciones de capital pertenecientes al conjunto de acciones reservadas por el Estado peruano en una empresa elegible en proceso de privatización, destinado a ser subastado en el mercado local (tramo local) y en los mercados internacionales (tramo internacional) mediante operaciones swap con bonos Brady peruanos de todas las clases, a través del MUBB.
16. *Paquete «participación ciudadana»*: Es el paquete de acciones de capital perteneciente al conjunto de acciones reservadas por el Estado peruano en una empresa en proceso de privatización, destinado a ser vendido en el mercado local a pequeños inversionistas a precios preferenciales, a plazos, y con otras facilidades. El objetivo es que el paquete sea absorbido por el mayor número posible de compradores de suerte que se difunda la propiedad entre la población, se genere una cultura de ahorro, y se haga más tangible a los ciudadanos comunes los beneficios de la privatización.

En el modelo chileno a este paquete también se le llamo paquete «capitalismo popular».

17. *Precio base de la acción de una empresa elegible*: Es el precio inicial de la acción de capital de su «paquete controlador» (si es que en un 50 % es pagadero en bonos Brady) y de su paquete «conversión de deuda» dentro del MUBB.

En la primera etapa el precio base por acción del «paquete controlador» lo fija el CEPRI respectivo. En la segunda etapa, este precio base toma el precio de apertura fijado para la acción del paquete «accionariado difundido» en la bolsa de valores de New York.

En aquellos casos en los que se decida no colocar el paquete «accionariado difundido» en los mercados internacionales, sino solamente en el mercado local vía la bolsa de valores de Lima, el precio base de la acción del paquete «conversión de deuda» (en este supuesto solamente habría tramo local del MUBB) es el precio de apertura en la bolsa limeña de la acción del correspondiente paquete «accionariado difundido».

18. *Precio del bono Brady*: Es el precio al cual se cotiza este título para

efectos de la formulación de la oferta económica en las respectivas subastas del «paquete controlador» (en los casos en que éste sea pagadero en un 50 % en bonos Brady) y del paquete «conversión de deuda» dentro del MUBB.

Dicho precio es:

En la primera etapa: el precio-compra promedio del bono Brady del mercado local de por lo menos los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta correspondiente.

En la segunda etapa:

- Tramo local: igual que en primera etapa.
- Tramo internacional: el precio-compra promedio del bono Brady en los mercados de deuda de la ciudad de New York, de por lo menos los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de las subastas respectivas.

El bono FLIRB tendría un incentivo especial.

Su precio sería:

- Tramo local: el precio-compra más alto alcanzado en el mercado local, dentro de los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta respectiva.
- Tramo internacional: el precio-compra más alto alcanzado en el mercado de deuda de la ciudad de New York, dentro de los tres meses inmediatos anteriores a la fecha de la subasta respectiva.

19. *Primera etapa* : Es el período inicial del proceso de privatización en el cual se subastan los llamados «paquetes controladores» de las empresas públicas. Así por ejemplo, en un importante número de casos el Estado peruano ha transferido a operadores estratégicos internacionales el 60% del capital accionario de sus empresas reservándose la propiedad del 40% restante para ventas posteriores.
20. *Proveedores sin garantía*: Son los proveedores que han aceptado acogerse al «Term Sheet for the 1996 Financing Plan».
21. *Segunda etapa*: Es el período final del proceso de privatización en el cual se venden el conjunto de acciones reservadas por el Estado en empresas que ya han sido parcialmente transferidas al sector privado. Para este efecto estas acciones reservada se descomponen en «paquetes» que son los siguientes:
 - Paquete «capitalismo laboral»: En el modelo de privatización peruano este paquete se ha fijado en el 10% del capital accionario de cada empresa pública (Decreto Legislativo 674) que puede ser adquirido por sus trabajadores vía el ejercicio del derecho de preferencia que la ley les reconoce.

– Paquete «accionariado difundido». Véase la definición del punto 13.

– Paquete «participación ciudadana». Véase la definición del punto 16.

Junto a estos paquetes, en este trabajo se propone la creación del paquete «conversión de deuda» (véase la definición del punto 15).

22. *Títulos elegibles*: Son los bonos Brady peruanos dentro del MUBB.

23. *Tramo local del MUBB*: Es la parte del MUBB que se realiza en el mercado interno peruano. Comprende el conjunto de subastas de una pequeña parte determinada de los paquetes «conversión de deuda» donde los concursantes son exclusivamente inversionistas institucionales locales.

La cuota del paquete CD del tramo del MUBB será relativamente mayor cuando sea posible o conveniente que haya tramo internacional.

24. *Tramo internacional del MUBB*: Es la parte del MUBB que se realiza en los mercados internacionales. Comprende el conjunto de subastas de una parte determinada (la parte mayor) de los paquetes «conversión de deuda» donde los concursantes son bancos acreedores, proveedores sin garantía e inversionistas institucionales del exterior (como fondos de inversión)

25. *Valorización de los bonos Brady*: Es la determinación del valor total de estos títulos para efectos de la formulación de la oferta económica en las respectivas subastas del «paquete controlador» (en los casos en que éste sea pagadero en un 50% en bonos Brady) y del paquete «conversión de deuda» dentro del MUBB.

Esta valorización comprende el precio (véase definición del punto 14), más los respectivos intereses devengados pendientes de pago calculados hasta la fecha de presentación de la oferta económica respectiva.

Las metodologías para calcular tanto el precio como la valorización son aplicables a todas las clases de bonos Brady.

Abreviaturas

AFP	: Administradora Privada de Fondo de Pensiones
B.B.	: Bonos Brady
BCR	: Banco Central de Reserva del Perú
CEPRIS	: Comités Especiales de Promoción de la Inversión Privada
CEPRI CD	: Comité Especial de «Conversión de Deuda»

CEPRI PC	:	Comité Especial de «Participación Ciudadana»
CONASEV	:	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
COPRI	:	Comisión de Promoción de la Inversión Privada.
DGCP	:	Dirección General de Crédito Público.
MEF	:	Ministerio de Economía y Finanzas de la República del Perú.
MUBB	:	Mecanismo de Uso de Bonos Brady como Medio de Pago en Privatizaciones.
Paquete AD	:	paquete «accionariado difundido».
Paquete CD	:	paquete «conversión de deuda».
Paquete PC	:	paquete «participación ciudadana».
SAFP	:	Superintendencia de Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones.

Derecho alimentario entre cónyuges

Carmen Julia CABELLO*

Es objetivo de estas líneas propiciar la reflexión crítica en relación a algunos aspectos controvertidos del régimen jurídico del derecho alimentario entre cónyuges y sus repercusiones en la práctica judicial.

El presente comentario hará referencia al marco normativo sobre el derecho alimentario entre cónyuges y sus antecedentes en nuestra legislación, para luego contrastarla con algunas fórmulas judiciales empleadas usualmente en materia de alimentos en los procesos de separación de cuerpos y divorcio, que presentan un tratamiento judicial diferenciado a nivel nacional, lo que plantea la necesidad de su debate jurídico.

I. Aspectos legislativos

Es el artículo 474º del Código Civil, el que preceptúa que los cónyuges se deben recíprocamente alimentos.

La relación alimentaria entre el marido y la mujer es consecuencia de otra mayor, el «deber de asistencia» consagrado también en el artículo 288 del citado cuerpo de leyes.

Cierto es, como bien lo expresa el maestro Cornejo Chávez que:

«Por el matrimonio surge una alianza vigente para todos los efectos de la vida y por la que cada uno ha de velar porque el otro atienda y satisfaga sus necesidades»¹

* El presente ensayo fue una ponencia de la autora en el evento Realidad Jurídica de la Mujer en el Perú, organizado por la Academia de la Magistratura, Cajamarca, octubre 1996.

¹ CORNEJO CHÁVEZ, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*; Studium, 1985, p.238.

Antecedentes legislativos

Al igual que en el Código Civil vigente, el de 1936 consagraba en su artículo 441 que los cónyuges se deben alimentos recíprocamente. No obstante lo cual, la sistemática legislativa en la que se encontraba inserto este precepto, se planteaba en términos distintos, como puede advertirse:

Artículo 164.– «El marido está obligado a suministrar a la mujer y en general a la familia, todo lo necesario para la vida, según sus facultades y situación»

Artículo 165.– «Cesa la obligación de alimentar a la mujer cuando abandona la casa conyugal sin justa causa y rehúsa volver a ella.

En este caso, el juez puede, según las circunstancias ordenar el embargo parcial de las rentas de la mujer, en beneficio del marido y de los hijos ».

Seguidamente; el artículo 288º disponía en los casos de divorcio y separación de cuerpos que :

«El Juez señalará en la sentencia de divorcio o de separación la pensión alimenticia del cónyuge, y la de los hijos, cuidando de que ambas queden aseguradas. Esta asignación subsistirá mientras no se modifique en el juicio que corresponda».

Al respecto se comprendió uniformemente y por mucho años, que el Juez debía señalar una pensión alimenticia a favor de la cónyuge, aunque no haya sido convenida o demandada, fijándose incluso montos simbólicos, para no incurrir en sanción de nulidad. Reiterada jurisprudencia así lo dispuso.²

Posteriormente el numeral 11 del artículo 12º del Decreto Legislativo 310, que regulaba los aspectos procesales del entonces novísimo Código

² Ejecutoria Suprema del 2 de setiembre de 1963.

Ejecutoria Suprema del 7 de julio de 1982.

Ejecutoria Suprema del 27 de diciembre de 1984.

En CABELLO, Carmen Julia; *Divorcio y Jurisprudencia en el Perú*; Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 1995, p. 417.

Civil, expresaba: «El juez señalará en la sentencia de separación de cuerpos, la pensión alimenticia del cónyuge y de los hijos, cuidando que ambas obligaciones queden aseguradas».

Hoy nos encontramos frente a dos dispositivos en esta materia, el Art. 342º del Código Civil : «El juez señala en la sentencia la pensión alimenticia que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa», y el Art. 483º del Código Procesal Civil, que contempla la acumulación originaria de pretensiones en los casos de divorcio o separación de cuerpos por causal. Se establece de manera imperativa que «Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal».

Corresponde preguntarnos entonces, si el alcance interpretativo de estas normas pueden en la actualidad ser similar al establecido por la práctica judicial tradicional, inquietud que surge por cuanto no es necesariamente uniforme el criterio judicial nacional en esta materia.

Al respecto resulta conveniente hacer referencia a algunos instrumentos legislativos que deben ser considerados al momento de realizar este proceso de interpretación:

1.- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (ratificada por el Perú el 20 de agosto de 1982). Seguidamente se consignarán algunos artículos vinculados a la dogmática del tema en tratamiento :

Artículo 2.- Los estados partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

- a) Consagrar, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de

otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

Artículo 4.— La adopción por los estados partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad *de facto* entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad, de oportunidad y trato.

Artículo 5.— Los estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.

Artículo 15.— Los estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley.

Los estados partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales.

Artículo 16.— Los estados partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

- a) El mismo derecho para contraer matrimonio;
- c) *Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución;*
- h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de

propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso.

2. Constitución Política de 1979 y 1993:

Constitución de 1979 : El varón y la mujer tienen iguales oportunidades y responsabilidades. La ley reconoce a la mujer derechos no menores que el varón.

Constitución de 1993: Se señala simplemente el artículo 2 inciso 2, toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley: Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo....

Igualdad que creemos ha de interpretarse como igualdad SUSTANCIAL o material, acorde a los tratados y convenios en materia de derechos humanos, aplicándose la Convención de los Derechos de la Mujer.

3. Código Civil de 1984

Sistemática del Libro de Familia

Artículo 234 El marido y la mujer tienen en el hogar, autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales.

Artículo 288.– Deber de fidelidad y asistencia recíproca.

Artículo 289.– Deber de cohabitación.

Artículo 290.– Igualdad en el gobierno del hogar y fijación y mudación del domicilio conyugal.

Artículos 291 - 300.– Obligación conjunta de sostener a la familia. Excepción quien se dedique al cuidado del hogar.

Artículo 292.– Representación de la sociedad conyugal ejercitada conjuntamente por los cónyuges; poder parcial o total.

Artículo 293.– Libertad de trabajo de los cónyuges.

Artículo 195.– Libertad en la elección del régimen patrimonial por los cónyuges.

Artículo 313.– Corresponde a ambos cónyuges la administración del patrimonio social.

Artículo 419.– La patria potestad se ejerce conjuntamente por el padre y la madre durante el matrimonio, correspondiendo a ambos la representación del hijo.

4 Código Procesal Civil

Artículo 65.– La sociedad conyugal y otros patrimonios autónomos son representados por cualquiera de sus partícipes si son demandantes.

Si son demandados la representación recae en la totalidad de los que la conforman. Es de aplicación el artículo 93 del Código Procesal Civil (Litis Consorcio Necesario)

Dado este marco legislativo refencial y sobre todo la FILOSOFIA que subyace en él, reflexionemos en torno a la regulación de la obligación alimentaria entre cónyuges en los procesos de separación de cuerpos y divorcio hoy.

II. Práctica judicial

A continuación presentaremos algunas fórmulas judiciales tipo, a partir de las cuales se propondrán algunos comentarios.

Caso 1 Renuncia de la cónyuge a los alimentos.

Habiendo la cónyuge renunciado expresamente a los alimentos no se fija pensión alimenticia a favor de ésta en la sentencia de separación de cuerpos convencional.

Caso 2 La cónyuge no renuncia expresamente a los alimentos.

En los procesos de separación de cuerpos convencional, no habiendo la cónyuge renunciado expresamente a los alimentos corresponde al juez fijar una pensión de alimentos a su favor.

Caso 3 Cese de los alimentos fijados de oficio.

Como en la sentencia de divorcio se dispuso subsista lo dispuesto en la resolución de separación de cuerpos, continúa la pensión alimenticia, señalada de oficio, el cónyuge solicita en

vía incidental el cese de la obligación alimentaria, resolviéndose que corresponde hacerlo por vía de acción.

Caso 4 No puede fijarse alimentos de oficio cuando la cónyuge no los ha demandado.

Caso 5 Subsiste la prestación alimentaria incluso luego del divorcio, porque existe un convenio al respecto.

Caso 6 Se señala un monto global de pensión alimenticia a favor de la cónyuge y de los hijos.

Comentario:

Eduardo Ignacio Fanzolato sostiene que el derecho-deber de alimentos entre marido y mujer se origina y fundamenta en el vínculo matrimonial que los emplaza en el estado de familia de cónyuges³, por ello resulta pertinente preguntarnos si como en el primer caso planteado, la o el cónyuge pueden renunciar a su derecho alimentario, que como tal es irrenunciable, personalísimo, imprescriptible, incompensable, intransigible. Consideramos que esta expresión judicial y forense continuamente utilizada, de ser empleada debe referirse única y exclusivamente a la renuncia de la prestación alimentaria, que en todo caso no afecta al derecho alimentario en sí, que subsiste por mandato legal para los cónyuges durante el matrimonio, y que éstos son libres de ejercitarlos o no.

Los siguientes casos nos requieren inquirir respecto a la fundamentación jurídica-sociológica de la obligación alimentaria entre cónyuges, y los cambios que se han producido al respecto. Eduardo Zannoni explica que dentro de un enfoque legal paternalista, se conceptúa que el deber de protección que tradicionalmente debe el marido a la esposa, lo es como contraprestación del deber de obediencia de ésta, en función de la clásica potestad marital. El concepto de potestad marital era correlativo al *status* de incapacidad de hecho de la mujer casada y su representación necesaria por el marido.

Hoy la protección no virtualiza sólo un deber que pesa sobre el marido, sino que está contenida en los componentes de la asistencia que se deben mutuamente los esposos, situados uno frente al otro en un plano de existencia y jurídico de igualdad.⁴

³ FANZOLATO, Eduardo; *Alimentos y reparaciones en la separación y divorcio*, Buenos Aires, Depalma, 1991, p. 12.

⁴ ZANNONI, Eduardo; *Divorcio y Obligación Alimentaria entre cónyuges*, Buenos Aires, Astrea, 1977, ps. 18 y 19.

Como ya se refiriera líneas arriba, la evolución legislativa que ha impregnado el desarrollo de las instituciones del derecho familiar a nivel formal, aunque discutible a nivel real, cuestionan la continuidad de prácticas judiciales que se fundamentaban en un esquema jurídico distinto al vigente, es el caso de la fijación de oficio de alimentos a la cónyuge, cuando no ha renunciado expresamente a la prestación

Conviene distinguir en materia de alimentos entre cónyuges varios supuestos:

- 1- Cuando los cónyuges hacen vida común
- 2- El caso de que vivan separados de hecho
- 3- El período durante el cual se gestiona la separación judicial o el divorcio
- 4- Una vez pronunciada la sentencia de divorcio.

1) En el supuesto de vida normal en común es difícil observar el contorno nítido de los alimentos, como deber jurídico independiente, al estar absorbido en la plena comunidad de existencia de la pareja. Satisfacen naturalmente y sin ser requeridos, todos los deberes matrimoniales. Son de aplicación el artículo 291º y 300º del Código Civil y de no ser así, cualquiera de los cónyuges puede requerirlo judicialmente, mediante la demanda de alimentos correspondientes.

2) En el caso de que vivan separados de hecho. El matrimonio perdura y no se ha operado ninguna transformación legal en los derechos ni en las obligaciones de los cónyuges, que son indisponibles y surgen del vínculo. Si uno ha actuado con malicia, la conducta antijurídica en que incurrió no puede servir de título para liberarlo de sus deberes. Es más, la víctima no está obligada a deducir acción de separación o divorcio a fin de obtener alimentos. El artículo 291º, segundo párrafo del Código Civil, prevé el caso de quien se apartó de la casa común injustificadamente y exija alimentos al otro cónyuge, estableciéndose que cesa la obligación alimentaria en este caso.

El asunto que se plantea al tratar este artículo, es si dicho dispositivo debe ser argumento de defensa para exceptuarse de prestar una pensión de alimentos al cónyuge abandonante, en un proceso regular de alimentos, o si por el contrario este derecho debe de hacerse valer en acción independiente.

Al respecto la doctrina argentina sostiene:

Mientras no se pronuncie una decisión judicial, declarando culpabilidades, ellas no existen para el orden positivo. El que se autotitula «inocente» sólo quedará emplazado legalmente en esa calidad en virtud de

una sentencia de separación o de divorcio, dictada en un procedimiento contencioso. Si uno de los cónyuges separados de hecho, basado en su pretendida inocencia, busca excepcionarse de los deberes alimentarios que le conciernen, tiene dos recursos para conseguir ese propósito.

a) Apelar al juicio contencioso de separación o de divorcio.

b) Lo faculta para requerir judicialmente que se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada, bajo apercibimiento de negarle la prestación alimentaria. Semejante intimación no puede ser planteada, por vía reconventional, en el proceso sumario de fijación provisoria de alimentos, sino que se deberá interponer una demanda ordinaria con esa finalidad, y el cónyuge requerido que se dice «inocente» deberá cumplir, mientras tanto, sus obligaciones alimentarias.⁵

De lo expresado, podemos concluir que en los casos de separación de hecho, se mantiene subsistente la obligación alimentaria recíproca entre cónyuges, a excepción de la separación de hecho unilateral prevista por el artículo 291º del Código Civil, frente a la cual coincidimos con la necesidad de que debe ser materia de debate judicial en un proceso distinto al sumarísimo de alimentos.

1) Es necesario distinguir entre los procesos de divorcio y separación por causal y los de separación de cuerpos convencional y ulterior divorcio.

En los casos de acciones por causal, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 483º del Código Procesal Civil «debe» acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio las pretensiones de alimentos, entre otros. Por lo que la legislación procesal requiere la petición expresa y acumulada de alimentos, facultando la procedencia de medidas cautelares en esta materia, como lo es la asignación provisional de alimentos durante el proceso. Es más, en la Audiencia Conciliatoria o de fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio, debe consignarse como punto de controversia independiente del referido a la, o las causales objeto de debate judicial, uno relativo a la fijación del monto o porcentaje de la prestación alimentaria solicitada, a fin de que se admitan los medios probatorios vinculados a esta materia en particular que contribuyan a ilustrar el criterio del juez, y que muchas veces en los pleitos de divorcio son postergados por las partes, en la vorágine probatoria que atrae el debate judicial de las causales de divorcio o

⁵ FANZOLATO, Eduardo; *Op. cit.*; p. 20.

separación; dificultándose la tarea del juzgador al momento de fijar la pensión alimenticia.

De no accionar los cónyuges en este aspecto, y como el artículo 342 del Código Civil conmina al juez a que en la sentencia de divorcio o separación de cuerpos señale la pensión de alimentos que los padres o uno de ellos debe abonar a los hijos, así como la que el marido debe pagar a la mujer o viceversa; tratándose de menores y en aras del interés superior del niño y del adolescente, consagrado por el artículo VIII del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, el Juez de Familia ha de considerar el petitorio incompleto ordenando la subsanación del defecto, en salvaguarda del derecho alimentario de éstos. En el caso de los cónyuges es distinto, se trata de sujetos capaces, por lo que sería conveniente en todo caso dejar constancia en la audiencia correspondiente de que el demandante no peticiona pensión de alimentos a su favor, no pudiendo el A-quo señalar pensión alimenticia que no ha sido materia de petitorio. Es del caso considerar que el derecho alimentario del cónyuge cuya separación o divorcio se está ventilando, subsiste en tanto se mantenga el vínculo matrimonial, encontrándose expedito su derecho a ejercitarlo judicialmente, correspondiéndole acreditar sus necesidades como solicitante y las posibilidades del obligado.

De otro lado, en los casos de separación convencional es fundamental la propuesta de convenio, firmada por los cónyuges que regulan entre otros el régimen de alimentos de éstos y los menores.

El Juez no acogerá el contenido del convenio si éste no asegura adecuadamente la obligación alimentaria, los deberes inherentes a la patria potestad y los derechos de los menores e incapaces. En ese entendido bien pueden los cónyuges expresar su voluntad de no desear percibir pensión de alimentos del otro cónyuge, como también podrán omitirlo, no regulándolo expresamente y ello constituye el ejercicio libre del derecho de no ejercitar un derecho, en ese sentido el juez no puede compelel a dos sujetos capaces para que uno de ellos sea acreedor de una pensión alimenticia que no necesita o en última instancia no desea, y que en todo caso de necesitarla o quererla, tiene expedito los recursos legales para hacerla valer, por lo que consideramos que a la luz del sistema alimentario vigente entre cónyuges, no es posible la fijación de oficio de una pensión alimenticia a favor de uno de los cónyuges que no ha sido peticionada, o materia de convenio.

Otro aspecto que creemos resulta aún más preocupante en la práctica, son los términos en los cuales se propone el régimen de alimentos en el aludido convenio, que por lo general se limita a señalar un monto o porcentaje a favor de uno de los cónyuges y de los hijos menores, en al-

gunos casos distinguiendo las asignaciones por alimentista, y en otros fijando un monto o porcentaje global para la prestación.

En este aspecto es importante considerar que durante el período comprendido entre la demanda y la declaración de la disolución del vínculo, los alimentos entre cónyuges son obligatorios y tienen su fuente obligacional en la ley. Ellos tan sólo están regulando su cumplimiento en el convenio, pero luego de la disolución, por mandato también de ley, artículo 350º del Código Civil, se establece como regla que los ex-cónyuges no se deben alimentos entre sí, excepto dos supuestos específicos que se tratarán más adelante. Por tanto, como puede comprenderse, resulta de particular importancia el texto del convenio entre los cónyuges que puede dirigirse a regular tres situaciones:

- La no fijación de pensión alimenticia a favor de los cónyuges.
- Establecer la pensión de alimentos que uno de ellos prestará al otro mientras sea su cónyuge.
- Fijar un régimen de alimentos a favor de uno de ellos, para el período que dure el proceso, y que se prolongará luego de la disolución del vínculo.

En este último caso ya no es la fuente legal sino la convencional la que establece la subsistencia de la pensión alimenticia, pese a la disolución del vínculo. Si ese es el propósito de las partes, primero debe hacerse explícito en el convenio y, como es natural, regularse claramente los montos, incrementos, porcentajes y demás condiciones en la que deba cumplirse la prestación, luego el divorcio.

En los casos en que se establezca pensión de alimentos a favor de varios alimentistas debe discriminarse sus asignaciones de modo individual, a fin de evitar problemas y juicios innecesarios a futuro, cuando cese, se extinga o se configure algún supuesto de exoneración de la obligación alimenticia contra alguno de ellos.

Suele advertirse en la práctica forense que los cónyuges acuerdan una pensión de alimentos a favor de uno de ellos, en términos puros y simples, sin añadir ningún tipo de aclaración en el convenio anexo a la demanda de separación de cuerpos. Luego este es acogido por la sentencia que declara la separación. Posteriormente, a los seis meses, solicitada la conversión, la sentencia de divorcio dispone asimismo subsistan los acuerdos materia de convenio incorporados en la sentencia de separación. Finalmente este fallo en consulta es aprobado por el Tribunal Superior. Se trata pues de una práctica judicial de más de 50 años, que mantiene una pensión de alimentos luego del divorcio, por el

solo hecho que fue mencionada en el convenio anexo a la demanda de separación.

En ese entendido estamos frente a una tarea conjunta de abogados y magistrados. Los primeros deben orientar a sus patrocinados para que expresen en términos claros y precisos su voluntad tanto en materia alimentaria como en otros aspectos, porque no hay mejor contrato que aquél que es fácilmente entendible por las partes y no requiere mayor interpretación en su términos. Los magistrados debemos exigir esta necesaria claridad en la expresión de la voluntad de los cónyuges, en el admisorio de la demanda, en la audiencia de conciliación, a fin de que no haya posibilidad de excedernos al aprobar divorcios, cuyo régimen alimentario no necesariamente debería subsistir *a posteriori* del divorcio, porque no es voluntad de uno o ambos cónyuges.

Exigir términos explícitos al momento de evaluar el convenio que será objeto de aprobación judicial, es una forma más equitativa, si ese es el propósito, de proteger a la eventual parte débil de esta relación, que confiada en una práctica tradicional, puede considerar que se encuentran debidamente aseguradas sus futuras pensiones alimenticias, que pudieron ser acordadas verbalmente, o comprendidas así silenciosamente durante un proceso, que incluso son incorporadas en su fallo de divorcio, para luego estas expectativas desvanecerse cuando en cualquier momento después del divorcio, y como una suerte de espada de Damocles, la contraparte invocando legalmente el artículo 350 del Código Civil logrará el cese de esta obligación.

Luego del divorcio, no será la ley de modo general sino la convención como en este caso o la autonomía de la voluntad de uno de los ex – cónyuges si se diera esa liberalidad, la fuente sustentadora de la «pensión alimenticia» a brindarse.

1. Luego del divorcio

El artículo 350 del Código Civil preceptúa, como principio general, que por el divorcio cesa la obligación alimenticia entre los ex-cónyuges, aunque dispone excepcionalmente que:

Cuando el divorcio es declarado por culpa de uno de los cónyuges, el inocente tendrá derecho a percibir alimentos, siempre que concurra alguno de estos requisitos:

- Que carezca de bienes propios o gananciales suficientes.
- Que esté imposibilitado de trabajar.

- Que no puede subvenir a sus necesidades por otro medio.

El monto de la pensión alimenticia será fijada por el juez, no debiendo exceder a la tercera parte de la renta del obligado.

De otro lado, el ex - cónyuge que se encuentre en estado de indigencia, incluso aquél al que le sea imputable el divorcio, podrá solicitar la prestación de alimentos a quien fue su consorte, medida razonable, por cuanto a pesar de lo acaecido no pueden ser indiferentes a la miseria que padezca uno de ellos.

La obligación alimentaria cesa automáticamente cuando el alimentista contrae nuevo matrimonio. Similar supuesto contenía el artículo 268 del Código Civil de 1936, cuando en su vigencia la jurisprudencia lo interpretó extensivamente, señalando que: «Aunque la ley no ha previsto la situación de la mujer divorciada que contrae relaciones sexuales con otros hombres, es indudable que las disposiciones contenidas en el citado artículo 268 se hacen extensivas a tales casos» ⁶.

La naturaleza jurídica de los alimentos, que pueda percibir el cónyuge inocente del divorcio, y allí estamos diferenciando los de los provenientes de los procesos convencionales, se ha sometido a dos opiniones doctrinarias: una que sostiene su carácter estrictamente alimentario, mientras que la otra lo considera indemnizatorio.

«La pensión alimenticia que se concede al esposo vencedor en el pleito es la reparación de un perjuicio injustamente sufrido» ⁷.

Eduardo Fanzolato precisará aún más «con disolución del connubio el amplio derecho alimentario *jure coniugii* se torna imposible, porque los divorciados ya no son cónyuges; pero, como la imposibilidad de que subsista el derecho es imputable a la conducta antijurídica del que dio causa al divorcio, los alimentos conyugales se trasustancian en una prestación compensatoria a favor del inocente que experimenta el perjuicio. Así, por obra del divorcio se pasa del campo del derecho matrimonial a la esfera jurídica patrimonial del resarcimiento, ya que si estamos frente a una reparación de daños causados por un proceder reprochable, la prestación no tiene naturaleza asistencial sino que es substancialmente compensatoria, aunque tenga la «foma» periódica de una renta alimentaria»⁸.

Según este criterio, lo que se pretendería entonces sería indemnizar

⁶ Resolución Suprema del 6 de octubre de 1949.

⁷ Henry CAPITANT y Ambroise COLIN, *Curso elemental de Derecho Civil*, Tomo I, Instituto Editorial Reus, 1941; p. 734.

⁸ FANZOLATO, Eduardo; *Op. cit.*; pp. 31-32

al cónyuge que, sin culpa suya se ve desprotegido ante la desaparición del deber de socorro. Beneficio que no impide a la víctima solicitar, además, la reparación del daño causado por los hechos que dieron lugar al divorcio.

De otro lado, los que le atribuyen un carácter estrictamente alimentario afirman lo siguiente:

«El precepto no permite autorizar ninguna pensión más que en cuanto el esposo inocente no pueda vivir con los bienes que posea o con los productos que perciba de la liquidación del régimen matrimonial, de donde se ve que la pensión tiene el carácter de alimentos»⁹.

En ese entendido, es el estado de necesidad el que haría justificable su prestación, desaparecido éste, no tendría lugar la obligación, que cesaría también con la muerte del ex- cónyuge obligado.

Nuestro sistema consagra la naturaleza asistencial de la prestación alimentaria entre los ex – cónyuges, en los casos excepcionales regulados por el artículo 350 del Código Civil, que exige para la fijación extraordinaria de alimentos los dos requisitos clásicos de una pretensión alimentaria: necesidad de quien los pide y posibilidad de quien debe prestarlos

De lo expuesto puede establecerse que el régimen alimentario entre los cónyuges durante la vigencia del matrimonio es una obligación legal, recíproca, y eminentemente asistencialista, mientras que una vez disuelto el vínculo matrimonial, desaparece tal obligación legal excepto los dos casos mencionados por el artículo 350 del Código Civil, debiendo por tanto concluir la obligación alimentaria con la declaración de divorcio, excepto que de modo expreso los cónyuges hayan convenido se asigne a uno de ellos una pensión alimenticia que rija también *a posteriori* de la disolución matrimonial. Por estas razones resulta fundamental la precisión y claridad de los términos del convenio anexo a la demanda de separación convencional, para que las resoluciones judiciales expresen lo estrictamente propuesto por los cónyuges.

No deben alentarse falsas expectativas de vida sustentadas en un «derecho alimentario permanente» y que luego se desvanece frente a una acción judicial de cese, cuyo asidero legal es amparable, por cuanto no existe una obligación convencional que sustente lo contrario.

⁹ ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín; *Tratado de Derecho Civil; Tomo IV, Vol. I* Barcelona, Bosch, 1953, p 243.

Es necesario que los cónyuges conozcan las reglas legales durante y después del proceso, no se pueden crear ficciones, fundándonos en interpretaciones pseudo-benevolentes del régimen legal, pero que no corresponden a la *ratio legis* del sistema. Pretender conservar una presunción de incapacidad de alguno de los cónyuges en nuestros días no sólo no es legal sino culturalmente inconveniente, en un proceso encaminado a fortalecer relaciones igualitarias entre cónyuges.

Conocer con claridad y oportunamente los alcances legales de su situación real, permite a cada quien prever unilateral o convencionalmente qué debe hacerse.

En este orden de ideas, resulta por demás importante en la hora actual, propiciar el diálogo e intercambio de experiencias entre los miembros de la magistratura especializados e interesados en los temas de familia a nivel nacional, a efectos de propender hacia la unidad de criterio, tan necesaria para resolver asuntos de la trascendencia de los ventilados en esta especialidad. Temas vinculados a la filiación extramatrimonial, prueba de la ADN, hijos alimentistas, son algunos de los temas que han sido tratados en el Pleno Especializado de familia, que se ha llevado a cabo en el mes de noviembre del año próximo pasado, eventos de esta naturaleza permiten enriquecer una práctica judicial de amplia incidencia social, a través del diálogo crítico de sus magistrados; particularmente en un contexto como el actual, de debate jurídico-legislativo, frente a las propuestas de reforma del Código Civil vigente.

¿Un nuevo derecho para los niños y adolescentes?

Benjamín AGUILAR LLANOS

El ser humano en la primera etapa de su vida, es incapaz de valerse por sí mismo; es un ser en estado de necesidad natural; requiere de asistencia, protección, socorro para su sobrevivencia, pues de no ser así perecerá.

Este estado de insuficiencia, y la consecuente obligación de atenderlo ha dado lugar a que el Derecho regule una serie de instituciones jurídicas dirigidos directa o indirectamente a amparar al infante; tales como la Patria Potestad, Alimentos, Tutela, Patrimonio Familiar. Sin embargo, las particularidades propias del ser humano en su fase evolutiva desde que nace hasta salir a la capacidad, ha requerido una regulación propia; por ello se creó una legislación especial que se ocupará del infante; tal fue el Código de Menores de 1962.

Esta legislación especializada se dio en un contexto y dentro de una doctrina en la que el menor era un objeto de protección pues su debilidad debería motivar a la sociedad una compasión que desembocaría en un deber social para cubrir sus necesidades; este objeto del Derecho, indefenso y sin capacidad, fue regulado principalmente, en favor de los menores, cuyos padres, por razones diversas no estaban con él, y por ello se encontraban en una situación irregular; y en esa medida la sociedad lo enfrentó como uno de sus problemas por resolver.

Desde 1962 a la fecha, resulta un período prudente para preguntarnos si los principios que guiaron esa legislación fueron positivos y obtuvieron los resultados deseados, o más bien, fracasaron y por ello, tales principios tuvieron que ceder su lugar a otros, mucho más próximos a la dignidad del ser humano, que, no por un factor cronológico, deje de serlo o lo sea con una minusvalía.

El presente trabajo pretende descubrir si estamos frente a nuevas orientaciones en el trato a los infantes, y si estos nuevos principios son positivos para alcanzar los objetivos deseados.

1. Código de Menores de 1962. Sus orientaciones

El 2 de mayo de 1962, se promulga la ley 13968, conocida como el Código de Menores; este Código se inspiró en la Declaración de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas; Código de Declaración de Oportunidades para el Niño del Octavo Congreso Panamericano del Niño de 1942, y la Carta de los Derechos de la Familia Peruana del Congreso de Protección a la Infancia de 1943.

Por mucho tiempo se dijo que este Código fue poco menos que notable, muy avanzado para su época y que debía servir de modelo para otros códigos del continente; y esta percepción positiva se derivaba de que este cuerpo de leyes consagraba la protección al binomio madre-niño; una justicia especializada, una procuraduría, policía y patronato de menores, ordenaba establecer gabinetes de observación y orientación que deberían funcionar en las secciones preventivas de los establecimientos tutelares; el control de la madre gestante –hasta la etapa del puerperio– era obligación de los establecimientos de salud, los cuales, incluso, deberían de ser rodantes para hacer extensivo a mayor número de gestantes. Sin embargo, las bondades asistenciales de estas medidas, o no se aplicaron o fueron insuficientes para atender a una población infantil que superaba cualquier crecimiento razonable.

Por otro lado, si bien es cierto que se trató de insertar en un solo cuerpo de leyes todas las normas referidas a los infantes, ello no se consiguió en razón de la existencia de diversidad de normas dispersas, de diferente contenido como leyes laborales (2851), penales (Código Penal de 1924) entre otras. Sin embargo, la crítica severa que se hace de este Código está referida a que se concibe al menor como un objeto de tratamiento de programas de asistencia, y no como un sujeto de derecho (no hubo normas sobre opinión del menor, derechos de participación, capacidad jurídica relativa); no se trazaron políticas de Estado respecto a la población infantil, y ello por cuanto el Código estaba dirigido principalmente para el menor en situación irregular, dentro de los cuales se consideraba a los abandonados, los que se encontraban en peligro moral o estado peligroso, deficientes sensoriales y mentales, lisiados físicos y con necesidad temporal, y todos ellos constituían un problema para la sociedad, la cual debía establecer los medios para solucionarlos, y el Código de Menores principalmente, optó por la intitucionalización.

Es cierto que el Código contempló situaciones de menores, que sin estar en la condición de «irregulares», no se apartaban mucho de ello, en razón de que sus padres discutían la tenencia e incluso la patria po-

testad exclusiva sobre ellos; y aquí debería intervenir el Juez, para dilucidar su situación, aplicando fríamente las normas que regían sobre el particular.

Al normar principalmente a los menores en situación irregular, este Código no previó la participación de la sociedad, ni la atención de una población infantil que requería de un compromiso de todos los ciudadanos para labrar un desarrollo óptimo de ellos.

2. Contexto en el que se da el Código de los Niños y Adolescentes

El Código de Menores de 1962 transcurrió sin producir cambios cualitativos en la población infantil; la atención a menores en situación irregular, que debió perseguir la reinserción familiar de estos menores, no fue cumplida. Es así que nace una imperiosa necesidad de promover una legislación más realista y acorde con los nuevos requerimientos, acentuados por el aumento de la población infantil. Los compromisos internacionales en favor de la infancia fueron consolidando la urgente necesidad de dar al país un nuevo texto sobre los infantes, el cual es dado el 24 de diciembre de 1992, a través del Decreto Ley 26102, denominado Código de los Niños y Adolescentes; código que entró en vigencia a los 180 días de su promulgación.

Ahora bien, para conocer los alcances, proyecciones, objetivos de este nuevo cuerpo de leyes, debemos referirnos al contexto en el que se da, lo que implica trabajar con algunos indicadores respecto a la infancia en el año de 1992; no sólo el estado de la infancia, sino las convenciones internacionales existentes a esa fecha, y que comprometieron al país a asumirlas como propias. Veamos:

a) La Convención de los Derechos del Niño

El 20 de noviembre de 1989, en su 61 sesión plenaria, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la convención sobre los derechos del niño y abre a la firma, ratificación y adhesión de los países. No había transcurrido ni dos meses y medio de su aprobación, y el 26 de enero de 1990 la convención era firmada por 61 países. La convención reconoce la vulnerabilidad de los niños (estado de necesidad natural) y plantea sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como elementos de un conjunto de disposiciones interdependientes.

Reconoce a los niños como sujetos con necesidades que evolucionan con la edad y la madurez, dándoles el derecho a participar en las decisiones que afectan tanto su presente como su futuro.

Esta convención reconoce cuatro grandes derechos de los niños:

- Derecho de supervivencia; esto es, niveles de vida adecuados y acceso a servicios médicos.
- Derecho al desarrollo; que incluye educación acceso a la información, al juego y el tiempo libre, a las actividades culturales y el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.
- Derecho a la protección; cubre todas las formas de explotación y crueldad, separación arbitraria de la familia, y abusos en el sistema de justicia criminal.
- Derecho a la participación; libertad de expresar opiniones y poder manifestarse en cuestiones que afectan la propia vida.

El 3 de agosto de 1990, con resolución legislativa 25278 la Convención fue aprobada por el Congreso de la República y se convierte en el primer instrumento jurídico en el que se reconoce el principio trascendente del interés superior del niño, como norte y guía para cualquier decisión que afecte a la infancia. Al ratificarse la Convención sobre los derechos de los niños, estos derechos pasan a ser una responsabilidad del Estado y de la sociedad civil.

b) Cumbre Mundial a favor de la Infancia

El 29 y 30 de setiembre de 1990 se reunieron en Nueva York, cerca de 60 jefes de Estado y de Gobierno de todo el mundo y suscribieron una declaración mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, en la que se comprometieron solemnemente a atribuir alta prioridad a los derechos del niño, a su supervivencia, su protección y su desarrollo.

Se comprometieron a aplicar un programa de 10 puntos con el objeto de proteger los derechos de los niños y mejorar sus condiciones de vida:

- Ratificación y aplicación de la convención sobre los derechos del niño.
- Mejorar las condiciones de salud de los niños, fomentar la atención prenatal y reducir la mortalidad de niños menores de 5 años.
- Lograr un crecimiento y un desarrollo óptimo de los niños con medidas para erradicar el hambre y la desnutrición.

- Fortalecer la función y la condición de la mujer; a fomentar la planificación responsable del tamaño de la familia.
- Respecto a la contribución de la familia el establecimiento de medidas para el cuidado de los niños.
- Establecer programas encaminados a reducir el analfabetismo y ofrecer oportunidades de educación a todos los niños.
- Mejorar la situación de los niños que viven en circunstancias especialmente difíciles.
- Establecer medidas para la protección del medio ambiente;
- Lucha contra la pobreza; lo que se reflejaría de inmediato en un mayor bienestar para los niños.

Esta cumbre mundial, solicita entre otras colaboraciones, la de los mismos niños para que participen en esta tarea.

c) Estado de la infancia en el Perú al año de 1992

La población del país se estimó en 22.5 millones.

Los menores de 15 años constituyeron el 37% y los comprendidos entre 15 y 64 años el 59% de la población.

Esperanza de vida al nacer : 65 años.

La tasa de mortalidad infantil era la tercera más alta de América Latina, después de Bolivia y Haití, y estaba estimada en 80 por mil nacidos vivos a 1990.

La tasa de mortalidad materna se estimó en 303 por 100 mil nacidos vivos. La desnutrición crónica (talla/edad) en menores de 5 años afectó al 36.5% en 1991, mientras que la desnutrición global (peso/edad) al 10.8%.

La cobertura educativa a 1991 para niños de 0-2 y de 3-5 años alcanzó a 1.3 % y 49.3% respectivamente, mientras que la cobertura para el grupo de edad 6-14 años era mayor de 90%. Se estimó en 1.7% la tasa de analfabetismo masculino y en 17.4% la femenina (1991).

Una consecuencia adicional de la crisis se expresaba en la disminución del gasto social del Estado, verbigracia el sector Salud que disminuyó en 56% y 67% en 1981 y 1989 respectivamente.

El número de menores que trabajaba entre 6 y 14 años había aumentado de 376 mil en 1985 a 730 mil aproximadamente en 1991; 47% de los cuales eran niños.

d) Plan Nacional por la infancia de 1992-1995

El 20 de noviembre de 1992 se expide el Decreto Supremo 090-92 PCM, por el cual se aprueba el plan nacional de acción por la infancia de corto plazo 1992 y mediano plazo 1992 – 1995; en el que se establece tres grandes objetivos relacionados con la supervivencia, la protección y el desarrollo de la infancia peruana:

- Objetivos de supervivencia
 - Reducir la tasa de mortalidad infantil de 80 a 60 por mil nacidos vivos en 1995; reducir la mortalidad de menores de 5 años de 119 a 90 por mil nacidos vivos en 1995.
 - Reducir la mortalidad materna de 303 a 220 por 100 mil nacidos vivos en 1995.
 - Ampliar el acceso al agua segura y a la disposición adecuada de excretas.
- Objetivos de desarrollo
 - Reducir los niveles de desnutrición grave y moderada en menores de 5 años.
 - Universalizar la educación básica y primaria.
 - Reducir la tasa de analfabetismo adulto.
- Objetivos de protección
 - Mejorar la protección de los menores en circunstancias especialmente difíciles

3. De la doctrina de situación irregular del menor a la doctrina de la atención integral al menor

En la década del 80, casi todas las legislaciones latinoamericanas referidas a los infantes aún seguían la doctrina de la situación irregular del menor; y es en el Brasil con el Estatuto del Niño y Adolescente (*Estatuto da criança e do adolescente*) en donde el 13 de julio de 1990 se deja atrás la citada doctrina, para incorporar nuevos principios que ya habían sido recogidos en la Convención de los derechos del niño.

La doctrina de la situación irregular se caracteriza por lo siguiente:

- a) Se considera al menor como un problema por vencer.

- b) El menor es objeto del derecho; su incapacidad natural, lo convierte en un ser digno de compasión.
- c) Indistinción entre abandonados moral o materialmente, infractores de la ley, e incluso los de deficiencia física o mental.
- d) Facultad discrecional de la magistratura especializada, para la declaración de abandono moral o material.
- e) Legislación represiva.
- f) Carencia de políticas sociales a favor de los infantes

En realidad situación irregular, es una forma o estado de vida del infante, y que llega a él por deficiencias condenables de la sociedad. No escudriñar cuales eran las causas, y atacar sólo los efectos, desembocó en una población infantil, que en gran número se vio condenada a no gozar de un desarrollo adecuado. Es pertinente dictar medidas para aquellos menores que requieren reeducación, pero también lo es el de legislar para obligar a los adultos para superar aquellas condiciones de vida que influyen negativamente en el infante.

A decir de Emilio García Méndez «la esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional y onnipotente, sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia constituida por el mundo de los menores».

Los objetivos deseados por esta doctrina, como eran la protección y resocialización, han fracasado, y como muestra de ello debemos referirnos a los indicadores peruanos, en lo que atañe a los considerados niños de la calle, trabajadores infantiles, adolescentes infractores y demás.

Esta doctrina inspiró al Código de Menores de 1962, cuya normatividad estaba referida principalmente a esta categoría de infantes con limitadas, mínimas posibilidades de desarrollo, dadas las circunstancias adversas en que se encontraban.

Considerar al menor como problema, como objeto pasible de programas de asistencia por su incapacidad natural, condujo a la adopción de medidas principalmente de institucionalización de estos menores. Posteriormente se pudo comprobar que estas medidas fueron inoperantes, ineficaces y, por qué no decirlo, fracasaron.

Ahora bien, transitar de la doctrina de situación irregular a otra que comprenda su atención integral, supone incorporar nuevos principios, nuevas directrices, las cuales, por su misma gravitación podrían ir creando una nueva doctrina en torno al infante. Estos principios a incorporar podrían resumirse en los siguientes: niño sujeto, no objeto; interés superior del infante; considerar situaciones especiales que dificultan o impi-

den su desarrollo; participación de la sociedad civil en el desarrollo del infante; conversión de las necesidades de los infantes en derechos y justicia especializada y, por qué no, abandonar el término menor.

Brevemente desarrollaremos estos conceptos.

4. Principios de la doctrina de atención integral del infante

a) Niño sujeto, no objeto

Por muchos años se consideró al niño como un ser que por su debilidad natural, era vulnerable, y al cual por ese estado de necesidad que atravesaba debía ser materia de protección, amparo, socorro. Se le trató como objeto de programas que el Estado debía llevar a cabo; no se pensó en él como persona que tiene derechos propios, y que según su desarrollo evolutivo podía ser considerado como agente de su propio desarrollo.

La incapacidad natural del infante, según la doctrina de la situación irregular, no le permitía participar como agente con derechos propios.

El niño y adolescente es un ser humano, y como tal con derechos fundamentales como los tienen los adultos. El niño evoluciona y en esta fase evolutiva, desarrolla sus capacidades cognoscitivas, su discernimiento se va acentuando: puede manifestarse, expresar sus opiniones. El infante es sujeto de derecho, y como tal hay que tomarlo en cuenta; esta capacidad de ser sujeto, implica tener derechos propios, no porque alguien se los haya concedido, sino que son inherentes a su condición de ser humano, y así la Convención de los Derechos del Niño y hoy el Código de los Niños y Adolescentes describe tales derechos que se pueden resumir en lo siguiente: supervivencia, desarrollo, protección y participación. En lugar de que el infante sea visto como un simple receptor o beneficiario de la asistencia social, debe ser concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad.

b) Interés superior

En el pasado, medidas que se referían a los menores, no fueron consideradas como centro de atención, en un orden prioritario, sino que, por el contrario, la infancia fue considerada como uno de los tantos problemas que debía superar la sociedad. La doctrina de situación irregular del menor, en la generalidad de los casos, tuvo una sola y casi exclusiva medida y ella fue la institucionalización (se masificó al niño, perdió su identidad, fue un anónimo); no hubo políticas claras para ayudar al in-

fante (no sólo a los irregulares) a fin de que su etapa evolutiva le fuera favorable y posibilitar, posteriormente, su incorporación a la sociedad en condiciones positivas.

La doctrina de atención integral del niño y el adolescente considera como uno de sus más importantes principios el «interés superior», el cual implica que cualquier medida, acción, política que se dé en torno al niño y adolescente debe considerarse en lugar prioritario, lo que es más conveniente a él, lo que reporta como beneficio para su formación, lo que más le ayuda; en otras palabras, antes de considerar cualquier interés, debe priorizarse, preferirse el interés del niño y el adolescente; su supervivencia, protección y desarrollo, debe estar por encima (superior) de todo; esto debe significar que cualquier política, acción normatividad, debe a la par ser favorable al niño y adolescente, no debe ser rígido, inflexible, pues más que las políticas y medidas está el niño y el adolescente, y que tales políticas, normas y acciones, no son un fin por sí mismos, sino medios que son útiles, en tanto y en cuanto, vayan en favor del infante. Este interés superior que debería tornar las normas que atañen al infante, como normas de orden público (de obligatorio cumplimiento), deben ser tenidas muy en cuenta por los creadores de políticas y normas, así como por los operadores del derecho y ejecutores de tales políticas.

El principio del interés superior establecido por la Convención y recogido por el Código de los Niños y Adolescentes, es una exigencia, una obligación y no una simple recomendación o llamado; es una orientación que conlleva un mandato para la actuación de las autoridades de gobierno y la familia.

c) Niños y adolescentes en circunstancias especialmente difíciles

La doctrina de la situación irregular del menor, agrupó en un solo tipo a una variedad de infantes con circunstancias adversas para su desarrollo; agrupó a los menores abandonados, en estado de peligro moral, en estado peligroso, deficientes sensoriales y mentales, lisiados físicos, con necesidad temporal, y para todos ellos dio una sola salida, la institucionalización. Sin embargo, obsérvese que estamos ante una variedad de situaciones, con sus propias particularidades y características y que en muchos casos debió motivar medidas administrativas o judiciales diferentes para cada caso. Ahora bien, no se trata de ignorar que existen niños o adolescentes que se encuentran en riesgo, o como lo llama la Convención en circunstancias especialmente difíciles, y que al hablar de circuns-

tancias nos referimos a algo no natural, no inherente a los niños, a condiciones de vida que los pone en situación de debilidad o como llama UNICEF, vulnerabilidad que los impide desarrollarse.

Estos niños y adolescentes que se encuentran en circunstancias especialmente difíciles, son aquellos que viven con carencias afectivas, sociales, culturales, materiales y espirituales o por estar padeciendo de abusos, maltratos, explotación. A guisa de ejemplo podemos establecer hasta cinco categorías de niños o adolescentes en circunstancias especialmente difíciles:

- Niños y adolescentes en estrategias de sobrevivencia: los que realizan actividades de generación de ingresos.
- Víctimas de maltrato y abandono
- Niños o adolescentes de la calle
- Víctimas de la violencia armada
- Niños o adolescentes institucionalizados.

Obsérvese que estas circunstancias adversas pueden dar lugar a que los niños y adolescentes lleguen a cometer infracciones contra la ley, a los que en algún momento se les llamó menores de conducta antisocial y que incluso el Código de Menores de 1962, habló hasta de menores peligrosos; ahora bien, como es natural, cada una de estas circunstancias exige medidas especiales para modificarla a través de políticas adecuadas y coherentes para lograr el desarrollo de todos los infantes.

d) Participación de la sociedad civil

Considerar al menor en situación irregular y verlo como problema, como carga de la sociedad, implicó que las autoridades aborden el «problema» por la judicialización, esto es, la intervención del aparato judicial a fin de dictar medidas de «protección» que no significó otra cosa que recluir al menor. Además, la legislación se dirigió mayormente o quizás debemos decir exclusivamente, a regular la situación de aquellos menores con problemas; pero no se dijo algo respecto a la población infantil en general; no hubo normas referidas a la prevención, no se reguló en favor del niño en «situación regular»; a lo mejor por considerar que los deberes de atención a favor de ellos deberían circunscribirse exclusivamente al hogar, y no hacer participar al Estado, ni mucho menos a la sociedad, pues era un problema ajeno a ellos.

Una doctrina de atención integral, debe referirse a los niños y adolescentes en general, sin desconocer las diferentes condiciones en que

puedan hallarse éstos; al respecto es ilustrativo lo que reconoce la Convención: «que aunque un niño esté adecuadamente nutrido (un derecho social), su derecho a desarrollarse plenamente no está protegido adecuadamente a menos que también se lo eduque (un derecho cultural y social) y proteja de ciertas cosas como la detención arbitraria (un derecho civil) y la explotación en el trabajo (un derecho socio-económico)».

Es en este contexto que el Código de los Niños y Adolescentes llama a participar a la sociedad, en una tarea que le es propia, y que se constituye como un deber de solidaridad social, y no como una gracia.

Ahora bien, la forma como participa la sociedad, esto es, los medios o caminos para integrarse al esfuerzo en el reconocimiento y ejercicio de los derechos de los niños es variado; así el Código ha creado el sistema nacional de atención integral del niño y adolescente, en el que deben participar no sólo el sector público, sino también los entes privados y la sociedad en general. Este sistema establece el Ente Rector, que dirige, planea, ejecuta, supervisa todos los planes y programas a favor de los niños y adolescentes, y en cuyo directorio, hay tres representantes de la sociedad civil, sin perjuicio de contar con los representantes de la Iglesia Católica.

La sociedad civil entera está comprometida con este esfuerzo, pues al hacerlo está luchando por su sobrevivencia y mejores condiciones de vida, en tanto que potenciar el desarrollo de la niñez, es labrar un futuro mejor para la misma sociedad.

e) Conversión de necesidades en derechos

Por muchos años se dijo que lo menores tenían una serie de necesidades y que los adultos debíamos de cubrir tales necesidades. Ahora bien, necesidad es carencia, ausencia, falta, privación, las mismas que requieren ser atendidas, pero quienes deben atender estas necesidades, por obvia razón, en primer lugar son los padres que han traído al mundo a estos seres, y cuando ellos faltan o ellos mismos se encuentran en carencia (que es el caso peruano), pues estas necesidades deberían ser atendidas por la sociedad. Sin embargo, ¿se puede exigir legalmente la satisfacción de estas necesidades?, diríamos que no, pues las necesidades se ubicarían dentro del plano del deber moral y como el incumplimiento del deber moral no acarrea sanción que no sea la moral, pues entonces estas necesidades se quedan como se quedaron insatisfechas por mucho tiempo.

Estas necesidades deberían trascender del plano moral (sin dejar lo moral) al plano de los derechos, lo cual se logró al dejar atrás la doctrina de la situación irregular; ello ha significado que el deber moral que

tenía la sociedad para con su población infantil, se convierta en deber civil, y por lo tanto en capacidad de demandarse su cumplimiento.

El niño y adolescente dejó de ser considerado como objeto, y a su condición de sujeto exhibe una serie de derechos propios e inherentes a su calidad de ser humano, y en tal mérito, en aptitud de que a sus derechos les corresponda la acción para demandar su cumplimiento.

Todo ello significa que ya no se suplique o implore para que se satisfagan las necesidades de los infantes, sino que se demande coercitivamente se cumplan las obligaciones de atención de los infantes, esto es reconocer y ejecutar sus derechos.

f) Justicia especializada

Se ha mencionado las diversas situaciones en las que se puede encontrar el niño y adolescente; situaciones o circunstancias que le pueden ser adversas para su desarrollo, o peor aún que le conduzcan a entrar en conflicto con las normas de convivencia social; en esa circunstancia, atender el caso de estos infante, requerirá de conocimientos especiales.

El problema así presentado no sólo es legal, debe tratarse como problema humano, y por ello requerirá de una magistratura especializada. Es cierto que la legislación anterior ideó la magistratura especializada pero no la implementó, como si viene ocurriendo en el presente con los juzgados de Familia y Tribunal de Familia; magistratura que no actúa sola (al menos no debería serlo) sino que está acompañando de un equipo multidisciplinario de profesionales, y que atenderán el caso del infante, no sólo desde el ángulo de aquel que se puso al margen de la ley, sino que verá su entorno familiar, las causas que llevaron al infante a esa situación, su nivel educativo y demás; ello a no dudar, contribuirá a un mejor trato al infante posibilitando su reinserción social.

Para concluir con este punto 4, debemos referirnos mas que a un principio a algo que sin serlo resulta conveniente, como es abandonar el término menor. La palabra menor proviene de la voz latina «*minor*»; se es menor en comparación con la persona que ya es mayor.

La normatividad jurídica precedente al Código de los Niños y Adolescentes, al referirse al infante, lo denominó menor, y ello en atención a su edad cronológica inferior a los 18 años (antes 21), en la que sale a la capacidad; la minoría de edad, entonces representó las primeras etapas evolutivas de desarrollo del ser humano, diferenciándose con aquellos sujetos que ya alcanzaron su plenitud.

Ahora bien, el que el infante, menor, esté en proceso de formación, no lo hace menos que los mayores, pues es un ser racional y libre (o

potencialmente libre), con derechos propios relativos a su especialidad. Sin embargo, se consideró al menor no sólo en contraposición al mayor por la edad, sino que la minoridad vino a ser entendida como una suerte de minusvalía, un ser disminuido, y por sus carencias naturales, digno de compasión y por ello objeto de medidas de asistencia.

Entonces la minoridad no solo significó una circunstancia en razón de no haber alcanzado una determinada edad, sino un ser menor a aquellos que habían llegado a la mayoría; y ese «menor» significó restar posibilidades y depriorizar su atención.

La Convención de los derechos del niño ya no se refiere al infante como menor, sino que lo denomina niño, el cual se es desde la concepción hasta los 18 años (respetando legislaciones que fijen edades menores para salir a la capacidad). El Código de los Niños y Adolescentes hace una mayor precisión y diferencia al niño del adolescente; el primero lo es desde su concepción hasta los 12 años, y el adolescente desde los 12 cumplidos hasta llegar a los 18 años.

El haber abandonado el término menor no sólo significa un cambio de términos sino que conlleva toda una connotación jurídica, pues la niñez y la adolescencia son etapas de la evolución del ser humano y que no deben significar disminución, resta de derechos, o peor aún, minusvalía, pues se trata del sujeto de derechos que atraviesa un desarrollo natural y que por ello no lo hace menos que nadie.

5. Aportes del Código de los Niños y Adolescentes

a) Políticas de atención

Dentro de las nuevas orientaciones que se imprimen a la legislación de los infantes encontramos la doctrina de la atención integral del niño y adolescente, correspondiéndole a la sociedad una responsabilidad gravitante. La necesidad de diseñar políticas a favor de los infantes se hace indispensable, políticas que deben ser Estado y no sólo de gobiernos, pues de por medio está el futuro de la sociedad, representada por su población infantil.

En el contexto y alejándose de lo que fue la orientación del Código de menores, el actual Código de los Niños y Adolescentes, en su libro segundo, al referirse al Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y Adolescente, establece que las políticas de atención estarán orientadas a desarrollar:

- Programas de prevención que garanticen condiciones de vida adecuada.
- Programas de promoción, que motiven su participación y de su familia y que permitan desarrollar sus potencialidades.
- Programas de protección que aseguren la atención oportuna cuando enfrenten situaciones de riesgo.
- Programas de asistencia para atender las necesidades cuando se encuentren en circunstancias especialmente difíciles, y
- Programas de rehabilitación que permitan la recuperación física y mental y que le ofrezcan atención especializada.

Queda claro que en esta tarea están comprometidos no sólo los gobiernos de turno, sino la sociedad entera, la misma que vía representantes, está formado parte del Ente Rector del Sistema de Atención Integral del Niño y Adolescente. Estas políticas, en resumen, deben dirigirse a asegurar la supervivencia, desarrollo, protección y participación del niño y adolescente y deben enmarcarse dentro de los nuevos principios que inspiran la doctrina de los infantes, esto es, ser considerado el niño y adolescente como sujeto de derechos, y su interés superior, que será desarrollado más adelante.

En la actualidad, estas políticas están siendo plasmadas en los planes de atención del niño y adolescente. El primero de ellos comprendió el año 92, y el segundo del 93 al 95, con metas que en algunos casos se cumplieron, como es el caso de la reducción de la mortalidad infantil, y en otros, no se pudo llegar siquiera a aproximarnos a la meta, como por ejemplo la mortalidad materna y la desnutrición crónica, entre otros. En el presente (octubre de 1996) se culmina la elaboración del plan nacional de atención integral del niño y adolescente del 96 al 2000 con metas más ambiciosas, y con un compromiso de la sociedad para su población infantil.

El sistema de atención integral al niño y al adolescente tiene la finalidad de orientar, integrar, estructurar, coordinar, supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y acciones a nivel nacional destinados a la atención integral de niños y adolescentes.

Como ha quedado expresado, una tarea tan trascendente no puede quedar sólo como responsabilidad del gobierno, por ello integran el sistema, aparte de los órganos sectoriales e instituciones públicas, gobiernos regionales, locales e instancias descentralizadas de gobierno que prestan servicios de atención al niño y adolescente, también las instituciones privadas y las organizaciones comunales y sociales de base que llevan a cabo programas a favor de los niños y adolescentes.

Por Ley 26518, modificada luego por Ley 26621 se establece que es el Ente Rector el órgano central del sistema, con autonomía técnica, funcional, administrativa y es la encargada de dirigir y formular las políticas, planes y programas sectoriales e institucionales de atención al niño y al adolescente.

El Ente Rector tiene un directorio cuyos integrantes no sólo pertenecen a la administración pública (ministerios de la Presidencia, Salud, Educación, Justicia, Trabajo y Promoción Social, Economía) sino también por representantes de la Iglesia Católica, y tres representantes de la sociedad. Ahora bien, en el momento no hay todavía elección de los representantes de la sociedad civil, sin embargo, aspiramos a que pronto puedan ser designados ahora que el reglamento de la Ley 26518 ya está en vigencia.

Creemos importante que estén presentes en el Directorio del Ente Rector, como representantes de la sociedad, los clubes de madres, vaso de leche, los empresarios (Confiep), los colegios profesionales, y otros; lo que indudablemente enriquecería el debate y las decisiones dentro del Ente Rector, para trazar políticas realistas e inteligentes en beneficio de nuestra población infantil.

a) Interés superior del niño y adolescente

La convención de los derechos del niño incorpora este principio por primera vez en un texto internacional, sobre el cual debe reposar cualquier política sobre infantes. Este interés superior implica poner en primer plano al niño y adolescente, cuando se delinien políticas, programas, acciones priorizando su atención.

El interés superior referido al infante y que debe contestar a la pregunta ¿qué es lo que más conviene al niño o adolescente? Debe guiar las políticas de su atención. Este interés superior lo referimos al plano político social, cultural y legal.

b.1) Interés superior en lo político

El desarrollo pleno del niño y adolescente debe estar siempre y en primer lugar en la agenda de los políticos, de los que tienen poder de decisión en el país. Debe ser puesto en primer lugar, en cualquier política de gobierno no sólo como un acto de socorro para una población a la que suele llamarse vulnerable, sino como una medida inteligente de inversión social; pues el desarrollo integral de los niños y adolescentes es el desarrollo de una sociedad en el futuro.

Suele despriorizarse la atención de los infantes, cuando los países se encuentran en serias dificultades económicas. Aun en esas circunstancias creemos que ello no debería acontecer, que en esas situaciones, deben trazarse y cumplirse políticas sociales, dentro de las cuales y en primer lugar debe estar la atención de la población infantil.

b.2) Interés superior en lo social

Aquí utilizamos el término social para referirnos a la sociedad; y es así que entendemos, que no sólo los políticos, los hombres de gobierno deben atender la necesidades de los infantes; sino que este deber, es de la sociedad en pleno; el sector privado, los empresarios, trabajadores, organizaciones sociales de base deben plantearse como reto prioritario, acciones a favor de los infantes.

La contribución de ellos como un deber de solidaridad social es necesario y urgente para construir una sociedad fuerte, que les permita avizorar el futuro, como algo deseable y no como una pesadilla por venir.

b.3) Interés superior en lo cultural

Conocido es que, cuando una sociedad desea superar sus limitaciones y deficiencias, debe invertir en su población infantil, y la inversión más segura está dada a través de la educación, posibilitando con ello generaciones pensantes y en mejores condiciones para afrontar los retos del futuro, tal como ha ocurrido con las sociedades desarrolladas, que para llegar a serlo, han invertido en la educación de su pueblo. Entonces, priorizar la educación no sólo es cumplir con las necesidades de los infantes, sino que ello resulta urgente para la misma sobrevivencia de la sociedad; priorizar la educación de los infantes es atender el interés superior de él; la educación es parte esencial y primordial de la atención integral del infante.

b.4) Interés superior en lo legal

El Perú, al formular la legislación referida a los infantes, acorde con la Convención de los derechos del niño, incorpora el interés superior como principio, y así el Código de los Niños y Adolescentes, en su artículo VII del Título Preliminar refiere «En toda medida concerniente al niño y adolescente que adopte el Estado a través de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, Ministerio Público, gobiernos regionales,

gobiernos locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el interés superior del niño y adolescente y el respeto a sus derechos».

En la exposición de motivos del Código, se señala que este principio tiene su sustento en el respeto a la dignidad de la persona humana reconocida en los artículos 1 y 3 de la Constitución Política del Perú. Se señala que el derecho subjetivo lo concibe como aquel que se sustenta en la dignidad misma del ser humano, en tal sentido los derechos subjetivos no serán «*numerus clausus*» limitados por la norma, sino que tutelarán todos los intereses existenciales del ser humano. En tal mérito, toda norma referida al infante debe interpretarse por lo que más convenga al niño o adolescente; más aún, creemos que si existiera un conflicto entre la norma y los intereses de un infante, que supuestamente la norma debe cautelar, deberíamos preferir el interés directo e inmediato del infante; esto debe ser bien entendido sobre todo por los operadores del derecho; aquellos que tengan poder de decisión sobre situaciones en que se ventilen intereses de infantes.

La legislación debe propender a una paz social; y la legislación especializada del infante debe buscar la atención óptima del infante; por lo tanto el sistema jurídico positivo debe estar orientado a ello. Ahora bien, las diversas y variadas situaciones en que se encuentran los infantes rebasa en muchos casos a la normatividad, o quizás nos lleva a un conflicto con la ley positiva. Si ello se diera, no debemos preferir la norma, o ante ausencia o vacío de norma (laguna del derecho) debemos estar a lo que objetiva y realistamente convenga más al infante, según su particular situación. Aquí el proverbio latino «*dura lex sed lex*» no debe funcionar, pues más que la ley, nos debe preocupar el interés del infante. En conclusión, el principio del interés superior, debe tenerse como un criterio orientado para resolver conflictos de derechos en que puedan verse involucrados los infantes.

c) Atención integral del niño y adolescente

El infante por el período evolutivo en el que está insertado, requiere de atenciones que cubran sus múltiples y variadas necesidades (derechos). Estas necesidades se ubican en el plano de su supervivencia (salud, alimentación); desarrollo (educación, recreo); protección (contra el abuso y explotación) y participación (derecho de opinión). Estas necesidades convertidas en derechos posibilitarán que el infante se incorpore en condiciones favorables a la sociedad.

Pues bien, propender a satisfacer estas necesidades, significa atender a

su desarrollo integral y en ese sentido, las políticas, planes y programas referidas al infante, deben orientarse a lograr este objetivo trascendente.

La legislación anterior, inspirada en la doctrina de la situación irregular del menor, redujo, sesgó la atención del infante, circunscribiéndola en la mayoría de los casos, a aquellos menores con ciertas deficiencias que imposibilitaban su desarrollo, e incluso considerándolos como problema social. Esta doctrina no previó una atención integral a la población infantil; es cierto que el Código de menores de 1962 previó algunas circunstancias distintas a los menores en situación irregular, y lo hizo al referirse a los matrimonios desavenidos, en donde los padres discutían la tenencia de los hijos –problema que afecta a un sector minoritario y casi siempre pudiente de la población– pero no reguló a favor del grueso de la población infantil. Temas como supervivencia, desarrollo, participación quedaron al margen del Código.

El niño y adolescente es una persona humana, sujeta de derechos, que al atravesar la primera etapa de su vida, se encuentra con carencias naturales, que en la generalidad de los casos no puede atender por sí mismo, y por ello se hace indispensable que sus progenitores (en primer lugar) atiendan estos requerimientos. Pero muchas veces los padres no pueden hacerlo, por sus propias carencias, entonces estas necesidades trascienden el ámbito hogareño y se convierten en necesidades sociales, que es necesario y urgente atender. La sociedad debe propiciar las circunstancias especiales para que el niño y adolescente pueda desarrollarse y convertirse mañana más tarde en sujeto idóneo y apto para su familia y la sociedad entera.

Se ha señalado que el niño y adolescente tiene diversidad de necesidades, por ello su atención debe ser cubierta tratando de comprender todas estas necesidades, y en este sentido hace bien el Código de los Niños y Adolescentes, cuando en el artículo 32, establece políticas generales de atención, tratando de cubrir las diversas situaciones en que se encuentra la población infantil, y por ello consigna programas de prevención, promoción de protección (para situaciones de riesgo) y de rehabilitación.

d) La costumbre como fuente de derecho

Se ha señalado que el Perú es un país pluricultural, un país a la vez moderno y antiguo; en donde impera el derecho occidental, pero que también en mucho lugares, impera sus usos y costumbres, lugares remotos en donde la legislación positiva, o se conoce poco o no se conoce.

Reconocer esta situación heterodoxa del país, es actuar realistamente; por cuanto nuestras comunidades nativas y selváticas se rigen por su propia ley, que es una costumbre inveterada, y que su continuidad, su publicidad y aceptación, la hacen obligatoria.

Por todo ello, creemos acertado que el Código de los Niños y Adolescentes recoja aunque en forma supletoria, la costumbre como fuente de derecho. Por defecto o deficiencia de la ley se aplican los usos y costumbres; así reza la última parte del artículo VI del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes.

La ley regula una situación de hecho, pero estos hechos son cambiantes, cambios que superan a la ley. Esto es, la realidad termina superando a la ley, con lo cual la ley ya no alcanza a cubrir ese fenómeno o lo cubre parcialmente, y en este caso viene en auxilio los usos y costumbres inveterados, que no siendo normas escritas, pero por su amplitud y por ser producto de las situaciones que se repiten en un lugar determinado, tienen una mayor cobertura de lo que podría tener la ley.

En este contexto resulta interesante que se haya recogido supletoriamente la costumbre como fuente de derecho para los infantes; usos y costumbres que tienen que ir muy de la mano con el interés superior del niño y adolescente y que incluso podría dar lugar a no aplicar una determinada norma si esta, en un caso particular y especial, no conviene al infante, y los usos y costumbres de ese lugar aconsejan no aplicar la citada norma, por no ser lo más conveniente a los intereses del niño y adolescente.

Conocemos de lugares muy apartados en los cuales el fenómeno de la violencia ha dejado una población infantil huérfana; si en estos casos tuviéramos que guiarnos por la normatividad legal sobre tutela (discernimiento, garantía, inventario para la tutela, artículo 520 del Código Civil) para que alguien se encargue de cuidar al infante con el título de Tutor, tendríamos que concluir que el huérfano se quedaría sin Tutor. En estos lugares el concepto de familia que impera no es la nuclear (padres – hijos), sino la extensa (padres-hijos y otros parientes), y por ello los parientes más lejanos tienen la obligación que les impone la comunidad de cuidar de estos infantes desvalidos, obligación que se hace extensiva incluso a los parientes espirituales (padrinos). Aquí tenemos un ejemplo de cómo los usos y costumbres, incluso superan a la norma legal.

A manera de conclusión

Numerosas convenciones, foros, conversatorios, seminarios se desarro-

llan en torno al infante; a la par que existen un número importante de textos nacionales e internacionales sobre el niño y adolescente; todo ello sin perjuicio del compromiso asumido por más de 60 gobernantes y jefes de gobierno, de priorizar la atención de sus poblaciones infantiles. Todo esto está revelando que estamos en un tiempo de urgencia y felizmente así lo han entendido los responsables de las decisiones de un país.

Se criticó mucho que no se priorizara la atención de los infantes, se arguyó con mucha razón, que al no merituar réditos políticos se desatendió el desarrollo de la población infantil, con lo cual a la sociedad misma se ponía en peligro, pues no invertir o no hacerlo a tiempo en la generación del futuro, era condenarse a sí misma. Parece ser que nos hemos dado cuenta, ojalá sea a tiempo, de que se hace indispensable que el niño y adolescente, debe ser la atención prioritaria de una sociedad que se requiere proclamar justa. Los planes de gobierno, los compromisos sociales deben pasar necesariamente por atender los requerimientos de los infantes, considerándolos como sujetos de derechos.

El niño y adolescente debe ser la razón de unión de los miembros de una sociedad; debe convocarnos para una tarea que nos comprometa a todos, tanto a los adultos como a los mismos niños y adolescentes.

Resulta grato referirnos a planes de corto y mediano plazo para atender a los niños y adolescentes, y que en dichos planes no sólo se encuentren comprendidos como responsables el sector público, sino la sociedad entera, a través de sus trabajadores, empresarios, profesionales, organizaciones sociales de base, iglesia; pues la tarea es de todos, porque a todos nos interesa y porque todos saldremos beneficiados si priorizamos a la atención del niño y adolescente.

Se ha desarrollado en el presente artículo, los principios que informan la nueva doctrina de la atención integral del niño y adolescente, el cual como sujeto de derecho debe participar según sus posibilidades en su desarrollo; que sus necesidades son derechos y deberes para la sociedad; que su atención no debe ser sesgada sino integral; que cualquier política, programa, medida, acción en torno al infante debe guiarse prioritariamente por lo que más convenga a sus intereses. Y todo ello por cuanto, como ser humano que es, sujeto de derechos como cualquier adulto, pero con particularidades propias de su desarrollo evolutivo, que lo hacen merecedor de medidas de protección. Es en este contexto que podemos establecer que los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución y que explican la teoría de los derechos humanos, debe ser una política que en particular deberá referirse a los niños y adolescentes, pues los primeros derechos humanos son de ellos

por su particular situación de indefensión, requerimientos naturales que los hacen vulnerables y por ello debemos todos, la sociedad en pleno, proteger sus derechos humanos.

Bibliografía Consultada

BARALTA, ALESSANDRO. «La niñez como arqueología del futuro», en *El*
1995 *Derecho y los chicos*.
Bianchi, María (comp.). Buenos Aires. Espacio Editorial.

GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO. *Derecho de la Infancia – Adolescencia en Amé-*
1994 *rica Latina. De la situación irregular a la protección integral*.
Santa Fe de Bogotá. Fórum. París.

PIZARRO, CRISÓSTOMO. *Niñez y Democracia*. Bogotá. Unicef.
1995

GARCÍA MÉNDEZ, E. *La Convención internacional de los Derechos del niño*
1995 *y las políticas públicas*. Documento de trabajo oficina regional
de Unicef para América Latina y el Caribe. Santa Fe de Bogotá.

MENDIZÁBAL, OSES. *Derecho de Menores*. Teoría General (España).

ALARCÓN, WALTER. *Entre calles y plazas*. DEC – ATC, IEP.

VERDERA, FRANCISCO. *El trabajo infantil en el Perú* IEP.

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Los Derechos del Niño en el Perú Actual*. Unicef.
1991

Ley Federal Brasileña 8.069/90. *Estatuto Da Crianca e do Adolescente*.

Crónica del Claustro

I Seminarios de Integración

Los seminarios de integración están organizados en torno a la discusión de casos, en grupos pequeños, simulando las situaciones que se dan en el ejercicio profesional. Se llaman de integración porque los casos que se analizan se relacionan con materias que se tratan teóricamente en diversos cursos.

En el semestre 1996-1 se ofrecieron los siguientes seminarios de integración :

- Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 1 a cargo del Dr. Jorge Avendaño
- Seminario de Integración en Derecho Constitucional a cargo del Dr. Domingo García Belaunde.

En el semestre 1996-2 se ofrecieron los siguientes seminarios de integración

- Seminario de Integración en Derecho Civil y Procesal Civil 1 a cargo del Dr. Jorge Avendaño.
- Seminario de Integración en Derecho Constitucional a cargo del Dr. Eloy Espinosa-Saldaña Barrera.
- Seminario de Integración en Derecho Tributario a cargo del Dr. Luis Hernández Berenguel.
- Seminario de Integración en Derecho Penal y Procesal Penal a cargo del Dr. José Ugaz Sánchez Moreno.
- Seminario de Integración en Teoría General del Derecho a cargo del Dr. René Ortiz Caballero.

II Profesor *Honoris Causa*

El lunes 4 de noviembre el Dr. Pablo Lucas Verdú fue distinguido por la Universidad con el Título de *Doctor Honoris Causa* en mérito a su obra académica en Derecho Constitucional. El Dr. Lucas Verdú es profesor de la Universidad Complutense de Madrid y su conferencia magistral fue «La Constitución Abierta y sus enemigos».

III Convenios

Facultad de Derecho de la Universidad de Wisconsin. El 16 de abril, en el salón del Consejo Universitario, se firmó el convenio de cooperación académica entre las Facultades de Derecho de la Universidad de Wisconsin y la Pontificia Universidad Católica del Perú. Se contó con la presencia del Decano Daniel O. Bernstine. El convenio contempla el intercambio de profesores y estudiantes. En este último caso, los estudiantes pagan sus derechos académicos en su respectiva Facultad, estando liberados de abonar derechos en la Facultad que visitan. Los créditos aprobados son reconocidos en la Facultad de origen.

Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick - Reino Unido. Gracias a este convenio la Facultad de Derecho recibió la visita de 7 profesores : el Decano Mike McConville, Ann Stewart, Geoffrey Wilson, Istvan Pogany, Sammy Adelman, Julio Faúndez y Frank Griffith Dawson. Los profesores de nuestra Facultad que viajaron a Warwick son : César Landa, Domingo García Belaunde y Lorenzo Zolezzi.

Dos ex-alumnos de la Facultad obtuvieron sus Maestrías en Warwick : Isabel Herrera y Miguel Denegri.

La publicación de «Desafíos Constitucionales Contemporáneos», (en castellano y en inglés) forma parte de las actividades del convenio.

IV Congresos y Seminarios

I Congreso Nacional de Derecho Procesal

El 7, 8 y 9 de agosto se llevó a cabo el I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Se contó con la presencia de los siguientes expositores extranjeros : Dr. Raúl Tavolari (Chile), Dr. Francisco Ramos Méndez (España), Dr. Manuel Serra Domínguez (España), Dr. José Ovalle Favela (México), Dr. Osvaldo Gozaíni (Argentina), Dr. Jairo Parra Quijano

(Colombia). Entre los expositores nacionales contamos con la participación de los doctores Juan Luis Avendaño, Raúl Canelo, Juan Monroy, Juan Morales Godo, Carlos Parodi y Nelson Ramírez. Las comisiones de trabajo abordaron los siguientes temas : El debido proceso, la actividad probatoria, el proceso por audiencia, el recurso de casación.

Cada participante –alrededor de mil– recibió un libro con las ponencias, las que fueron discutidas en comisiones de trabajo que funcionaron durante el día. Los presidentes de las comisiones de trabajo fueron magistrados de Lima y provincias y los relatores profesores de la Facultad. Por la noche se dictaron conferencias magistrales a cargo de los invitados extranjeros.

X Congreso Latinoamericano de Derecho Romano

La sede del X Congreso Latinoamericano fue el Perú, y la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, a través de la Dra. Elvira Méndez, tuvo a su cargo la organización de esta actividad, en colaboración con el *Gruppo di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano* y la Secretaría General para la Coordinación de los Congresos Latinoamericanos de Derecho Romano. El Congreso se llevó a cabo los días 12, 13, 14 y 15 de agosto de 1996 y contó con la participación de setenta expositores extranjeros, entre ellos Sandro Schipani y Giovanni Lobrano de Italia, Alejandro Guzmán Brito de Chile, Mercedes Gayosso y Navarrete de México y Jiang Ping de China.

Los temas tratados fueron : el romanismo de los juristas latinoamericanos y el problema del derecho consuetudinario ; familia y *nascituri* ; las cosas (res) ; los contratos en el Derecho Romano y la utilidad de los principios de éstos en la contratación internacional actual ; la administración de justicia y el proceso ; los *municipia* y el Defensor del Pueblo ; y la enseñanza del Derecho Romano en América Latina.

I Congreso Internacional de Derecho Penal

Del 16 al 20 de setiembre se llevó a cabo el I Congreso Internacional de Derecho Penal : «Nueva dogmática penal y tratamiento político criminal moderno». Esta actividad fue co-organizada con la Asociación Derecho & Sociedad, con el apoyo de la Universidad de Salamanca. Los temas versaron sobre la nueva dogmática penal y el tratamiento político criminal moderno.

Los expositores de universidades extranjeras fueron los doctores Luis Arroyo Zapatero (Rector de la Universidad de Castilla - La Mancha y Catedrático de Derecho Penal); Nicolás García Rivas (Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Castilla - La Mancha y Catedrá-

tico de Derecho Penal) ; José Ramón Serrano Piedecabras (Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca); José Hurtado Pozo (Profesor de Derecho Penal y Decano de la Universidad de Friburgo-Suiza) y Laura Zúñiga Rodríguez (Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Salamanca).

Los expositores nacionales fueron los doctores Florencio Mixán Mass, Luis Roy Freyre, Alejandro Solís Espinoza, Víctor Prado Saldarriaga, César San Martín Castro, José Carlos Ugaz, Luis Alberto Bramont-Arias Torres, José Urquizo Olaechea, Julio Mazuelos, Pablo Sánchez Velarde, Manuel Abanto Vásquez, Gonzalo de las Casas, César Paredes Vargas, José Neyra Flores.

Las operaciones de la banca internacional en el mercado peruano y sus perspectivas

El 27 de setiembre se llevó a cabo el Seminario «Las operaciones de la banca internacional en el mercado peruano y sus perspectivas». Trataron los siguientes temas : ¿Existe una crisis de los sistemas bancarios latinoamericanos ?, La banca internacional frente al lavado de dinero, y, Las actividades del Swiss Bank Corp. en el sector del comercio exterior.

Los expositores fueron Robert Jaques Marcuse (Representante del Grupo Sudameris en el Perú), Eduardo Patsías Mella (Director de operaciones y tecnología del Banco de Boston - Perú), Angonio Gnaegi (Representante para el Perú y Bolivia del Swiss Bank Corporation). Los panelistas fueron Martín Naranjo Landerer (Gerente General de Cofide), Luis Rodríguez Mariátegui Proaño (Director de Interbank) y Eugenio Bertini (Gerente General del Banco de Lima).

V Congreso Nacional de Derecho Constitucional

Del 4 al 6 de noviembre se llevó a cabo el V Congreso Nacional de Derecho Constitucional. La Comisión Organizadora estuvo presidida por el Dr. Domingo García Belaunde. Los temas abordados en el Congreso fueron : Jurisdicción Constitucional, Descentralización Política, Derecho Electoral y Enseñanza del Derecho Constitucional. Esta actividad fue co-organizada con la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Contamos con la presencia de doce expositores extranjeros : Dr. Pablo Lucas Verdú (España), Dr. Francisco Fernández Segado (España), Dr. Néstor Pedro Sagüés (Argentina), Dr. Reynaldo Vanossi (Argentina), Dr. Germán Bidart Campos (Argentina), Dr. Ernesto Rey Cantor (Colombia), Dr. Raúl Puccinelli (Argentina), Dr. Víctor Bazán (Argentina), Dr. Andrés Gil Domínguez (Argentina) y Dr. Nicolás Siccini.

Los expositores nacionales fueron : Dr. Domingo García Belaunde,

Dr. Enrique Bernales, Dr. Carlos Blancas, Dr. Valentín Paniagua, Dr. Francisco Eguiguren, Dr. César Valega, Dr. César Landa Arroyo, Dr. Samuel Abad y Dra. Ana Velazco,

Entre los actos académicos destacados estuvo la Ceremonia de Incorporación como *Doctor Honoris Causa* del Dr. Pablo Lucas Verdú.

Conferencia Internacional : Arbitraje Comercial

El 14 y 15 de noviembre se llevó a cabo la Conferencia Internacional «Arbitraje Comercial». Esta actividad fue organizada por la Cámara de Comercio de Lima con la colaboración de la Facultad de Derecho. Los conferencistas fueron : Dr. Jorge Avendaño (Perú), Dr. Rafael Bernal (Colombia), Dr. Yves Derains (Francia), Dr. Fernando Mantilla Serrano (Colombia), Dr. Fernando de Trazegnies (Perú) y Dra. Adriana Polanía (Colombia).

Gran parte del evento se dedicó a la presentación, actuación y solución de un caso práctico de arbitraje de la Corte Internacional de París. Se organizó un tribunal presidido por el Dr. Yves Derains (Francia), quien ha sido Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, siendo co-árbitros los doctores Jorge Avendaño y Fernando de Trazegnies.

I Conferencia Internacional sobre Conciliación

El 20 y 21 de noviembre se llevó a cabo la I Conferencia Internacional sobre Conciliación. Esta actividad fue co-organizada con la Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (APENAC). Los expositores extranjeros fueron : Dr. Rafael Bernal (Colombia), Dra. Josefina Muñiz (EE.UU.) y Dr. Roque Caivano (Argentina). Los expositores nacionales fueron : Dr. Lorenzo Zolezzi, Dr. Juan Luis Avendaño, Dr. Juan Monroy, Dr. Nelson Ramírez, Dr. Eduardo Moane, Dr. Carlos Ruska, Dr. Rolando Martel, Dra. Sara Taipe y Dra. María Hassembak.

I Jornadas de Derecho Procesal : doctrina y jurisprudencia

Los días 12, 19, 26 de noviembre y el 3 de diciembre, se llevaron a cabo las jornadas de Derecho Procesal. Esta actividad fue co-organizada con la Revista Peruana de Derecho Procesal. Las jornadas estuvieron a cargo del Dr. Juan Monroy Gálvez.

V Miscelánea

• Clase inaugural

El 11 de marzo se llevó a cabo la inauguración de las actividades académicas de la Facultad con una clase magistral sobre el tema «Los desafíos del derecho procesal constitucional» a cargo del destacado jurista argentino Dr. Pedro Néstor Sagüés.

• Cursos y talleres

Ciclo de conferencias a cargo del Prof. Frank Griffith Dawson. Se llevó a cabo los días 20 y 21 de marzo dentro del marco de las actividades contempladas en el convenio con la Universidad de Warwick (Reino Unido). Los temas de las conferencias fueron «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».

Taller de Acciones sobre interés público. Estudio e intercambio de experiencias y análisis de las oportunidades que presentan para la profundización democrática en cuatro países de América Latina : Argentina, Colombia, Chile y Perú. Para el caso del Perú, la Facultad de Derecho encargó al Dr. Gorki Gonzáles la coordinación. Se llevó a cabo el 2 de abril en coordinación con la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile. Los temas abordados fueron : Las acciones de interés público en el Perú, Protección de derechos civiles y políticos, Libre competencia y protección al consumidor, Protección del medio ambiente, Justicia de paz y justicia comunal. El taller constituyó la etapa final de un proyecto de investigación en el cual estuvo involucrada la Facultad conjuntamente con facultades de Derecho de los cuatro países de América Latina mencionados.

Foro «Desafíos de la Justicia en el Perú», actividad co-organizada con el Instituto de Defensa Legal, con el apoyo de la Comisión Europea. Tuvo lugar los días 14 y 15 de mayo. Los temas desarrollados fueron : «Reforma y modernización de la administración de justicia» y «Sociedad civil y administración de justicia : mecanismos de participación y fiscalización». Los expositores fueron : José Dellepiani, Carlos Montoya Anguerry, Carlos Ernesto Giusti, Francisco Eguiguren, Lorenzo Zolezzi, Vladimir Paz de la Barra, Aníbal Quiroga, Javier de Belaunde, Mariella Balbi y Ernesto de la Jara.

Coloquio peruano-británico «El juez en el sistema de administración

de justicia». Llevado a cabo el 30 y 31 de mayo de 1996. Actividad organizada en virtud al convenio suscrito con la Facultad de Derecho de la Universidad de Warwick (Reino Unido). Participaron los siguientes expositores y panelistas :

Conferencia : «La historia y la experiencia de los estudios judiciales en Gran Bretaña» a cargo del Lord Chancellor del Reino Unido, the Right Honourable Lord Mackay of Clashfern. Panelistas : Dr. Julio Faúndez (U. de Warwick), Dr. Lorenzo Zolezzi (Decano Derecho - PUCP), Dr. Fernando de Trazegnies (PUCP).

Conferencia : «La ley británica de capacitación de jueces» por el Dr. Geoffrey Wilson (U. de Warwick).

Conferencia : «La formación de los jueces en el Perú» por el Dr. Javier de Belaunde López de Romaña (PUCP).

Coloquio sobre «El sistema electoral mexicano y el proceso actual de reformas». Tuvo lugar el 11 de junio y se llevó a cabo con el apoyo de la Embajada de México.

Las disertaciones estuvieron a cargo de dos magistrados del Tribunal Federal Electoral de México, los licenciados José Luis de la Peza Muñoz-Cano y José de Jesús Orozco Henríquez ; del licenciado Francisco Javier Barreiro Perea, Secretario General ; y de la Maestra María del Carmen Alanís Figueroa.

• Proyección Social en Derecho

La oficina de PROSODE cumplió cinco años de servicio a la comunidad.

Consultorios jurídicos. La Facultad de Derecho sirve a la comunidad a través de los cuatro consultorios jurídicos gratuitos a cargo de PROSODE. Estos consultorios están ubicados en : La Recoleta (Plaza Francia), Carmen de la Legua (Parroquia Santa Angela de Merici), Chorrillos (Colegio Nacional Brígida Silva de Ochoa) y en el Campus Universitario.

Nuevas defensorías del niño y del adolescente. El 22 de agosto se inauguró la oficina de la Defensoría del Niño y del Adolescente en el colegio de mujeres Rosa de Santa María.

Emisión radial «El derecho a tu alcance». Se continuó con la emisión radial de difusión legal en Radio Programas del Perú, en el espacio nocturno «El show de la conversación». Los temas tratados fueron : «Orientaciones sobre el juicio de alimentos», «Violación sexual de niños, adolescentes y mujeres», «Derechos de propiedad de las comunidades de la sierra», «Adopción de niños y adolescentes», «Orientaciones sobre

inquilinato», «Microempresa», «Maltrato infantil» «Análisis de la ley de tierras», «Aborto», «Compensación por tiempo de servicios», «Divorcio», «Ley de fomento del empleo», «Abandono de hogar», «Defensoría del pueblo». Estas actividades contaron con el valioso apoyo técnico del CETUC.

Jornadas de capacitación sobre el Código del Niño y del Adolescente. En el mes de marzo se llevó a cabo una jornada de capacitación dirigida a profesores secundarios. Se contó con la asistencia de 60 profesores.

II Seminario sobre resolución de conflictos. Los días 18, 19 y 20 de junio se realizó el II Seminario sobre Resolución de Conflictos desarrollando el tema Derecho y Economía en la Administración de Justicia : Poder judicial y tribunal fiscal.

Visitas de estudiantes secundarios. Como parte de las actividades desarrolladas en los colegios donde funcionan las defensorías del niño y el adolescente, PROSODE organizó visitas al Campus de la Universidad, donde se les dictó charlas sobre la defensa de los derechos, deberes y dignidad de los adolescentes. Los estudiantes provinieron de los colegios C.N. Jorge Basadre (Callao), C.N. Rosa de Santa María (Breña), C.N. Heroínas de Toledo (Callao) y C.N. Nuestra Sra. de Guadalupe (Cercado).

I Concurso Nacional de Investigación «Derecho y Realidad». Los trabajos que ocuparon el primer puesto en cada categoría fueron publicados en la Revista de la Facultad. El primero de ellos es «La tenencia de la tierra en el asentamiento humano Sagrada Familia», cuyos autores fueron las alumnas Mirva Aranda, Patricia Flores, Carmen Gutiérrez, Vanessa Luyo y Flor de María Valdez. El segundo se titula «Propietarios de su destino : análisis económicos de los derechos de propiedad en las comunidades campesinas de la sierra», cuyo autor fue el alumno Enrique Delgado Flores.

• Profesores honorarios

– Lic. Carlos Roberto Reina. El 9 de abril se llevó a cabo el acto académico de incorporación como Profesor Honorario de la Facultad de Derecho al señor Presidente de la República de Honduras, Licenciado Carlos Roberto Reina, quien tuvo a su cargo el dictado de la conferencia magistral «Centroamérica ante la nueva centuria».

– Dr. Jiang Ping. El 14 de agosto de 1996 se llevó a cabo la ceremonia de incorporación como Profesor Honorario al Dr. Jiang Ping, destacado jurista y ex-rector de la Universidad de la China de Ciencias Políticas y Jurídicas de Pekín.

– Dr. Mozart Víctor Russomano. El 16 de octubre se llevó a cabo la incorporación como Profesor Honorario del Dr. Mozart Víctor Russomano, destacado laboralista brasileño.

- **Homenajes**

– Dr. Jorge Santistevan de Noriega. El 18 de abril se ofreció un cóctel en homenaje al Dr. Jorge Santistevan de Noriega por su elección como Defensor del Pueblo.

– Dra. Delia Revoredo de Mur. El 9 de julio de 1996 se llevó a cabo el homenaje a la Dra. Delia Revoredo de Mur, profesora principal de la Facultad de Derecho, por su elección como miembro del Tribunal Constitucional.

- **Infraestructura**

Se construyó un local para que funcionen las actividades de PROSODE y de SECIGRA Derecho, que fue inaugurado el 12 de setiembre.

Comenzó el funcionamiento del Auditorio de Derecho, con capacidad para 370 personas.

- **Informática en la Facultad**

La Facultad de Derecho, con el apoyo de los profesores de Informática Jurídica, tiene Home Page en Internet. Los interesados pueden consultar los cursos, el plan de estudios, relación de autoridades, seminarios y otras actividades organizadas por la Facultad.

La Biblioteca Central preparó información sobre temas jurídicos que puede ser consultada a través de Internet.

- **Publicaciones**

Derechos Culturales. Facultades de Derecho de las Universidades de Friburgo (Suiza) y PUCP, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1996. Recoge las ponencias del Congreso sobre este tema, que se realizó en julio de 1995, organizado por la Facultad de Derecho conjuntamente con la Facultad de Derecho de la Universidad de Friburgo, Suiza.

Desafíos Constitucionales Contemporáneos. César Landa y Julio Faúndez (Editores). Facultades de Derecho de las Universidades de Warwick y PUCP, Lima, Fondo Editorial de la PUCP, 1996.

Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Trujillo, Editora Normas Legales S.A., 1996.

Revista Derecho PUC. Órgano de la Facultad de Derecho de la PUCP N° 49.

Abogados graduados con tesis y memorias con mención de sobresaliente

Oscar Arturo DÍAZ MUÑOZ

Fecha: 29-01-96

Tesis: «La moción de censura en el Perú»

Jurado: Dr. Francisco Eguiguren, Dr. César Valega y el Dr. Samuel Abad.

Olga Begoña VENERO AGUIRRE

Fecha: 08-02-96

Tesis: «La protección jurídica de las invenciones biotecnológicas por medio de las Patentes de Invención»

Jurado: Dr. Baldo Kresalja, Dra. Elvira Méndez Chang y la Dra. Cayetana Aljovín

Milagros Doris MARAVÍ SUMAR

Fecha: 18-04-97

Tesis: «Las vías alternativas y la función estatal de la administración de justicia»

Jurado: Dr. Alberto Bustamante, Dra. Ana Teresa Revilla y el Dr. Antonio Peña.

Elizabeth Carmen BRIONES GÓMEZ

Fecha: 21-05-96

Tesis: «Aplicabilidad real en el Perú de las decisiones 257 y 358 sobre transporte internacional de mercaderías por carreteras»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. Fabián Novak y el Dr. Ricardo Salazar.

Ana Asunción AMPUERO MIRANDA

Fecha: 23-05-96

Tesis: «Evolución, alcances y perspectivas de la responsabilidad del individuo ante el Derecho Internacional»

Jurado: Dr. Miguel de Althaus, Dra. Elvira Méndez Chang y la Dra. Cecilia Flores.

Patricia Elizabeth CHECA VERA

Fecha: 20-06-96

Tesis: «Bases para la creación de un Tribunal Penal Internacional»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dra. Cecilia Flores y la Dra. Ana Ampuero.

José Antonio MARTEL SÁNCHEZ

Fecha: 21-06-96

Tesis: «Estudio del sistema armonizado de designación y codificación de mercancías: nomenclatura, clasificación y arancel de aduanas»

Jurado: Dr. César Guzmán-Barrón, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y el Dr. José Luis Sorogastúa.

Gino Víctor ROGGERO D'ANGELO

Fecha: 05-07-96

Tesis: «El proceso de integración latinoamericano ante un nuevo contexto internacional en evolución: nuevas orientaciones para una política de aduanas»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dra. Ruth Villafuerte y la Dra. Ana Ampuero.

Teresa Mercedes ALVAREZ CARPENTIER

Fecha: 23-07-96

Tesis: «El respeto al privilegio de *nom bis in idem* en la represión del delito tributario»

Jurado: Dr. Armando Zolezzi, Dr. Víctor Prado-Saldarriaga y el Dr. Luis Bramont-Arias Torres.

Hebert Eduardo TASSANO VELAOCHAGA

Fecha: 25-07-96

Tesis: «La subjetividad internacional de las empresas transnacionales»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. Fabián Novak y la Dra. Ana Ampuero.

Patricia Carolina GARCÉS PERALTA

Fecha: 22-08-96

Tesis: «La defensoría del pueblo en el Perú»

Jurado: Dr. Francisco Eguiguren, Dr. Walter Albán y el Dr. Samuel Abad.

César Augusto CASTILLO MEZA

Fecha: 12-12-96

Tesis: «Los decretos presidenciales de urgencia en el Perú y en la constitución de 1993»

Jurado: Dr. Francisco Eguiguren, Dr. César Landa Arroyo y la Dra. Ana Velazco.

Theo Giovanni BRIOLO SÁNCHEZ-GUTIÉRREZ

Fecha: 12-10-96

Tesis: «Modelo de análisis del proceso concursal»

Jurado: Dr. Walter Albán, Dr. Tomás Sobrevilla y el Dr. Francisco Avendaño.

Giovanni Carlos Antonio FORNO FLÓREZ

Fecha: 04-11-96

Tesis: «Libre determinación de los pueblos en el caso de Bosnia-Herzegovina»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. Fernando Pardo Segovia y la Dra. Ana Ampuero.

Sara María AROBES ESCOBAR

Fecha: 05-11-96

Tesis: «La legitimidad en el uso de la fuerza por las Naciones Unidas»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dra. María Cecilia Flores y la Dra. Ana Ampuero.

Paul Neil HERRERA GUERRA

Fecha: 05-11-96

Tesis: «Necesidades de la existencia de los estados neutrales para el sostenimiento del Orden Jurídico Internacional Contemporáneo»

Jurado: Dra. Elvira Méndez Chang, Dr. César Landa Arroyo y la Dra. Ana Ampuero.

Alvaro SALAZAR COTRINA

Fecha: 20-12-96

Tesis: «Conflicto entre marcas y nombres comerciales confudibles en el Perú»

Jurado: Dr. Baldo Kresalja, Dra. Carmen Arana y el Dr. Juan Luis Hernández.

Abogados graduados con expedientes con mención de sobresaliente

Beatriz Mercedes LLANOS CABANILLAS

Fecha: 18-01-96

Expedientes: Laboral (acción indemnizatoria) y Civil (separación de cuerpos)

Jurado: Dr. Javier Neves, Dr. Luis Vinatea y la Dra. Verónica Zambrano.

Adriana Sofía ZOLEZZI CHAMPA

Fecha: 31-10-96

Expedientes: Civil (divorcio) e Industrial (marcas)

Jurado: Dr. Róger Rodríguez Iturri, el Dr. Juan Morales Godo y el Dr. Gustavo León y León.

Licette Isabel ZÚNIGA DULANTO

Fecha: 30-03-96

Expedientes: Tributario (reclamación tributaria) y Civil (divorcio)

Jurado: Dr. Francisco Ruiz de Castilla, Dra. Verónica Zambrano y el Dr. Fernando Zuzunaga.

David Aníbal FLORES LIGARDA

Fecha: 31-05-96

Expedientes: Civil (pago de soles) y Constitucional (acción de amparo).

Jurado: Dr. César Fernández Arce, Dr. César Ochoa y el Dr. José Olaya.

Rossana Pilar TAQUÍA GUTIÉRREZ

Fecha: 12-06-96

Expedientes: Civil (divorcio) y Constitucional (acción de amparo)

Jurado: Dr. Roger Rodríguez, Dr. César Ochoa y la Dra. Verónica Zambrano

Enrique FELICES SAAVEDRA

Fecha: 08-07-96

Expedientes: Constitucional (acción de amparo) e Industrial (marcas)

Jurado: Dr. Francisco Eguiguren, Dr. Alberto Bustamante y el Dr. Alfredo Bullard.

Jorge José VEGA SOYER

Fecha: 12-09-96

Expedientes: Civil (nulidad de contrato) e industrial (marcas).

Jurado: Dr. Carlos Cárdenas, Dr. Wilfredo García Noriega y el Dr. Juan Rivadeneyra.

Salvador Alejandro Jorge DEL SOLAR LABARTHE

Fecha: 20-09-96

Expedientes: Civil (retracto) y Administrativo (protección al consumidor).

Jurado: Dr. Jorge Avendaño, Dr. César Fernández-Arce y el Dr. Alfredo Bullard.

Claudia Milagros NAVARRO TEJADA

Fecha: 08-11-96

Expedientes: Tributario (contribución al FONAVI) y Laboral (acción indemnizatoria).

Jurado: Dr. Armando Zolezzi, Dr. Francisco Ruiz de Castilla y el Dr. Jorge Toyama.

Héctor Gustavo CALERO RAMÍREZ

Fecha: 16-12-96

Expedientes: Civil (prescripción adquisitiva de bien propio) e Industrial (marcas).

Jurado: Dr. Francisco Avendaño, Dr. Martín Mejorada y la Dra. Cayetana Aljovín.

De los autores

Bejamín Aguilar Llanos es abogado y profesor principal de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil de la misma Universidad.

Francisco Avendaño Arana es abogado y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Bancario en la Universidad de Boston.

Ernesto Blume Fortini es abogado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la misma universidad. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Lima. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Carmen Julia Cabello Matamala es abogada y profesora del curso de Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho y en la Facultad de Educación de la misma universidad. Vocal de la Corte Superior de Lima. Coordinadora Ejecutiva del «Programa de atención a menores escolarizados con ocupación temprana», ejecutado por el COPUID (Comité Técnico de Prevención del Uso Indebido de Drogas) del Ministerio de Educación.

Juan Espinoza Espinoza es abogado y profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Francisco Fernández Segado es doctor en Derecho (Universidad

Autónoma de Madrid). Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela. Miembro de la Junta Electoral española. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

Carlos Fernández Sessarego es Profesor Principal de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad de Lima.

Domingo García Belaunde es doctor en Derecho (Universidad Mayor de San Marcos). Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho 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 y profesor de Filosofía del Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad Mayor de San Marcos y de la Academia Diplomática. Estudios de postgrado en Teoría Política en la Universidad de Exeter (Inglaterra). Master en Teoría Social y Política de la Universidad de East Anglia (Norwich, Inglaterra). Estudios de doctorado en Filosofía en la Universidad Mayor de San Marcos.

Ricardo Herrera Vásquez es abogado y profesor de Derecho Laboral de Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la misma universidad. Estudios en la Universidad de Sevilla. Secretario Ejecutivo del Consejo de Coordinación Judicial.

Pedro Morales Corrales es abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Particular San Martín de Porres. Ha sido profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En la actualidad enseña Derecho Laboral Individual en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

César Ochoa Cardich es abogado y profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de Maestría en Derecho con mención en Derecho Constitucional en la misma universidad.

Aníbal Quiroga León es abogado y Profesor Principal de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor asociado de la Maestría en Derecho Constitucional Económico de la Escuela de Post grado de Universidad de Lima. Vocal Suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Miguel Reale es profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sao Paulo. Fundador y director del Instituto Brasileño de Filosofía. Ex rector de la Universidad de Sao Paulo.

Tomás Sobrevilla Enciso es profesor de Filosofía del Derecho y Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Realizó por más de treinta años carrera judicial en Lima, ocupando los cargos de Juez de Primera Instancia, Relator, Vocal y Presidente de la Corte Superior de Lima.

Fernando Vidal Ramírez es abogado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor Principal de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad de Lima y de la UNIFE. Estudios en la Universidad de Indiana. Corresponsal en el Perú de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional). Presidente de la Federación Iberoamericana de abogados en el capítulo peruano, y miembro de la Comisión de reforma del Código Civil. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y miembro del comité consultivo del Ministerio de Relaciones Exteriores. Consejero permanente de la Confederación Internacional de abogados.

Jaime Zegarra Guevara es abogado y profesor de Metodología de la Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Facultad de Economía de la Universidad del Pacífico.

DERECHO-PUC, N° 50 se terminó de imprimir
en el mes de febrero de 1998, en los talleres de
Editorial e Imprenta DESA S.A. (Reg. 16521)
General Varela 1577, Lima 5, Perú.



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU
FONDO EDITORIAL

REVISTAS

EDICIONES ANUALES

Antropológica

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 DEFENSOR DEL PUEBLO COMO PROBLEMA
DEMOCRÁTICO**

César Ochoa Cardich

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS BANCOS
EN EL SERVICIO DE CAJAS DE SEGURIDAD**

Juan Espinoza Espinoza

**LA GUÍA JURÍDICA PARA LA REDACCIÓN DE
CONTRATOS INTERNACIONALES DE CONSTRUCCIÓN
EN INSTALACIONES INDUSTRIALES**

Fernando Vidal Ramírez

EL FIDEICOMISO

Francisco Avendaño Arana

**LEY DE REESTRUCTURACIÓN PATRIMONIAL.
EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO NOTARIAL**

Tomás Sobrevilla Enciso

**MECANISMOS DE USO DE LOS BONOS BRADY
COMO MEDIO DE PAGO EN PRIVATIZACIONES (MUBB)**

Jaime Zegarra Guevara

DERECHO ALIMENTARIO ENTRE CÓNYUGES

Carmen Julia Cabello Matamala

**¿UN NUEVO DERECHO PARA LOS NIÑOS
Y ADOLESCENTES?**

Benjamín Aguilar Llanos



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ